TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

GACETA DEL TRABAJO

NUMEROS 5 AL 16

ENERO A DICIEMBRE DE 1947

Tomo II

BOGOTA, COLOMBIA

Impreso en Editorial Iqueima, carrera 10ª, número 21-22, Bogotá

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

Dignatarios en el año de 1947, así:

Hasta el 30 de abril:

PRESIDENTE:	Doctor CASTOR JARAMILLO ARRUBLA
VICEPRESIDENTE:	Doctor LUIS ALBERTO BRAVO

Del 1º de mayo en adelante:

PRESIDENTE:	Doctor LUIS ALBERTO BRAVO
VICEPRESIDENTE:	Doctor CASTOR JARAMILLO ARRUBLA
MAGISTRADO:	Doctor DIOGENES SEPULVEDA MEJIA
SECRETARIO:	Doctor GUILLERMO MARTINEZ R.
RELATOR:	Doctor GUSTAVO HOYOS GIRALDO

GACETA DEL TRABAJO

ORGANO DEL
TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

NUMEROS 5 AL 16

ENERO A DICIEMBRE DE 1947

Tomo II

BOGOTA, COLOMBIA

I. NOCIONES DE OBRERO Y DE EMPLEADO PARTICULAR. NOTAS CARACTERÍSTICAS O ESENCIALES. II. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD. III. ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO EN LA CASACIÓN DEL TRABAJO. IV. MODO DE ANALIZAR LAS SENTENCIAS.

I.—Es nota característica o esencial de la noción de obrero la de que la labor material que ejecuta predomine sobre la intelectual. No dice la ley expresamente cuál de los esfuerzos actividades o labores debe predominar en el empleado, pero es lógico entender, a **contrato sensu,** que en el concepto de los servicios de esa clase debe prevalecer el esfuerzo o la actividad intelectual sobre la material.

Una cosa es que en la labor que distingue al obrero del empleado, según la ley, predomine la actividad material sobre las labores intelectuales, y otra muy distinta que la condición esencial para poder prestar un trabajo determinado sea la de gozar de especial fortaleza física. Un trabajador puede ser obrero sin ser excepcionalmente esforzado, porque en sus labores predomine el esfuerzo material sobre el intelectual, sin que ese esfuerzo pueda o deba ser intenso en muchos casos o exija una fortaleza especial. Basta un predominio de la actividad material, sin consideración a la fortaleza sobresaliente de quien la ejercita, para catalogar al trabajador como obrero. No debe, pues, confundirse la actividad material con la fortaleza física; aquélla es la característica predominante y la regla general en tratándose de los obreros, y ésta es la condición excepcional de determinados trabajadores o la exigencia especial de un oficio dado.

El concepto de responsabilidad no es característica exclusiva de la noción de empleado, porque también el obrero debe responder del trabajo que se obligue a ejecutar. Todo trabajador, en general, llámese empleado, obrero o peón, debe cumplir su contrato de trabajo, y si no lo cumple

o lo hace imperfectamente, debe responder por su inejecución o incumplimiento, por su culpa o falta de cuidado.

Por lo demás, este Tribunal considera que no puede tomarse un sólo párrafo de una sentencia como el determinante de ella, sino que es necesario analizarla toda en conjunto para deducir el pensamiento del fallador, su intención y el alcance del fallo. El procedimiento de tomar párrafos aislados para deducir de ellos la razón básica de la providencia no es el medio más seguro para desentrañar su verdadero fundamento.

III.—En general, todo error de hecho en casación exige para su comprobación que el recurrente señale las pruebas mal apreciadas por el fallador o las no estimadas y que lo condujeron a errar en los términos de la acusación.

Aun cuando el cargo estuviese demostrado, este Tribunal no podría entrar a estudiar si hubo violación de las disposiciones invocadas por el recurrente, toda vez que no expresó el concepto en que las estima infringidas, si por violación directa, por aplicación indebida o por interpretación errónea.

El cargo por error de derecho en casación no consiste en atacar apreciaciones jurídicas equivocadas de la sentencia, sino, como lo ha dicho la jurisprudencia reiterada de nuestra Corte y lo ha aceptado este Tribunal en sentencia de fecha 27 de noviembre pasado, que en él "sólo existe una contravención a la ley que establece y valora la prueba respectiva y, además, una indebida aplicación de la regla jurídica en que se apoya el fallo, por haber conducido el error a dar ilegalmente por probado un hecho que no lo estaba, o viceversa, y consecuencialmente, a aplicar la disposición sobre una base falsa. Por eso es que el error de derecho en la apreciación de la prueba, a fin de que prospere, requiere ante todo que los artículos legales invocados impongan una fuerza probatoria a la prueba desestimada en la sentencia, o bien priven de eficacia a la que sirvió de fundamento, esencial del fallo.

El error de derecho, según el art. 520 del Código Judicial, sólo se produce como consecuencia de una equivocada apreciación de una prueba o por falta de estimación de una probanza. Gira pues, alrededor de las pruebas.

(Magistrado ponente: doctor Jaramillo Arrubla).

Bogotá, febrero once de mil novecientos cuarenta y siete.

Angel Acosta Martínez demandó ante el Juez del Circuito Civil de Santa Marta, por medio de apoderado, a la compañía denominada "Magdalena Fruit Company", sociedad anónima extranjera legalizada en el país, para el pago de auxilio de cesantía.

El actor alegó que había estado al servicio de la United Fruit Co. y luego de la socedad demandada, desde el año de 1905 hasta el 8 de junio de 1942 en que fue despedido; que la segunda compañía es cesionaria de la primera y conserva el mismo giro de negocios en cuanto a cultivo, compra y exportación de banano; que desde 1913 hasta el despido desempeñó las funciones de estibador en los barcos transportadores de la fruta, las cuales son de empleado; y que el promedio de sueldo devengado en los tres últimos años de servicio fue de noventa pesos moneda legal.

El apoderado especial de la compañía demandada manifestó, al contestar la demanda, no constarle desde qué año entró el actor a servir a la "United Fruit Company", pero que sí es cierto que de esta empresa pasó a la "Magdalena Fruit Company", y que esta última lo despidió el 8 de junio de 1942. También aceptó que el demandante desempeñó desde noviembre de 1913 las funciones de estibador en los barcos transportadores de banano. Negó los demás hechos sustanciales de la demanda, y en cuanto al promedio de sueldo alegado, dijo que no le constaba.

El Juez falló declarando que el demandante no tiene derecho a solicitar auxilio de cesantía, por ser obrero y no empleado, y absolvió en consecuencia a la compañía. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala Civil, que conoció de ese fallo por apelación interpuesta por el apoderado especial del actor, lo confirmó por las mismas razones, aunque con un salvamento de voto.

Pasa, pues, a decidirse acerca del recurso de casación interpuesto parte la demandante contra el fallo de segunda instancia.

Se estudiarán los cargos en el mismo orden en que han sido formulados.

Primer cargo.

Se acusa la sentencia del Tribunal por violación directa de los artículos 1º y 2º del Decreto Nº 652 de 1935 y, en consecuencia, del artículo 12 de la Ley 10 de 1934.

Los apartes del fallo que señala el recurrente como violatorios de esas disposiciones, dicen así:

"Este despacho ha sentado la doctrina de que las características esenciales que condicionan la calidad jurídica del empleado son el vínculo de subordinación permanente del trabajador con respecto a la empresa o patrón a que presta sus servicios y el predominio de la actividad mental de las funciones que desempeña sobre el esfuerzo simplemente material de las mismas..." Y este otro: "El criterio legal en esto de diferenciar al obrero del empleado radica en que, cuando se trata de un trabajador de esta clase, la actividad intelectual debe prevalecer sobre la material. Y no se arguya que estos individuos por el hecho de estar sujetos a alguna responsabilidad deben considerarse empleados, porque en la regla para distinguir éstos de los obreros no se expresa esa circunstancia. Sólo se exige qüe en la labor prevalezca laactividad mental a la material'.

El demandante ataca estas apreciaciones del sentenciador diciendo que es sabido que, de acuerdo con la Ley 10 de 1934 y su Decreto reglamentario Nº. 652, el criterio que debe seguirse para determinar si un trabajador tiene el carácter de empleado o de obrero, no es otro que el predominio de la inteligencia sobre el esfuerzo simplemente físico. Y que, de acuerdo con las transcripciones hechas del fallo acusado, el Tribunal entiende que la noción de empleado requiere el predominio de las funciones intelectuales sobre las materiales, cosa abiertamente contraria, para el recurrente, a las normas legales que ha citado como violadas. Las leyes positivas, agrega, han definido al obrero como el dependiente que ejecuta una labor en la que predomina el esfuerzo material. Pero es apenas natural concluír que, si no hay dominio del esfuerzo material, bien porque supere la labor intelectiva o porque los dos esfuerzos sean iguales, el dependiente tiene que ser empleado. Y, al finalizar el cargo, el recurrente sostiene que el Tribunal concluyó exigiendo el requisito del predominio intelectual en el trabajador, para ser empleado, cuando las normas positivas de nuestro derecho social —en su concepto— mandan que basta la igualdad de funciones o la duda en la calificación de ellas, para deducir que se trata de un empleado y no de un obrero.

Se considera:

Dicen así las disposiciones invocadas:

El artículo 1º del Decreto 652 de 1935: "Se entiende por empleado particular, para los efectos de la Ley 10 de 1934, todo aquel que, fuera del servicio público u oficial, sin ser obrero, se halle obligado, mediante un contrato, a prestar sus servicios a otra persona natural o

jurídica, que adquiere facultad para darle órdenes, siempre que dicha prestación de servicios no sea con carácter ocasional, bien sea en establecimientos o empresas industriales o comerciales o en oficinas de otra naturaleza, sea cual fuere la remuneración de que disfrute y la forma en que le sea pagada".

El artículo 2º del mismo Decreto: "Se entiende que es obrero y que, por lo tanto no está comprendido en los términos de la Ley 10 de 1934, todo el que ejecuta una labor material para otro, a cambio de una remuneración, ya se le pague por jornal o por obra ejecutada. El carácter de obrero implica el hecho de que la actividad material predomine sobre las labores intelectuales".

Y el artículo 12 de la Ley 10 de 1934: "Se entiende por empleado particular, para los efectos de esta Ley, toda persona que no siendo obrero, realice un trabajo por cuenta de otra persona o entidad, fuera del servicio oficial, en virtud de sueldo o remuneración periódica fija, participación de beneficios o cualquiera otra forma de retribución".

"Se entiende por patrono, la persona por cuya cuenta se realice el trabajo del empleado. Si esta persona obra como intermediario entre el dueño de la empresa o negocio y el empleado, serán responsables solidariamente del cumplimiento de las disposiciones establecidas por esta Ley, el dueño y el intermediario".

Según las definiciones que contienen los anteriores preceptos, es nota característica o esencial de la noción de obrero la de que la labor material que ejecuta predomine sobre la intelectual. No dice la ley expresamente cuál de los esfuerzos, actividades o labores deben predominar en el empleado, pero es lógico entender, a contrario sensu, que en el concepto de los servicios de esa clase debe prevalecer el esfuerzo o la actividad intelectual sobre la material.

Para la Corporación es difícil, si no imposible, encontrar el caso de un trabajo o servicio de una perfecta igualdad de esfuerzos intelectuales y materiales, en el que verdaderamente no prime ninguno de los dos sobre el otro. Por regla general, una de las dos actividades debe prevalecer sobre la otra; pero si por una excepción llegaren a equilibrarse, no es muy fácil establecer con una absoluta precisión el límite exacto que las separe. Es, pues, más lógica, cabe más dentro de la práctica y la ocurrencia diaria y corresponde a una exacta interpretación de la ley, la distinción en el sentido de que en el trabajo del empleado predomina el esfuerzo intelectual sobre el material y en el del obrero, éste sobre aquél.

Es cierto que estas definiciones no corresponden hoy a una estricta técnica jurídica en materia laboral, porque la moderna tendencia

del derecho del trabajo persigue la supresión de esas diferencias artificiales y sutiles, para lograr la unidad bajo la denominación genérica y exclusiva de **trabajadores.**

La Ley 6ª de 1945 recoge esta última inquietud, que no hace sino traducir un principio elemental de justicia, porque igual condición y calidad deben tener todos los asalariados ante la ley y unas mismas prerrogativas, derechos y obligaciones.

De las legislaciones más avanzadas que rechazan la distinción artificiosa entre los asalariados y les dan, con nuestra Ley 6ª, el carácter único y general de "trabajadores" están las de España y México. En ambas tienen esa denominación sin que se establezcan diferencias por razón de la clase de servicios, bien materiales o intelectuales. Y en ese sentido habrá de pronunciarse en el futuro la jurisprudencia.

La legislación chilena conserva la misma distinción de nuestra Ley 10 de 1934, entre obreros y empleados, con idéntica orientación. En efecto, el artículo 2º del Código del Trabajo de esa nación define como empleado a "toda persona en cuyo trabajo predomine el esfuerzo intelectual sobre el físico", y por obrero, a "toda persona que, sin estar comprendida en los números anteriores (definiciones de patrón y empleado), trabaje por cuenta ajena en oficio u obra de mano o preste un servicio material determinado". En ese país se da expresamente como nota característica de la noción de empleado la de que en el trabajo predomine el esfuerzo intelectual sobre el físico, y entre nosotros se llega a igual conclusión al través de la definición de obrero. Son exactas las definiciones chilena y colombiana en cuanto a la característica esencial de que el un esfuerzo predomine sobre el otro.

El tratadista argentino de derecho laboral, Alejandro M. Unsain, en su obra titulada "Empleados de Comercio", dice que "no es siempre fácil determinar precisamente la separación que entre el empleado y el obrero media, como no es fácil tampoco, en más de un caso, señalar con lindes rígidos la esfera propia del comercio y la de la industria". Y agrega: "En lo que evidentemente todos los tratadistas convienen es en asignar el carácter de empleado al trabajador no manual. No existe trabajo intelectual sin cierta dosis de trabajo físico, ni puede concebirse el trabajo físico sin la participación, en más o menos, de las facultades intelectuales. No puede basarse aquella separación sobre la exclusividad, sino sobre la preponderancia de una u otra función". Y comentando la definición de trabajo material que da la legislación de su patria cuando dice que es todo empleo de la actividad humana en que predomine el ejercicio de las facultades físicas, se ex-

presa así: "En los extremos, la aplicación de esta regla simple no ofrece la mayor dificultad. Nadie dudará que un tenedor de libros, un tesorero o un encargado de la correspondencia, es un empleado, y que un albañil **o un estibador es un obrero.** (se subraya).

La similitud de las legislaciones chilena y argentina con la nuestra sobre el particular en estudio y el anterior comentario de un autorizado expositor, que coinciden con la interpretación dada por el sentenciador y por este Tribunal Supremo de las nociones de empleado y obrero y su distinción fundamental, relevan de mayores consideraciones a esta entidad, por la forma clara y lógica como se deja expuesto el tema.

Y no se diga que por haber suprimido la Ley 6ª de 1945 esa distinción entre empleados y obreros para hacer surgir la noción de contrato de trabajo sin consideración a la calidad del esfuerzo y la denominación genérica de trabajadores para todos los asalariados, esa división por razón de la índole del trabajo ha desaparecido por completo y no deba tenerse en cuenta en el presente asunto. Lo que ocurre es que por ser principio general en derecho del trabajo que la norma más favorable a los trabajadores debe aplicarse de preferencia a cualquier otra, así sea ésta posterior, se presenta muchas veces el caso de que un trabajador resulte más beneficiado invocando los derechos y prestaciones que concede a los empleados particulares la Ley 10 de 1934, que los que le otorga una ley más reciente como la 6ª de 1945. En tales circunstancias debe tenerse por subsistente la aludida diferenciación entre empleados y obreros, aún a pesar de normas posteriores en contrario y de su falta de técnica.

En el problema en estudio, el Tribunal entendió rectamente la distinción entre empleado y obrero que dan la Ley 10 de 1934 y su Decreto reglamentario según lo que se deja expuesto, por lo cual carece de fundamento este cargo.

Segundo cargo.

Estima el recurrente que el Tribunal violó los arts. 12 y 14 de la Ley 10 de 1934, y 1º, 2º, y 24 del Decreto 652 de 1935, por indebida aplicación, en atención a que el sentenciador incurrió en un manifiesto error de hecho al considerar que el estibador carga el banano de la polea a la estiba y que lo lleva en hombros, pues en el juicio aparece comprobado hasta la saciedad que él no carga ni transporta en hombros el racimo, sino que su labor se limita a recibirlo en la estiba de manos de un cargador y a colocarlo en forma metódica y científica. Ese error

se produjo, según el recurrente, por haberle señalado al demandante funciones que no tiene y para demostrarlo transcribe lo pertinente de las declaraciones de los testigos Ricardo Acosta y Víctor Maiguel y de una diligencia de inspección ocular practicada por el Inspector Seccional del Trabajo de Ciénaga.

Se considera:

Los apartes del fallo que acusa en este cargo el recurrente, son, como él mismo lo dice en su demanda, tomados de la Resolución 270 de 30 de julio de 1941, del Departamento Nacional del Trabajo y que el fallador transcribe en su sentencia.

Pero resulta que el Tribunal no basó únicamente su fallo en esa Resolución, ni acogió completamente los párrafos de ella que menciona el recurrente, sino que, bien por el contrario, los refuta más adelante cuando dice: "En lo que hace a la duración, se objeta la doctrina antes transcrita, manifestando que **en realidad el estibador no toma el racimo de banano de la polea, lo cual es cierto, sino que lo recibe del cargador al pie de la estiba.** Si fuera esa la única razón en que se apoya la Resolución del Departamento del Trabajo, podría la objeción autorizar un examen de la nueva situación de los hechos...". **(se subraya).**

Por lo tanto, se deduce claramente del párrafo precedente que el sentenciador no acogió la parte de la Resolución que da al estibador las funciones de cargador, pues, por el contrario, acepta que "en realidad el estibador no toma el racimo de banano de la polea, lo cual es cierto, sino que lo recibe del cargador al pie de la estiba", que es lo que sostiene el recurrente cuando alega que el estibador "en su labor se limita a recibirlo en la estiba de manos del cargador...".

No aparece, por consiguiente, demostrado este cargo.

Tercer cargo.

Se acusa en él a la sentencia del Tribunal de violación de los artículos 12 y 14 de la Ley 10 de 1934 y 1º, 2º y 24 del Decreto 652 de 1935, por falta de aplicación por causa de un error de hecho. Este error lo hace consistir el recurrente en la estimación que hizo el sentenciador de las funciones primordiales del estibador que son, según el fallo, las de levantar al pulso el racimo de banano para ponerlo en la estiba. Entre otras consideraciones, la demanda de casación contiene la siguiente, al formular este cargo: "En el caso de autos, la naturaleza del estibador radica en el fin que persigue, o **sea el acomodamiento responsable de la fruta.** Es lógico que para acomodar la fruta, necesita cogerla entre las manos. Pero de ahí a sostener que

ese acto de levantar al pulso es la función esencial hay una diferencia notable, pues esa labor muscular es **secundaria o instrumental** y sólo coopera a la realización del fin primordial que era el acomodamiento responsable".

El aparte de la sentencia que expresa el error de hecho señalado por el recurrente, dice así: "De modo que hay un medio para determinar la actividad prevaleciente del estibador y ese medio lo suministran los testigos mencionados, los cuales al afirmar que el racimo de guineo se tomaba **al pulso** para ponerlo en la estiba y que la escogencia de los ayudantes de estibadores se hacía entre los cargadores más musculados, permiten al juzgador sacar la conclusión de que para ser estibador la condición primordial, la que debía prevalecer era la de la fortaleza física, porque la labor así lo demandaba...".

Para esta Corporación no es este el único párrafo en el que el sentenciador analiza las funciones del estibador, y, más aún, sus actividades primordiales o prevalecientes. En efecto, más adelante, el mismo Tribunal dice al respecto lo que sigue: "...Los estibadores tienen, además, Capataces y éstos, un Jefe o Maestro de Capataces, que reciben de la Oficina Directiva, la orden de aplicar una de las cinco clases de estiba, según la forma y dimensiones de cada bodega, a fin de que en el movimiento del buque no se caigan los racimos, se magullen o se maduren antes de tiempo. En esa función, que no es de los estibadores, sí hay predominio del esfuerzo intelectual. **El estibador como se ha visto no hace sino cumplir órdenes superiores, estibando en la forma que se le señala; claro que con algún cuidado,** en que el esfuerzo intelectual no supera al físico". Y, a continuación, agrega: "**La función esencial del estibador,** dice el doctor Escobar Camargo, **consiste en acomodar la fruta para que no sufra daño: empero, la forma de ese acomodo no nace de la mente del estibador,** sino que es una forma preestablecida por otras mentes, y que se da luégo por el maestro de capataces al estibador para que éste la aplique en cada bodega" (se subraya).

En los párrafos que acaban de transcribirse, que son posteriores al acusado, el sentenciador acepta que la función esencial del estibador es la de acomodar la fruta para que no sufra daño, o sea con algún cuidado, pero agrega que la forma del acomodamiento no surge de la propia iniciativa del trabajador, sino de órdenes superiores.

Pero hay más aún. En otro párrafo, también posterior al acusado, señala el Tribunal las funciones de ese trabajador en los siguientes precisos términos: "El estibador fuera del cuidado y la práctica en la colocación de los racimos no ejercía otra función de importancia,

porque él no hacía la escogencia de la estiba; no indicaba la calidad de la fruta necesaria para el arrume; no indicaba tampoco la forma de ese arrume y menos entraba a calcular las dimensiones de la bodega para determinar así la forma y condiciones de la estiba. Todas esas labores que sí son de verdadera técnica, estaban a cargo no siquiera de los capataces de estibadores sino del maestro de estibadores".

Por lo expuesto, el Tribunal no incurrió en el error de hecho que menciona el cargo, de considerar como función primordial del estibador el levantar a pulso el racimo, puesto que al final de su sentencia expone con claridad cuáles son las funciones esenciales del estibador, que no son otras que las que señala el recurrente, de acomodar con cuidado la fruta para que no sufra daño. Y, por consiguiente, el cargo no resulta tampoco probado.

También considera necesario advertir este Tribunal que el concepto de responsabilidad no es característica exclusiva de la noción de empleado, porque el obrero debe asimismo responder del trabajo que se obligue a ejecutar. Todo trabajador, en general, llámese empleado, obrero o peón, debe cumplir su contrato de trabajo y si no lo cumple o lo hace imperfectamente, debe responder por su inejecución o incumplimiento, por su culpa o falta de cuidado. Así se deduce de las normas generales de derecho y especialmente del inciso 1º del artículo 11 de la Ley 6ª de 1945 que dice: "En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable".

Por lo demás, este Tribunal considera que no puede tomarse un solo párrafo de una sentencia como el determinante de ella, sino que es necesario analizarla toda en conjunto para deducir el pensamiento del fallador, su intención y el alcance del fallo. El procedimiento de tomar párrafos aislados para deducir de ellos la razón básica de la providencia no es el medio más seguro para desentrañar su verdadero fundamento. De allí que esta Corporación no se haya limitado a considerar únicamente el párrafo indicado por el recurrente como el único que contempla la materia allí tratada, sino toda la sentencia recurrida, con el fin de lograr su exacta y completa interpretación, que es la mejor forma de hallar la verdad y también lo más jurídico.

Es cierto que la sentencia del Tribunal no contiene un estudio ordenado y metódico, que guarde armonía exacta entre sus distintos apartes, porque se limita a transcribir distintas providencias, tanto de la Oficina del Trabajo como de varias de sus sentencias anteriores

sobre el mismo problema, que en algunas consideraciones no contienen una apreciación igual de diversos factores; pero ese mismo defecto del fallo hace más preciso que esta entidad indague su verdadero sentido y para ello que estime esa decisión en conjunto y en su tesis cardinal, y que no la analice por párrafos aislados, desvinculados de los demás que la integran.

Lo anterior es suficiente para desestimar el cargo.

Cuarto cargo.

En este motivo se acusa el fallo de segunda instancia por violación de las mismas disposiciones legales del anterior, pero por indebida aplicación que produjo un manifiesto error de hecho.

El recurrente plantea el cargo así: "El Tribunal sostiene que el trabajo que debía ejecutar un estibador estaba al alcance de todo el mundo, y que lo que no estaba al alcance de todo el mundo era la fortaleza física. Dominado por esta idea conceptuó que, como el factor dominante era la fortaleza física, se trataba de un obrero y no de un empleado. Lógicamente tamaño error de hecho, lo condujo fácilmente a la violación de la Ley".

Al estudiar el cargo precedente se dejó visto cómo el sentenciador no considera como factor dominante de las labores del estibador el de tomar el racimo al pulso, sino que la labor primordial suya es la de acomodar la fruta en la estiba con el cuidado necesario para que no sufra ningún daño.

Una cosa es que en la labor que distingue al obrero del empleado, según la ley, predomine la actividad material sobre las labores intelectuales, y otra muy distinta que la condición esencial para poder prestar un trabajo determinado sea la de gozar de especial fortaleza física. Un trabajador puede ser obrero sin ser excepcionalmente esforzado, porque en sus labores predomine el esfuerzo material sobre el intelectual, sin que ese esfuerzo pueda o deba ser intenso en muchos casos o exija una fortaleza especial. Basta un predominio de la actividad material, sin consideración a la fortaleza sobresaliente de quien la ejercita, para catalogar al trabajador como obrero. No debe, pues, confundirse la actividad material con la fortaleza física; aquélla es la característica predominante y la regla general en tratándose de los obreros, y ésta es la condición excepcional de determinados trabajadores o la exigencia especial de un oficio dado.

El aparte del fallo que contiene el error de hecho y que transcribe el recurrente expresa lo que sigue: "Realmente —dice el Tribunal— ese trabajo (del estibador) requiere cierto cuidado y práctica y hasta

aprendizaje, pero el cuidado, la práctica y el aprendizaje podían estar al alcance de cualquier cargador. Lo que sí no estaba al alcance de la totalidad de ese gremio de trabajadores era la fortaleza física: esa era condición esencial en el trabajo de estibador y por eso se escogía el personal más musculado".

La forma como está planteado el cargo —y en general todo error de hecho en casación— exige para su comprobación que el recurrente señale cuáles son las pruebas mal apreciadas por el fallador o las no estimadas y que lo condujeron a errar en los términos de la acusación. Así lo exige el artículo 520 del Código Judicial. Para el cargo en estudio, el recurrente debía señalar las pruebas mal estimadas o dejadas de apreciar por el fallador y que lo condujeron a considerar que la fortaleza física era la condición esencial en el trabajo de un estibador; pero no aparecen mencionadas esas pruebas al plantearse el cargo. Habla sí de otras que se refieren al aprendizaje de las funciones de estibador, pero no las que sirvieron al Tribunal para incurrir en el error de considerar la fuerza física como elemento primordial de las labores de ese trabajador.

Y es que para desempeñar un oficio determinado pueden exigirse perfectamente ambos requisitos, el de la fuerza física y el del aprendizaje; pero por el hecho de que el último sea indispensable no quiere decirse que el primero no lo sea. Puede muy bien presentarse el caso de que ambos sean necesarios, pues el uno no excluye al otro.

Para el Tribunal, el razonamiento del recurrente en el sentido de que el sentenciador incurrió en error de hecho porque estimó que el estibador requiere como condición esencial la fortaleza física cuando ese oficio exige aprendizaje, no es lógico ni aceptable, puesto que por el hecho de exigirse ese aprendizaje no se está excluyendo de la labor una determinada fuerza física. Esta Corporación no entra a examinar si en verdad el requisito de la fortaleza especial es condición esencial de un estibador, porque el recurrente no señaló las pruebas que sirvieron al Tribunal para llegar a esa apreciación que él considera como errada, toda vez que la labor de casación se limita a examinar el cargo tal como fue planteado, pero sin que le sea dable al Tribunal Supremo a entrar a analizar pruebas que no han sido indicadas como mal estimadas o dejadas de apreciar. Lo que no puede aceptar esta entidad es el razonamiento capital del recurrente y la base fundamental de este cargo, porque a simple vista peca contra la lógica. Por lo tanto que deba desestimarlo.

Quinto cargo.

Se acusa la sentencia de haber violado los mismos artículos legales de los dos cargos anteriores, aunque no se expresa por qué concepto o motivo. Y considera el recurrente que ese quebrantamiento de dichos preceptos fue ocasionado por un error de hecho evidente en que incurrió el Tribunal al considerar que las funciones de estibador no tenían nada que ver con el magullamiento y la madurez del racimo.

El párrafo que contiene el error, según el recurrente, dice así: "Esos estibadores además tienen capataces y éstos, un jefe o maestro de capataces, que reciben de la oficina directiva, la orden de aplicar a una de las cinco clases de estiba, según la forma y dimensiones de cada bodega, a fin de que en el movimiento del buque no se caigan los racimos, se magullen o se maduren antes de tiempo...".

Aun cuando el cargo estuviese demostrado, este Tribunal no podría entrar a estudiar si hubo violación de las disposiciones invocadas por el recurrente, toda vez que no expresó el concepto en que las estima infringidas, si por violación directa, por aplicación indebida o por interpretación errónea.

El recurrente olvidó tan fundamental requisito de casación y el Tribunal Supremo no puede entrar a suplir esa decisiva deficiencia del cargo porque haría las veces de la parte. En casación deben aparecer los cargos bien formulados, de acuerdo con las exigencias legales, porque de lo contrario no es posible su estudio. No hay necesidad de citar las innumerables doctrinas de la Corte Suprema de Justicia en este sentido, y en especial sobre la anomalía aquí anotada, porque son conocidas y redundarían después de lo que se ha expuesto.

No puede, pues, considerarse este cargo.

Sexto cargo.

Consiste en la violación de los mismos artículos de los cargos precedentes, pero sin que se diga tampoco por qué concepto fueron infringidos, si por violación directa, por aplicación indebida o por interpretación errónea.

Este solo defecto serviría para desechar el cargo, pero encuentra este Tribunal que ni aun por la forma de plantearlo podría admitirse. En efecto, la violación legal se hace consistir en el error de derecho en que incurrió el Tribunal al apreciar el criterio que debe servir para distinguir el acto intelectual del acto material, pues la sentencia considera que el que debe tenerse en cuenta para distinguir los actos es la intensidad, el mayor o menor esfuerzo intelectual que se haga en

la ejecución de la obra, lo que el recurrente estima profundamente errado y combate al través del cargo.

El motivo se basa, por lo tanto, en un error de derecho que se atribuye al fallador. Pero se limita en su exposición a simples consideraciones especulativas, sin señalar las pruebas que condujeron a esa equivocación.

El cargo por error de derecho en casación no consiste, como parece deducirlo el recurrente, en atacar apreciaciones jurídicas equivocadas de la sentencia, sino, como lo ha dicho la jurisprudencia reiterada de nuestra Corte y lo ha aceptado este Tribunal en sentencia de fecha 27 de noviembre pasado, que en él "sólo existe una contravención a la ley que establece y valora la prueba respectiva y, además, una indebida aplicación de la regla jurídica en que se apoya el fallo, por haber conducido el error a dar ilegalmente por probado un hecho que no lo estaba, o viceversa, y consecuencialmente a aplicar la disposición sobre una base falsa. Por eso que el error de derecho en la apreciación de la prueba, a fin de que prospere, requiere ante todo que los artículos legales invocados impongan una fuerza probatoria a la prueba desestimada en la sentencia, o bien priven de eficacia a la que sirvió de fundamento esencial del fallo". (Juicio de Ricardo Zapata Bustos contra Hernán Caicedo Buenaventura).

El error de derecho, según el artículo 520 del Código Judicial, sólo se produce como consecuencia de una equivocada apreciación de una prueba o por falta de estimación de una probanza. Gira, pues, alrededor de las pruebas. Así lo reafirmó la sentencia de 27 de noviembre ya citada, de esta Corporación, cuando consideró este motivo en la casación del trabajo, pues dijo: "No todo cargo por error de esta naturaleza es aceptable en la casación del trabajo. En efecto, él tiene lugar (el error de derecho) en este recurso —según se expresó al principio— cuando se le da a una prueba un valor o mérito distinto del que la tarifa legal respectiva le señala, o cuando deja de apreciarse una prueba y se viola en consecuencia el precepto legal que le asigna un determinado valor probatorio: es decir, este cargo gira alrededor de una tarifa legal de pruebas que desaparece en los juicios del trabajo como obligatoria, y, por lo tanto como elemental y lógica consecuencia, también debe desaparecer el cargo en el recurso de casación en materia laboral, cuando se basa en la violación de una tarifa cuya aplicación no es estricta en estos asuntos".

"Pero sí es aceptable el cargo en la casación del trabajo, por error de derecho en la estimación de una prueba, 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, pues en este caso no se debe admitir su prueba sino por este último medio. Y, viceversa, también existe cuando deja de aplicarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo".

El recurrente confundió sencillamente el cargo por error de derecho, que se deja puntualizado, con las consideraciones jurídicas erradas que haga el fallador. Estos errores jurídicos, distintos del error de derecho en pruebas, sólo pueden atacarse en casación por violación de la ley, bien por infracción directa, por aplicación indebida o por interpretación errónea, pero, como ya se dejó dicho, en este cargo olvidó el recurrente expresar por cuál de esos tres conceptos estima infringidos los preceptos que cita como violados por el Tribunal. Por esto que no pueda considerarse tampoco el cargo.

Ninguno de los motivos de casación aducidos ha prosperado, por lo cual habrá de mantenerse el fallo recurrido.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta el 23 de enero del año de mil novecientos cuarenta y seis (1946), que ha sido objeto del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase al Tribunal de origen.

Cástor Jaramillo Arrubla. — Diógenes Sepúlveda Mejía. — Luis Alberto Bravo. — Gabriel Escobar Sanín, Secretario.

I. DESCANSO ANUAL O VACACIONES. CUANDO SE CAUSAN. II. CAUSAS DE TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO.

I.—De conformidad con los artículos 18, 19 y 20 del Decreto 652 de 1935, la obligación patronal de conceder vacaciones a los empleados particulares tiene un plazo determinado. Las vacaciones se causan cada año y deben hacerse efectivas antes de transcurrir el año siguiente, pues de otra manera se acumularían, lo cual, salvo expresas excepciones, está prohibido, como lo está también la compensación en dinero durante la ejecución del contrato de trabajo.

El lapso de servicio que ha de prestar el empleado particular para tener derecho al descanso anual o vacaciones, ha sido fijado por casi todas las legislaciones, así como por la Organización Internacional del Trabajo, en un año. Si dentro del período de servicio el empleado hubiere cometido faltas, habrá lugar a la aplicación de las sanciones legales reglamentarias, pero en ningún caso podrá privársele de sus vacaciones, ya que se trata de un derecho vital, que surge de una necesidad fisiológica y moral y por ello superior a cualquier concepto de reciprocidad contractual.

II.—El art. 14 del Decreto 652 de 1935 autoriza la terminación del contrato, por parte del empleado cuando el patrón no cumple con sus obligaciones contractuales o legales; pero para que así pueda obrar el trabajador es necesario que le dé un aviso por escrito al patrón, con siete días de anticipación, invocando naturalmente la justa causa, o sea, alegando la inejecución de determinada obligación o el incumplimiento de cierta cláusula del convenio o de una disposición legal dada. Pero si al terminarse el contrato no se cumple con los requisitos que este ordinal 1º del artículo 14 establece, mal pueden después invocarse como si se hubieran llenado. Y si esto es así, con mayor razón puede decirse que no le es dable al fallador argüir, de oficio, sin que el mismo trabajador lo haya ale-

gado, que el motivo por el cual dio por terminado su contrato de trabajo fue el que contempla esta disposición legal La voluntad o intención de una parte no puede ser suplida por la que el Juez escoja, de modo que si un litigante alega un hecho o motivo como determinante de un acto de su voluntad, mal puede la parte contraria, ni menos el fallador, desechar ese motivo y forjar a su arbitrio como causante de ese acto otro muy distinto no invocado, ni alegado, ni que aparezca en verdad como el móvil de la parte. Por lo demás, la lealtad procesal que se deben las partes y que, naturalmente, obliga también al Juez, hace que los hechos básicos de una acción no deban sufrir cambio ya al finalizar la litis, mucho menos el fallador, de modo que cada litigante sepa acerca de cuáles gira su pretensión o su defensa y no se vea sorprendido a última hora o inoportunamente por nuevas modalidades que no fueron consideradas a tiempo en la instancia. La época del derecho procesal en la que estaba autorizada la sorpresa, y más aún en el procedimiento del trabajo, está abolida. No es posible, dentro del procedimiento verbal que rige en los juicios laborales, guardar, por ejemplo, pruebas para ser practicadas en la segunda instancia con el fin preconcebido de sorprender en el último momento a la contraparte. De igual modo debe reaccionar la jurisprudencia contra prácticas habilidosas que equivalen a modificar los hechos fundamentales de la acción, en momento inoportuno, cuando ya no es posible corregir la demanda.

III.—Para el Tribunal Supremo no es aceptable esa argumentación del fallador, porque la acción para el pago del auxilio de cesantía que reconoció está basada en el hecho alegado por la actora de que se vio obligada a retirarse de la empresa por razón del ambiente hostil que se formó por discusiones provocadas por su Gerente. Y si ese hecho que le da nacimiento y vida a la acción incoada no lo encuentra acreditado el mismo sentenciador, es lógico que la acción no pueda prosperar, y menos hacerse triunfar con fundamento en hechos distintos que son la base de una acción diversa como la de vacaciones.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Jaramillo Arrubla)

Bogotá, febrero veintiuno de mil novecientos cuarenta y siete.

La señorita Emilia Pardo Umaña demandó a la sociedad "El Espectador Limitada", de esta ciudad, par el pago de auxilio de cesantía correspondiente a nueve años y seis meses consecutivos de trabajo como empleada, de las vacaciones causadas y no disfrutadas durante los últimos cuatro años de servicios continuos prestados a esa empresa, de los intereses legales desde el día 10 de junio de 1944, fecha en que debió hacerse el pago y de las costas del juicio.

Como hechos fundamentales de su demanda señaló los siguientes: Que entró a trabajar como empleada al servicio de "El Espectador" el 12 de diciembre de 1934; que se vio obligada a retirarse de la empresa el 10 de junio de 1944, a causa del ambiente hostil y de tirantez que se le había planteado con el Gerente señor Gabriel Cano por razón de frecuentes choques y discusiones provocadas por él; y que durante todo el tiempo que permaneció al servicio de la sociedad demandada no se le concedieron las vacaciones remuneradas a que tenía derecho.

En la contestación de la demanda, la compañía aceptó el hecho de haber entrado la actora a servir como empleada en la fecha que ésta indica, pero negó los demás hechos fundamentales de ese libelo.

El Juzgado 1º del Circuito en lo Civil de Bogotá, que fue el del conocimiento, falló favorablemente a la demandante las peticiones sobre pago de auxilio de cesantía y vacaciones, guardó silencio acerca de la solicitud de intereses y no accedió a condenar en costas.

Ambas partes interpusieron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, que fue confirmada por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá por medio de la suya de fecha 11 de abril del año pasado, aunque también sin condenar en costas. Hubo un salvamento de voto.

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado de la parte demandada.

La sentencia acusada.

Para el Tribunal es evidente que entre el Gerente de la empresa y la empleada ocurrieron desaveniencias o altercados, pero no encuentra de donde inferir que los provocara el demandado. En consecuencia, declara que la petición de auxilio de cesantía, por ese extremo,

no tiene asidero en las pruebas aducidas, ya que, por otra parte, el vicio de que trata el ordinal 3º del artículo 11 del Decreto 652 de 1935, se refiere a un hecho del trabajador y no del patrón, que da a éste y no a aquél, derecho para declarar terminado el contrato de trabajo previo aviso de siete días.

No obstante, el Tribunal cree del caso indagar si en el curso de la ejecución del contrato se consumó algún hecho que, contemplado por la ley, dejara vivo para la empleada, al retirarse, el derecho al auxilio de cesantía. A este propósito observa que dicha empleada no incurrió en mala conducta ni cometió falta alguna que justificara la disolución unilateral del contrato por parte del patrono, y, en cambio, éste sí dejó de cumplir una perentoria obligación legal al no conceder ni pagar a la señorita Pardo Umaña las vacaciones, hecho que el fallador de segunda instancia estima suficientemente demostrado. Por tanto, el Tribunal decide dar aplicación al ordinal 1º del artículo 14 del Decreto 652 de 1935 y a la parte final del artículo 26 del mismo Decreto, y así dispone pagar el auxilio de cesantía, por este otro extremo, acogiéndose a la facultad de interpretar la demanda en busca de la verdadera intención del actor, y apoyándose en el principio de que las prestaciones concedidas por las leyes sociales a los trabajadores son de orden público y por ende irrenunciables".

El recurso.

Pasa a estudiarse en primer término el último cargo de la demanda de casación, para mayor facilidad de la labor de este Tribunal y por ser el orden más lógico dentro de la situación que el recurso plantea, según la autorización que consagra el artículo 537 del Código Judicial.

Segundo cargo.

En el proyecto de fallo que presentó el primitivo ponente en este asunto, doctor Bravo, y que la mayoría de la Corporación no aceptó en cuanto a la acción de cesantía, se estudió muy bien este cargo que versa acerca de la acción de vacaciones. Como este aparte de ese proyecto no fue rechazado por el Tribunal Supremo y refleja fielmente el pensamiento de la entidad, por contener una exacta interpretación de la ley, se acoge en su totalidad. Dice así:

Sostiene el recurrente que el fallo viola directamente los artículos 1608 y 1609 del Código Civil, que en su concepto priman sobre las disposiciones del Decreto reglamentario 652 de 1935.

Según este cargo la obligación patronal de dar vacaciones no tiene vencimiento en época fija y para disfrutar de esta prestación se requiere un acuerdo previo entre las partes, que en el presente caso no tuvo lugar. De allí concluye el recurrente que la empresa demandada no estaba en mora.

Añade que generando el contrato de trabajo obligaciones recíprocas que se compensan, aun en el supuesto de que la empresa no hubiera cumplido las suyas, tampoco podría reputársela en mora, porque la empleada confesó que no se sometía a ninguna disciplina y que haría siempre su propia voluntad, con lo cual reconoció el incumplimiento de sus deberes.

Se considera:

En primer lugar, los preceptos que regulan las relaciones entre empleadores o patronos y empleados, contenidos en la llamada legislación social o legislación del trabajo, prefieren a las disposiciones del Código Civil que en esta materia ha pasado a ser un derecho de excepción.

Ahora bien: la obligación patronal de conceder vacaciones a los empleados particulares tiene un plazo determinado como se deduce de los artículos 18, 19 y 20 del Decreto 652 de 1935, que dicen así:

"Art. 18.—Los empleados particulares tienen derecho a quince días continuos de vacaciones en cada año de trabajo, remunerados de acuerdo con el sueldo que el empleado esté devengando. La época será fijada por el patrono, buscando no perjudicar el servicio y la efectividad del descanso.

"Art. 19.—Queda prohibido, tanto a los patronos como a los empleados, estipular que pueda prescindirse de las vacaciones mediante remuneración pecuniaria".

"Art. 20.—Las vacaciones no son acumulables más que por una sola vez, y sólo cuando se trate de labores técnicas o de confianza para las cuales es difícil reemplazar al empleado por corto tiempo".

Conforme a estas reglas, las vacaciones se causan cada año y deben hacerse efectivas antes de transcurrir el año siguiente, ya que de otra manera se acumularían, lo cual, salvo expresas excepciones, está prohibido, como lo está igualmente su compensación en dinero durante la ejecución del respectivo contrato.

Por tanto, la mora se produce sin requerimiento.

Es bien sabido que la institución conocida con el nombre de **vacaciones** y también con el de **descanso anual,** consiste en conceder al trabajador un período de tiempo durante el cual pueda restaurar las fuerzas perdidas y renovar la capacidad de trabajo, después de que haya

prestado servicios por un lapso que la mayoría de las legislaciones, así como la Organización Internacional del Trabajo, han fijado en un año.

Se trata, pues, de un derecho vital, que surge de una necesidad fisiológica y moral, y por ello superior a cualquier concepto de reciprocidad contractual.

Las faltas que cometa el trabajador darán motivo para que el patrono le imponga las correspondientes sanciones legales o reglamentarias, pero en ningún caso para que lo prive de vacaciones si ha completado un año de servicios, única condición necesaria al efecto.

En consecuencia se desestima este cargo".

Primer cargo.

Se entra a estudiar este cargo, no obstante que adolece de falta de la precisión y claridad que la técnica de casación exige.

El recurrente acusa el fallo del Tribunal por violación de la ley sustantiva, por aplicación indebida. Y para fundar el cargo señala como párrafo de la sentencia que contiene la transgresión el siguiente: "...el no pago de las vacaciones legales a un trabajador, constituye el incumplimiento por parte del patrono de sus obligaciones legales, hecho que a la luz de lo ordenado por el ordinal 1º del artículo 14 del Decreto Nº 652 de 1935 y la parte final del artículo 26 del mismo estatuto, permiten al empleado retirarse del servicio sin perder el derecho al auxilio de cesantía".

No obstante que en la sustentación del cargo se hacen consideraciones que más bien proceden dentro de la segunda causal de casación del artículo 520 del Código Judicial, por incongruencia entre lo pedido y lo fallado, y no dentro de la primera que se ha invocado, de violación de la ley, el Tribunal Supremo lo estudiará en la forma planteada y que se deja expuesta, entendiendo que se acusa la sentencia recurrida por violación, por aplicación indebida, de las disposiciones legales que se citan en el párrafo acusado.

El Tribunal, pues, según el cargo, aplicó indebidamente el ordinal 1º del artículo 14 del Decreto 652 de 1935 y la parte final del artículo 26 del mismo Decreto.

Se considera:

Dicen los artículos invocados:

"Artículo 14.—Son justas causas para que el empleado dé por terminado el contrato, dando aviso previo por escrito, con siete días de anticipación, las siguientes: 1º La inejecución, por la otra parte, de sus obligaciones convencionales o legales...".

"Artículo 26.—Se considera como despido injusto, que da derecho al auxilio de cesantía, el canje de un empleado de un establecimiento o empresa a otro, los cambios de empleados en su perjuicio y toda medida que sea contraria al propósito o espíritu de la Ley 10 de 1934".

La primera de estas disposiciones autoriza la terminación del contrato, por parte del empleado cuando el patrón no cumple con sus obligaciones contractuales o legales; pero para que así pueda obrar el trabajador es necesario que le dé un aviso por escrito al patrón, con siete días de anticipación, invocando naturalmente la justa causa, o sea, alegando la inejecución de determinada obligación o el incumplimiento de cierta cláusula del convenio o de una disposición legal dada. Pero si al terminarse el contrato no se cumple con los requisitos que este ordinal 1º del artículo 14 establece, mal puede después invocarse como si se hubieran llenado. Y si esto es así, con mayor razón puede decirse que no le es dable al fallador argüir, de oficio, sin que el mismo trabajador lo haya alegado, que el motivo por el cual dio por terminado su contrato de trabajo fue el que contempla esta disposición legal. La voluntad o intención de una parte no puede ser suplida por la que el Juez escoja, de modo que si un litigante alega un hecho o motivo como determinante de un acto de su voluntad, mal puede la parte contraria, ni menos el fallador, desechar ese motivo y forjar a su arbitrio, como causante de ese acto, otro muy distinto no invocado, ni alegado ni que aparezca en verdad como el móvil de la parte. Por lo demás, la lealtad procesal que se deben las partes y que, naturalmente, obliga también al Juez, hace que los hechos básicos de una acción no deban sufrir cambio ya al finalizar la litis, mucho menos por el fallador, de modo que cada litigante sepa acerca de cuáles gira su pretensión o su defensa y no se vea sorprendido a última hora o inoportunamente por nuevas modalidades que no fueron consideradas a tiempo en la instancia. La época del derecho procesal en la que estaba autorizada la sorpresa, y más aún en el procedimiento del trabajo, está abolida. No es posible, dentro del procedimiento verbal que rige en los juicios laborales, guardar, por ejemplo, pruebas para ser practicadas en la segunda instancia con el fin preconcebido de sorprender en el último momento a la contraparte. De igual modo debe reaccionar la jurisprudencia contra prácticas habilidosas que equivalen a modificar los hechos fundamentales de la acción, en momento inoportuno, cuando ya no es posible corregir la demanda.

En el caso de autos, el sentenciador de segunda instancia reconoce en su sentencia que la petición de cesantía con base en el hecho

alegado por la actora de que se vio obligada a retirarse de la empresa a causa del ambiente hostil que se le había planteado con el Gerente, "no encuentra fundamento en las pruebas traídas". No obstante, como halla demostrado el hecho de que no se le concedieron vacaciones, estima que esa violación de la ley al respecto autorizaba a la empleada para retirarse sin perder su auxilio de cesantía y para ello invoca los artículos de que trata la acusación en este primer cargo.

Para el Tribunal Supremo no es aceptable esa argumentación del fallador, porque la acción para el pago del auxilio de cesantía que reconoció está basada en el hecho alegado por la actora de que se vio obligada a retirarse de la empresa por razón del ambiente hostil que se formó por discusiones y choques provocados por su Gerente. Y si ese hecho que le da nacimiento y vida a la acción incoada no lo encuentra acreditado el mismo sentenciador, es lógico que la acción no pueda prosperar, y menos hacerse triunfar con fundamento en hechos distintos que son la base de una acción diversa como la de vacaciones.

Lo anterior aparece muy bien expuesto por el Magistrado del Tribunal Seccional, doctor Sotomayor, en su salvamento de voto, cuando dice: "Ahora bien: como en el caso concreto de autos la parte autora instauró en su demanda dos acciones distintas, —la de cesantía y la de vacaciones— fundada cada una de ellas en hechos jurídicos distintos, es decir, en causas de pedir distintas, y por consiguiente, con individualidad propia y específica y que están garantizadas y regidas por normas legales distintas, el Tribunal no puede, en mi concepto, una vez que niega el derecho perseguido por la acción de cesantía, la cual no pudo prosperar por falta de soporte del hecho jurídico correspondiente, aceptar que sí existe este derecho porque lo encuentra fundamentado en otro hecho jurídico distinto debidamente comprobado, el cual engendra, según el Tribunal, dos consecuencias o efectos jurídicos distintos, a saber: el de dar vida a la propia acción de la cual sirve de base, y el de resucitar la otra de cesantía que, según el mismo Tribunal, ya estaba muerta".

Para este Tribunal Supremo, el ordinal 1º del artículo 14 del Decreto 652 de 1935 en armonía con la parte final del art. 26 del mismo Decreto podía haberse aplicado correctamente si la señorita Pardo Umaña hubiese alegado para retirarse de "El Espectador" que la empresa no había cumplido alguna o algunas de sus obligaciones legales para con ella, o cualquiera de las convencionales, y si ese motivo lo hubiese invocado ante el patrono, como justa causa, por escrito, con siete días de anticipación, conforme lo exige claramente esa disposición. Y más aún, sería aceptable si lo hubiese alegado como

hecho fundamental de su demanda, generador del derecho al pago del auxilio de cesantía solicitado. Pero no sucedió así, sino que, bien por el contrario, aparece de la sentencia misma del Tribunal de Bogotá que la actora alegó otro hecho y que aun éste mismo no lo demostró dentro del juicio. Por lo tanto, al aplicar ese Tribunal tales disposiciones a un hecho no regulado por ellas, las violó por aplicación indebida.

Y no se puede argüír, como lo hace el Tribunal de Bogotá, que era necesario interpretar la demanda, porque ello puede y debe verificarse cuando ese libelo es oscuro o vago y, por lo tanto, susceptible de interpretación. Pero la demanda en este juicio no peca de ningún defecto contra la claridad que hiciera necesaria la labor de buscar su sentido. En ella se entablan dos acciones: una de cesantía basada en un hecho individualizado y claro; y otra de vacaciones, fundada en otro muy distinto de aquél. No había ni hay necesidad de disquisiciones lógicas o jurídicas para llegar a esta conclusión. Por lo tanto, no es aceptable el argumento de que se vale el sentenciador, al tratar de fundar aquella acción en el hecho básico de ésta, con el fin de hallar claridad en una demanda que la tiene en demasía.

Las consideraciones anteriores son suficientes para casar la sentencia recurrida, por estar acreditado el cargo en estudio.

Debe, pues, la Corporación, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 539 del Código Judicial, entrar a proferir la sentencia de instancia que reemplace a la casada.

A tal efecto considera:

Acción de cesantía.

La Ley 10 de 1934 concedió a los empleados particulares el derecho a un auxilio llamado de cesantía en caso de despido que no fuere originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato de trabajo, equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio y proporcionalmente por las fracciones de año. También otorgó la misma ley ese derecho cuando el retiro obedeciese a la terminación del contrato por vencimiento del plazo, salvo cuando el patrón se allanase a renovarlo en iguales condiciones y el empleado no accediere a ello.

El Decreto reglamentario de dicha ley, Nº 652 de 1935, estableció diversas causales justificativas para que el empleado pudiese dar por terminado el contrato de trabajo, bien sin previo aviso o con aviso previo de varios días, según la mayor o menor gravedad de los hechos respectivos, pero sin que con ello perdiese el derecho al auxilio de ce-

santía. Por regla general estatuyó la de que siempre que el patrono diese por terminado el contrato de trabajo, sin justa causa, quedaría obligado a pagar el auxilio de cesantía mencionado. Y, para mayor claridad, señaló los hechos o motivos que constituyen para el patrón la justa causa del despido y los que también puede invocar con tal carácter el empleado, sin perder su derecho a ese auxilio.

La demandante en este juicio no alegó como hecho básico de su acción sobre pago de auxilio de cesantía, ninguno que constituye expresamente justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, sin perder ese derecho, de acuerdo con las normas que acaban de citarse. Invocó como hecho generador del derecho que reclama el retiro motivado por culpa del patrono, es decir, una situación provocada por éste y que equivale al despido. Así lo dijo su apoderado en los hechos cuarto y quinto de la demanda que textualmente expresan lo que sigue:

"Cuarto: Se vio obligada a retirarse de "El Espectador" el día diez (10) de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944), a causa del ambiente hostil y de tirantez que se le había planteado con el Gerente señor Gabriel Cano por razón de los frecuentes choques y discusiones provocadas por él y que en diversas ocasiones obligaron a mi mandante a retirarse temporalmente de "El Espectador".

"Quinto: Durante el último año de servicios a "El Espectador", la situación para mi mandante se hizo, poco menos que insoportable, a causa de la insufrible repetición de incidentes desagradables de carácter personal o relacionados con el trabajo que el Gerente de la empresa se complacía en provocar lo más a menudo que podía: tales como devolución sistemática y sin razón de los artículos que no se acomodaban exactamente a los caprichos del Gerente el día en que debían publicarse, procurando en esta forma hacer más pesado y gravoso el trabajo de por sí difícil de la periodista; dificultades y tropiezos para la corrección de pruebas de los mismos, pretextando falta de tiempo, y en fin una inenarrable serie de mortificaciones intolerables, permanentes, de carácter personal y de trabajo que hacían resaltar un principio de desconfianza hacia la labor de la periodista y que la colocaron en una situación muy difícil y diversa de la que había reinado siempre en el periódico, y que la obligaron a retirarse de la empresa".

Quiso demostrar la actora estos hechos fundamentales de su acción, pero ninguna de las pruebas que aportó al efecto sirven para acreditarlos. Porque los testigos Carlos F. León y Próspero Morales Pradilla dan cuenta de altercados sin importancia entre la señorita

Pardo Umaña y el Gerente de "El Espectador", señor Gabriel Cano, que nunca afectaron sus relaciones de amistad. El primero de esos declarantes dice así: "Yo no me he podido explicar satisfactoriamente el retiro de la señorita Pardo Umaña por la circunstancia de que en la redacción todos estábamos habituados ya a presenciar los frecuentes altercados y diferencias verbales que ella le promovía al Gerente, pero que nunca tenían consecuencias en sus relaciones de trabajo y amistad. Múltiples ocasiones se dio el caso de que después de una deplorable intemperancia verbal en la mañana y delante de todos los miembros de la redacción, por la tarde se les veía en muy cordial palique sobre generalidades relativas al funcionamiento de la empresa'. Y el segundo de los testigos declara en la siguiente forma: "...en los días que precedieron a mi retiro tuve la oportunidad de presenciar los altercados humorísticos entre don Gabriel Cano, Gerente de la Empresa y la señorita Pardo Umaña. Tales altercados los juzgábamos humorísticos en la redacción por los siguientes motivos:..... 4º El hecho de que después de uno de esos altercados, la señorita Pardo y el señor Gerente se dedicaran a cordiales coloquios, le restaban todo cuanto significara pugna seria o choque grave".

Y es de notar que el testigo León afirma que la señorita Pardo era quien provocaba los altercados o discusiones.

Bien por el contrario de lo que la actora afirma y sostiene, de las pruebas del juicio aparece que ella se retiró voluntariamente de la empresa periodística a la que servía. En efecto, al contestar la primera pregunta de las posiciones que absolvió ante el Juez de primera instancia, confesó ese retiro voluntario. Dicen así la pregunta y su respuesta: "Es verdad, sí o nó, que Ud. dirigió a don Gabriel Cano una carta para manifestarle su decisión de retirarse, porque consideraba que si en otra vez le fue útil al "Espectador", ya no lo era y expresando su agradecimiento por las gentilezas que recibió y con protestas de amistad sincera?" Y contestó: "Es cierto". Y al responder a la pregunta tercera ratificó su confesión, pues en ella se le formuló la siguiente: "Es verdad, sí o nó que don Gabriel Cano solicitó una entrevista para tratar sobre esta carta, en la cual le rogó en todos los tonos no se retirara y usted le manifestó que su resolución era irrevocable?" Y la respuesta, lacónica, precisa y clara, dice así: "Es cierto". Pero aún más adelante, en la misma diligencia, confiesa que "Antes de renunciar ante don Gabriel Cano, había ya renunciado verbalmente en su finca de Tequendama ante don Luis Cano, a quien le expresó que pensábamos fundar un nuevo periódico dirigido por don Eduardo Caballero Calderón acompañado por otro grupo de periodistas".

Es cierto que en las mismas posiciones la demandante afirma que "nunca se retiró voluntariamente", sino debido a necedad de don Gabriel Cano, quien la hostilizaba mucho, y que pudiera considerarse como indivisible esa confesión, considerada en conjunto, con la explicación que da su renuncia. Pero como ella acepta el hecho del retiro, afirmado por su contraparte, y lo modifica por otro hecho que entraña una excepción, como es el de afirmar que se vio obligada a retirarse por la conducta del gerente de la empresa, resulta que la confesión es entonces **absolutamente divisible,** de acuerdo con la doctrina universal de los expositores sobre la materia, y debe la absolvente probar esa excepción, pues no está relegada de la carga de la prueba. Así lo establece el artículo 609 de nuestro Código de Procedimiento Civil. Mas como no demostró la excepción alegada, queda viva la confesión de que su retiro fue voluntario y su decisión al respecto irrevocable.

El apoderado de la actora en su alegato de segunda instancia arguye que aun con retiro voluntario hay derecho a cesantía, de acuerdo con la Ley 61 de 1945; pero no ese quizás en la cuenta de que su representada dejó de hacer parte del personal de empleados de "El Espectador" desde el 10 de junio de 1944, es decir, mucho antes de que la ley invocada fuese expedida. Por lo tanto, les es aplicable la la Ley 10 de 1934 y su Decreto Reglamentario, según los cuales no hay derecho al auxilio de cesantía en caso de retiro voluntario del empleado.

No pudo, pues, probar la demandante el despido y así lo reconoció también el Tribunal en su sentencia. Pero el Juez de primer grado, que lo fue el 1º del Circuito en lo Civil de Bogotá, al analizar estos hechos alegados por la demandante, incurrió en un error jurídico evidente, que el sentenciador de segunda instancia le rebatió en párrafos de una lógica irrebatible, que hace suyos este Tribunal, y que dicen:

"Entre los hechos de la demanda que el autor presenta como causantes del retiro de su representada de la empresa a que prestaba sus servicios, se encuentra el de que éste obedeció a la ocurrencia de frecuentes choques entre el Gerente de "El Espectador" y la señorita Pardo, y a constante hostilidad de parte del mismo que concluyeron por hacerle insoportable la permanencia en el trabajo. Analizando este punto, el Juez del conocimiento llega a la conclusión de que es del caso dar aplicación a lo dispuesto por el ordinal 3º del artículo 11 del Decreto Nº 652 de 1935, reglamentario de la Ley 10 de 1934, cuando dice que es también causal para dar por terminado el contrato

de trabajo "todo vicio que perturbe habitualmente la disciplina del establecimiento o empresa, o haga incapaz al empleado para cumplir en forma satisfactoria con sus obligaciones". En concepto del señor Juez de instancia, los altercados que se produjeron con frecuencia, constituyen un vicio perturbador de la buena marcha de la empresa y sobre todo, colocaron a la empleada en condiciones de imposibilidad para continuar prestando su trabajo".

"El Tribunal se aparta de esta interpretación por las siguientes razones":

"1º—Cuando el artículo mencionado del Decreto Nº 652 de 1935, habla de este "vicio" para considerarlo como causa suficiente para dar por terminado el contrato de trabajo, se está refiriendo a un hecho del trabajador y no del patrono, que da a éste y no a aquél, derecho para declarar previo el aviso de siete días, terminado el contrato de trabajo. Esta interpretación se desprende de un cuidadoso análisis de las disposiciones legales sobre terminación del contrato de trabajo, y sus causales, que comienza, en orden respectivo, por decir cuándo él termina por situaciones de orden general (art. 8), cuándo por causas especiales aplicables a cualquiera de las partes (art. 9º), cuándo por hechos imputables al trabajador, con o sin previo aviso (arts. 10 y 11) y cuándo por hechos imputables al patrono, con aviso previo y sin él (arts. 14 y 15). De suerte que cuando el artículo 11 citado, habla de que el contrato de trabajo puede terminarse, previo aviso de siete días, cuando exista un vicio que perturbe la disciplina de la empresa o incapacite al empleado para cumplir cabalmente con las obligaciones de su cargo, se está refiriendo claramente a un hecho imputable al trabajador que da al patrono derecho para declarar terminado el contrato de trabajo. Es esto tan cierto, que posteriormente, en el artículo 14, concede este mismo derecho al trabajador, con la condición del preaviso de siete días, cuando se presenten hechos que sean imputables al patrono. No es, pues aplicable al caso controvertido la disposición en que se apoyó el señor Juez del conocimiento".

Los razonamientos anteriores demuestran sin lugar a dudas que la actora no probó los hechos que sirven de fundamento a su acción de cesantía, por lo cual habrá de negarse su reconocimiento. Y como el Juez de primera instancia la encontró demostrada y falló en consecuencia, habrá de revocarse su decisión en ese punto y absolverse, por tanto, al demandado de los cargos que en tal sentido le formuló la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Supremo del trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por au-

toridad de la ley, casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá el 11 de abril de 1946 en el presente asunto, en cuanto reconoció como demostrada la acción sobre pago de auxilio de cesantía; y en su lugar, revoca el ordinal 1º de la parte resolutiva del fallo de fecha 19 de diciembre de 1945, del Juzgado 1º del Circuito en lo Civil de Bogotá, que condenó a la Sociedad "El Espectador, Ltda" a pagar a la señorita Emilia Pardo Umaña la suma de dos mil ochocientos cincuenta pesos moneda corriente como auxilio de cesantía; como consecuencia, absuelve a la empresa demandada de los cargos de la demanda en cuanto a la acción sobre pago de dicho auxilio, y no accede a casar la sentencia ya indicada del Tribunal de Bogotá, en cuanto a la acción para el pago de vacaciones.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase al Tribunal de origen.

Castor Jaramillo Arrubla. —Con salvamento de voto. — **Luis Alberto Bravo. — Diógenes Sepúlveda Mejía. — Gabriel Escobar Sanín,** Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO, del Magistrado doctor Luis Alberto Bravo. — Bogotá, febrero veinticinco de mil novecientos cuarenta y siete.

El Tribunal Supremo negó en parte el proyecto de sentencia que presentó el suscrito Magistrado como ponente en este negocio, y, por mayoría, adoptó una decisión que contiene algunos puntos de vista de los cuales se aparta respetuosamente el que esto firma por las breves razones que expone en seguida:

Conforme a los artículos 14 y 26 del Decreto 652 de 1935, es indudable que el no conceder vacaciones anuales a un empleado particular implica inejecución de una obligación legal por parte del patrono que da derecho al auxilio de cesantía, como si se tratara de despido injusto. Al efecto basta que el empleado dé aviso de su retiro al patrono, por escrito y con siete días de anticipación cuando menos, sin que sea necesario señalar precisamente en dicho escrito la obligación que se ha dejado de cumplir ni invocar expresamente justa causa para el retiro, pues el objeto del aviso previo no es otro que el de facilitar al patrono la escogencia del empleado que haya de sustituír al que se retira.

Comprobado el hecho de que el patrono dejó de cumplir la obligación legal de conceder vacaciones anuales al empleado y observado por éste el requisito previo acerca rel retiro, puede el fallador pronunciarse sobre todas las consecuencias jurídicas de aquel hecho, aún más allá de los términos de la demanda, en virtud del principio según el cual las prestaciones que las leyes conceden a los trabajadores son de orden público y por tanto irrenunciables.

Luis Alberto Bravo. — Gabriel Escobar Sanín, Secretario".

I. COMO DEBE ESTIMARSE LA CUANTIA PARA EFECTOS DE LA CASACION. II. QUE CLASE DE NEGOCIOS DEBIAN PASAR A LOS TRIBUNALES DEL TRABAJO, EN VIRTUD DEL ART. 68 DE LA LEY 6ª DE 1945.

I. La cuantía, para los efectos del recurso de casación en materia laboral, debe estimarse tan sólo en relación con las prestaciones respectivas, apreciadas en la correspondiente demanda o fijadas en la sentencia.

II. Algunos de los negocios atribuídos a la jurisdicción especial del trabajo, de conformidad con el art. 71 de la Ley 6ª de 1945, quedaron transitoriamente bajo el conocimiento del Ministerio del Trabajo, Higiene y Previsión Social. Otros, en cambio, como las controversias a que se refiere el art. 58 de la misma ley, fueron de competencia de los Jueces ordinarios según lo dispuesto en los artículos 60 y 68 de dicha ley, y 3º de la 75 del mismo año. De consiguiente, al organizarse los Tribunales del Trabajo, los negocios que debían pasar a éstos, en el estado en que se hallaran, eran aquellos de que venían conociendo los jueces ordinarios solamente.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Sepúlveda Mejía)

Bogotá, febrero veintidós de mil novecientos cuarenta y siete.

El 17 de enero del año 1946, el Sindicato de Trabajadores de la Empresa Sebastián Ospina, de Bitaco, en memorial dirigido al Inspector Jefe Seccional del Trabajo de Cali, denunció el hecho de que el Administrador de dicha empresa había notificado verbalmente a los obreros Pedro I. Chacón, Jorge E. Bravo, Nicanor Bolaños, Wenceslao Sánchez, Manuel A. Chacón, Parménides Muñoz, Gerardo Velasco, Manuel Reyes, Carlos Burgos, Gonzalo Ortiz, Santiago Sánchez, Eliécer Alvarez, Jaime Ortiz y Alirio Bravo que quedarían suspendidos en el trabajo, por escasez de llantas. De estos trabajadores, los

cinco primeros hacían parte de la Directiva del Sindicato de la mencionada Empresa.

Tramitado el denuncio por la Inspección del Trabajo, con fecha 1º de marzo de 1946, se pronunció la Resolución Nº 45, que en su parte dispositiva dijo:

"1º—Ordénase al señor Sebastián Ospina, propietario de los Aserríos de Bitaco, a (sic) reintegrar a sus trabajadores Pedro I. Chacón, Nicolás Bolaños y Manuel A. Chacón, miembros de la Junta Directiva del Sindicato en las mismas condiciones en que estaban antes de la suspensión, durante el término de veinticuatro horas".

"2º—Ordénase, asimismo, el pago de los salarios que hayan dejado de devengar durante el tiempo de la suspensión hasta el momento de su reintegro, y"

"3º—Conmínase al señor Sebastián Ospina, propietario de los Aserríos de Bitaco, con multas sucesivas de CIEN pesos ($ 100) por cada veinticuatro horas que transcurran sin verificar el reintegro ordenado".

Contra esta resolución se interpuso por el señor Pedro I. Chacón, en el momento de serle notificada, el recurso de reposición. Pero ya el señor Sebastián Ospina había apelado de la misma, apelación de la cual desistió, en memorial de 6 de marzo siguiente. En este mismo escrito solicitó la autorización para despedir a los expresados trabajadores, y al efecto acompañó un cheque por la cantidad de $ 81.00 para garantizar el pago del salario de los trabajadores durante quince días, de conformidad con lo que dispone el art. 40 de la Ley 6ª de 1945 en su parágrafo 1º.

Al sustentar el señor Chacón su recurso de reposición expresó que entre las personas cuya reintegración se había ordenado faltaba Ramiro Díaz y que no se había dispuesto el pago de las prestaciones sociales para los trabajadores despedidos.

Por medio de la Resolución Nº 48 de abril 2 de este año, el Inspector Jefe Seccional del Trabajo del Valle decidió el recurso de reposición interpuesto, y al efecto, "teniendo en cuenta que en la Resolución Nº 45 de 1º de marzo de 1946, se incurrió en varias omisiones", dispuso reponer aquella providencia, lo que hizo en la siguiente forma:

Impuso una multa de MIL pesos a laEmpresa Aserríos de Bitaco por las violaciones que se dejaron establecidas en el texto de la Resolución. Ordenó el reintegro de los trabajadores Pedro I. Chacón, Nicolás Bolaños, Manuel A. Chacón y Ramiro Díaz. Igualmente dispuso que se les pagaran sus prestaciones sociales a todos los trabajadores despedidos.

El día tres de abril siguiente le fue notificada al señor Ospina la citada Resolución y en el momento de hacerlo, el Secretario de la Inspección expresó que "contra dicha providencia proceden los recursos de reposición y apelación". El notificado manifestó que interponía el recurso de reposición y en subsidio el de apelación.

En providencia de 30 de abril la Inspección Seccional del Trabajo del Valle decidió el recurso de reposición en forma negativa y concedió el de apelación para ante el Tribunal Seccional de Cali. Este avocó el conocimiento del negocio apelado, y después de haberle tramitado lo falló con fecha veintisiete de mayo de 1946, en la siguiente forma:

Primero.—Múltase con la suma de quinientos pesos ($ 500) moneda legal, a la Empresa Aserríos de Bitaco, de propiedad del doctor Sebastián Ospina, por violación del fuero Sindical, establecida en la presente providencia. Esta multa ingresará al Tesoro Nacional una vez ejecutoriada esta sentencia.

Segundo.—Ordénase a la Empresa Aserríos de Bitaco reintegrar, en idénticas condiciones de trabajo, a los señores Pedro I. Chacón, Nicanor Bolaños, Manuel A. Chacón y Ramiro Díaz, en el término de veinticuatro horas (24) a partir de la ejecutoria de esta providencia y bajo apremios de multas de doscientos pesos ($ 200), que se harán efectivas en forma sucesiva por cada veinticuatro horas de retardo.

Tercero.—Ordénase a la misma Empresa Aserríos de Bitaco pagar a los trabajadores Pedro I. Chacón, Nicanor Bolaños, Manuel A. Chacón y Ramiro Díaz, los salarios correspondientes hasta el día de su reintegro.

Cuarto.—Ordénase a "Aserríos de Bitaco" cumplir con las prestaciones sociales pendientes a favor de los demás trabajadores despedidos, que aparecen en autos, pagándoles los valores a que hubiere lugar.

Quinto.—Entréguese al doctor Sebastián Ospina el cheque Nº 21 A W 5-8978, girado por él a favor del señor Inspector Jefe de la Inspección Seccional del Trabajo como caución para la suspensión provisional de unos trabajadores".

El Magistrado doctor Tafur salvó su voto en esta providencia.

En estas circunstancias, el apoderado del doctor Sebastián Ospina, doctor Salvador Orozco, con fevha 11 de junio, interpuso el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Seccional de Cali, alegando que "el caso de la Empresa "Aserríos de Bitaco" tiene una cuantía mayor de mil pesos, porque además de condenar al pago de una multa de quinientos pesos ($ 500), en la sentencia se proveen prestaciones sociales por valor mayor de ochocientos pesos ($ 800)".

Además, por considerar que si hay algo fundamental en el derecho laboral es la cuestión relacionada con el fuero sindical.

Concedido el recurso, el Tribunal Supremo del Trabajo le imprimió el trámite correspondiente y en auto de veintinueve de agosto pasado resolvió admitirlo; pero hizo el reparo al Tribunal Seccional de haber cometido un error al sumar el valor de la multa en favor del Erario Nacional con el de las prestaciones que la Empresa Aserríos de Bitaco es obligada a pagar a sus trabajadores, cosa que el Tribunal Supremo halló inaceptable, contraria al espíritu de la ley, que no puede ser otro que el de que la cuantía, para los efectos del recurso de casación, sea considerada tan sólo en relación con las prestaciones respectivas, apreciadas en la correspondiente demanda o fijadas en la sentencia. Mas, como el recurso no puede deshecharse por razón de la cuantía, resolvió este Tribunal admitirlo y continuar su sustentación.

El recurso

En extenso memorial, el doctor Guillermo Amaya Ramírez formuló su demanda de casación. En ella se encuentra el resumen de los hechos que ya se han enumerado antes, y algunas consideraciones acerca de la manera como se adelantaron estas diligencias, con especial referencia a la Resolución de 30 de abril, dictada por el señor Inspector Seccional del Trabajo del Valle, que en sentir del recurrente, contiene párrafos en los cuales no guarda la debida serenidad el funcionario que la dictó.

"Me he permitido, dice, hacer las anteriores transcripciones, porque tratándose de una jurisdicción especial que apenas da entre nosotros sus primeros pasos, creo que a la H. Corte Suprema del Trabajo le corresponde no solamente sentar jurisprudencia sobre cuestiones de derecho, sino imprimir en los demás funcionarios que intervienen en esta importantísima actividad de la rama jurisdiccional del Poder Público, el sentido de la imparcialidad, que los haga respetables al ejercer las funciones de magistrados que la ley les ha asignado".

Ya este Tribunal había reparado en el tono y el lenguaje empleados en la citada resolución para refutar los puntos de vista del abogado, los cuales, en efecto, no se compadecen con la ecuanimidad y discreción que deben ser propias de las decisiones de los funcionarios públicos.

Los cargos

Como primer motivo de casación invoca el demandante el del ordinal 6º del art. 520 del C. J.: "Haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el art. 448, siempre que la nulidad no haya sido saneada en conformidad con la Ley".

Se incurrió en la tramitación del asunto en varias causales de nulidad por incompetencia de jurisdicción, tanto respecto del Inspector Seccional del Trabajo que decidió el asunto, como por parte del Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, que profirió la sentencia, objeto del recurso.

Sostiene, en primer término, que el art. 71 de la Ley 6ª de 1945 no podía aplicarse por ser manifiestamente inconstitucional.

He aquí su texto: "Mientras se organizan los Tribunales de trabajo, las funciones atribuídas a éstos por la presente ley, en relación con el amparo especial a la organización de los trabajadores, con el ejercicio del derecho de huelga, y con el cierre de empresas, serán llenadas entre tanto por el Ministerio del Ramo".

"La disposición que da facultades de tal carácter a un despacho del órgano ejecutivo, viola manifiestamente los preceptos constitucionales que consagran la separación de los órganos del Poder Público, porque en Colombia, por expresa disposición constitucional "ninguna persona o entidad puede ejercer simultáneamente la autoridad política o civil y la judicial o militar".

Creada la jurisdicción especial del trabajo por la Ley 6ª de 1945, y atribuída a esa jurisdicción especial la decisión de las controversias a que dieren lugar la aplicación de las disposiciones sobre amparo especial a la organización de los trabajadores, sobre ejercicio del derecho de huelga y sobre cierre de empresas, la intervención del Poder Público en tales asuntos —desde el momento en que la ley se expidió— sólo podía realizarse a través del órgano jurisdiccional.

Afirma, además, el recurrente, que en el supuesto de que fuera aplicable la disposición del art. 71 citado, el Inspector Seccional del Trabajo tampoco tenía competencia para dictar la Resolución o resoluciones sobre amparo sindical de los trabajadores de la Empresa de Aserríos de Bitaco, porque fue el Ministerio del Ramo y no a los Inspectores del Trabajo, a quienes se atribuyó el conocimiento de los asuntos de que trata la mencionada disposición, mientras se organizaba la jurisdicción especial. Que, por otra parte, si se admite que los Inspectores del Trabajo pudieron legalmente conocer de tales asuntos, las apelaciones de sus providencias no podían surtirse ante los

Tribunales Seccionales, porque una decisión administrativa no puede ser objeto de recurso ante las autoridades jurisdiccionales.

Igualmente sostiene que si se considera que la decisión del Inspector Seccional del Valle tiene el carácter de una sentencia definitiva, ésta no podía ser objeto del recurso de reposición, sino únicamente de apelación, y que, como la providencia del Inspector fue repuesta y fue la Resolución que se dictó para tal efecto la apelada, el Tribunal no pudo adquirir legalmente competencia para estudiar el recurso interpuesto contra una providencia que no era susceptible de reposición, pues solamente la primera habría podido ser objeto de conocimiento por parte del Tribunal.

En efecto, dice: "si la Inspección Seccional del Trabajo al decidir el asunto sustituía al Juez de primera instancia en el ramo jurisdiccional y especial del trabajo, es obvio que su intervención no puede considerarse como una simple actuación administrativa, sino como una decisión jurisdiccional de primera instancia".

Más adelante agrega:

"O la Inspección Seccional del Trabajo de Cali actuó como autoridad administrativa, o actuó como juzgado investido de la jurisdicción especial del trabajo, en calidad de Juez de primera instancia. Si lo primero, su decisión podía ser objeto o del recurso de apelación o del de reposición, y, en consecuencia, la providencia que dictara al decidir este último recurso podía a su vez ser objeto de apelación ante el Ministerio del ramo.

Pero, si actuó como Juez de primera instancia, su decisión o fallo sólo podía ser objeto del recurso de apelación, y no habiéndolo sido, se ejecutorió. El recurso de reposición no existía contra ese fallo de primera instancia, siendo evidente que si ese recurso se interpuso y contra la decisión que lo falló se ocurrió en apelación ante el Tribunal, éste carecería de jurisdicción para conocer del recurso interpuesto no contra el fallo de primera instancia, sino contra una providencia ilegal en que decidió sobre una reposición que la ley no autoriza".

Transcribe el recurrente, para reafirmar algunas de sus tesis, apartes de una circular dirigida por el Departamento Nacional del Trabajo a los Inspectores Seccionales, con el objeto de señalarles pautas relativas a la competencia en los negocios de su conocimiento, circular en la cual se dice que hay una categoría de negocios en los cuales no intervienen los funcionarios administrativos del trabajo como simples conciliadores sino que deciden controversias, que es la determinada por el art. 71 de la Ley 6ª de 1945: "amparo especial a la organización de los trabajadores (es decir, violaciones al fuero sin-

dical), "ejercicio del derecho de huelgas" (en otras palabras, presentación y tramitación de pliegos de peticiones, violaciones de convenios colectivas, declaración de ilicitud de las huelgas), y cierre de empresas (sin el aviso con seis meses de antelación), dado al Gobierno, cuando son de servicio público —art. 51 Ley 6ª, de 1945— con un mes dado a los trabajadores, si se trata de otra suerte de empresas, art. 53 ibídem). "En estos casos (dice el Departamento de Trabajo) la intervención de los funcionarios del trabajo es nítidamente jurisdiccional, sin que valga la objeción de inconstitucionalidad hasta tanto que la Corte Suprema de Justicia no declare inexequible el referido art. 71 de la Ley 6ª. Por lo mismo, el procedimiento se regirá por las normas correspondientes del Código Judicial, en cuanto no pugnen con las bases consignadas en los ordinales, 1º, 2º, 3º, 4º y 5º del art. 67 de la misma ley".

Examen de los cargos

Se examinan los cargos, en el orden en que han sido formulados.

En casación la misión esencial del Juzgador es la de efectuar una confrontación de la sentencia recurrida con la disposición o disposiciones que se dicen violadas, para hallar la infracción y poder determinar acerca de la violación que se alega.

Primer cargo

Afirma el demandante que el art. 71 de la Ley 6ª de 1945 no es aplicable por inconstitucionalidad. Que el Organo Ejecutivo no podía ejercer funciones jurisdiccionales, porque ello equivaldría a que a un mismo tiempo pudiera estar investido de autoridad política o civil y de autoridad judicial.

En oposición a las tesis sostenidas por el Departamento Nacional del Trabajo que cita el recurrente, este Tribunal ha considerado que los asuntos que transitoriamente quedaron en manos del Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social, y a que se refiere el art. 71 de la Ley 6ª de 1945, más que cuestiones jurisdiccionales, son de orden meramente administrativo, no obstante su desplazamiento hacia la órbita de los jueces del trabajo. No están comprendidos dentro de la disposición del art. 58 de la expresada ley, y por consiguiente, no son susceptibles de sufrir el procedimiento allí señalado para dirimir las controversias originadas con motivo de la ejecución del contrato de trabajo. Por lo que resulta inexplicable que en la circular del Departamento Nacional del Trabajo se remita el procedimiento al Código Judicial,

con la agregación de que ello sea, "en cuanto no pugnen con las bases consignadas en los ordinales 1º, 2º, 3º 4º y 5º del art. 67 de la misma ley".

Sentado lo anterior, el Tribunal no considera indispensable para el efecto de decidir este recurso, pronunciarse acerca de la aplicabilidad del art. 71 de la Ley 6ª que el recurrente tacha de inconstitucional.

Mas, como al mismo tiempo afirma la demanda que hay otra razón para sostener que el funcionario que dictó la Resolución Nº 48 carecía de competencia, en el supuesto de que se considere que la disposición del art. 71 memorado, es constitucional, porque en tal caso era al Ministro de Trabajo a quien correspondía conocer del asunto, y no a cualesquiera de los empleados subalternos, porque el Inspector Seccional del Trabajo del Valle no es el Ministerio, debe, este Tribunal, examinar este aspecto de la cuestión.

En efecto, el art. 71 de la Ley 6ª expresó que mientras se organizaban los Tribunales del Trabajo, las funciones atribuídas a éstos por la misma ley, en relación con el amparo especial a la organización de los trabajadores, con el ejercicio del derecho de huelga y con el cierre de empresas, serían llenadas entre tanto por el Ministerio del Ramo.

Pero, ¿querrá decir esto, que se pretendió que exclusivamente el Jefe del despacho ejecutivo atendiera directamente todas y cada una de las cuestiones de que allí se hizo mención, sin que fuera posible que los funcionarios dependientes de ese despacho pudieran llevar la representación del Ministerio? No, por cierto. El Ministerio de Trabajo, es un organismo cuya marcha es atendida por diversos empleados, bajo la dependiencia del Ministro, pero este funcionario no es el Ministerio.

Basta considerar que de conformidad con el Decreto 2392 de 1938, dictado en uso de las atribuciones que al Presidente de la República le fueron conferidas por el art. 4º de la Ley 96 de 1938, las oficinas seccionales del Trabajo son órganos dependientes del Departamento Nacional del Trabajo, y a su turno este despacho lo es del Ministerio de Trabajo. Y es claro que para la mejor marcha de la administración pública las funciones que la ley asigna a un despacho ejecutivo, sin determinar el funcionario que debe desempeñarlas, pueden ser encomendadas a los diversos empleados que se hallan a su servicio, mientras no se contraríe ningún mandato legal con ello. De allí que resulte inválido el cargo por lo que respecta al hecho de haber sido el Jefe de la Oficina Seccional del Trabajo del Valle el funcionario que

avocó el conocimiento de la queja formulada contra la empresa de Aserríos de Bitaco.

Pero ésto sentado, surge el dilema que en su demanda plantea con gran precisión el doctor Amaya Ramírez: si el fallo de primera instancia fue dictado por un funcionario del orden administrativo, dice, no cabía contra él un recurso de orden jurisdiccional, y es nula la actuación de un tribunal de justicia encaminada a decidir el recurso de apelación, viable tan sólo contra las providencias dictadas por los Jueces del Trabajo. O la Oficina Seccional del Trabajo del Valle actuó como si fuera Juez de primera instancia, y su decisión fue netamente jurisdiccional y no administrativa, y en ese caso su providencia no podía ser susceptible del recurso de reposición; no podía ser reformada o revocada por el mismo funcionario que la pronunció. De donde resulta que en ambos casos el Tribunal que conoció de la apelación interpuesta contra la providencia que decidió la reposición carecía de competencia para ello.

Ya se ha dicho que algunos de los negocios atribuídos a la jurisdicción especial del trabajo, de conformidad con el artículo 71 de la Ley 6ª de 1945, quedaron transitoriamente bajo el conocimiento del Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social y algunos lo estuvieron desde antes de la Ley 6ª. En cambio aquellas controversias de que trata el art. 58 de la misma ley fueron de competencia de los jueces ordinarios, de conformidad con los arts. 60 y 68 de la Ley 6ª de 1945 y arts. 3º y 4º de la 75 del mismo año. Al organizarse los Tribunales del Trabajo los negocios de que venían conociendo los jueces ordinarios debían pasar, **en el estado en que se hallaran,** al conocimiento de aquéllos, según lo dispuso en forma expresa el art. 68 de la mencionada Ley 6ª.

¿Pero los asuntos que se dejaron asignados al Ministerio del Ramo, según el art. 71 debían pasarse igualmente a los Tribunales del Trabajo, habiéndose tramitado o decidido administrativamente, esto es, sin sujeción al procedimiento señalado en el art. 3º de la Ley 75 de 1945?

Repugna, en verdad, el hecho de que un negocio iniciado por la vía administrativa, en virtud de mandato legal, en lugar de seguir su proceso normal en cuanto al cumplimiento de sus etapas procesales, dentro de la escala jerárquica correspondiente, llegue al conocimiento de una rama distinta del Poder Público, con involucración extraña del procedimiento, que aparece tergiversado y anómalo, como cuando en el caso que se estudia, se le somete a los trámites que la Ley 167 de 1941 señala para los asuntos del orden administrativo,

con la indicación expresa hecha por los funcionarios de esta rama de los recursos procedentes contra las decisiones por ellos pronunciadas, y luego de adelantada y cumplida en gran parte la actuación ante una Oficina Seccional del Trabajo, repuesta la providencia que finalizó la primera etapa del proceso, se remite, sin fórmula alguna que haga aceptable el procedimiento, al conocimiento de las autoridades jurisdiccionales.

Porque, se repite, que del contexto de la ley aparece que los negocios que debían pasar en el estado en que se hallasen a los Jueces y Tribunales del Trabajo eran aquellos que quedaban al conocimiento de los jueces ordinarios y no otros. Luego de allí se desprende que equivocó el camino el Jefe de la Oficina Seccional del Trabajo del Valle, cuando habiendo repuesto la Resolución Nº 45, de fecha 1º de marzo de 1946, por medio de la número 48 de 2 de abrill siguiente, resolvió conceder la apelación para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali. Bueno es repetir que al ser notificada la aludida resolución número 45 el Secretario de la Inspección del Trabajo entera al representante de Aserríos de Bitaco que contra dicha Resolución proceden los recursos de reposición y de apelación. Por donde puede colegirse en qué forma se adelantó el procedimiento que ha dado motivo a que ante este Tribunal se hayan elevado las diligencias administrativas de una investigación ordenada por el Inspector Seccional del Trabajo del Valle.

De bulto aparece, según lo que va dicho, que la nueva providencia de la Oficina Seccional del Valle, esto es, la Resolución Nº 48 que repuso la número 45, no podía ser objeto de apelación ante el Tribunal, pues, como lo afirma el demandante, si la primera se considera como sentencia de primera instancia, carecía el funcionario que la dictó de competencia para reponerla y sólo cabía contra ella el recurso de apelación; pero ya surtido el recurso de reposición contra ella, no obstante que en la reposición se resolvieron cuestiones que no habían sido objeto de la primera resolución, como fue la imposición de una multa no contemplada en la primera providencia, lo único procedente era que la cuestión se hubiese desatado por la misma vía de su iniciación, o sea por la administrativa.

Estas consideraciones son suficientes para demostrar que el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali carecía de competencia para conocer de la apelación interpuesta contra la Resolución Nº 48 de la Oficina Seccional del Trabajo de Cali, por lo cual el Tribunal Supremo del Trabajo se ve en el caso de casar la sentencia acusada por incompetencia de jurisdicción. . .

Aparece demostrado el cargo.

En mérito de las anteriores consideraciones, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, de fecha veintisiete de mayo de mil novecientos cuarenta y seis, objeto de este recurso.

Las autoridades del orden administrativo deberán seguir conociendo de las diligencias relacionadas con este negocio, por no tener competencia las del orden jurisdiccional.

Sin costas.

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

Diógenes Sepúlveda Mejía. — Castor Jaramillo Arrubla. — Luis Alberto Bravo. — Gustavo Hoyos Giraldo (Of. Mayor).

I. REQUISITOS QUE DEBE REUNIR LA DEMANDA DE CASACION PARA QUE SEA ADMISIBLE. II. CALIDAD DE ESTE RECURSO.

I. En forma clara y terminante expresa el art. 531 del Código Judicial que la demanda de casación debe contener un resumen de los hechos materia de la controversia; que debe señalarse la causal en que se apoye el demandante para pedir la infirmación del fallo acusado, con indicación precisa de los fundamentos que le sirven de base y con cita de las disposiciones legales que se estimen violadas.

II. Una demanda de casación requiere, según lo anterior, ajustarse a determinados requisitos formales para que pueda ser considerada como tal y ser atendible. Porque no hay que perder de vista que la casación es un medio extraordinario de impugnación de las sentencias, es una verdadera acción para obtener su anulación; pero en ningún caso puede considerarse como una tercera instancia, que es con lo que suele confundírsele a menudo. Quiere ello decir que la demanda de casación está sometida en su formulación a una técnica especial, en cierto modo rigurosa, y fuera de la cual el recurso resulta inestimable.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO
(Ponente: doctor Sepúlveda Mejía)

Bogotá, febrero veinticinco de mil novecientos cuarenta y siete.

Diego Luis Córdoba interpuso el recurso de casación contra la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, con fecha 23 de julio de 1946 en el juicio adelantado por el señor José A. Suárez contra el Municipio del mismo nombre, para obtener el reconocimiento y pago de horas extras servidas por el demandante.

Llegado el negocio ante este Tribunal Supremo, y aun cuando la cuantía es inferior a mil pesos, se decidió admitirlo y continuar su tramitación, atendida la circunstancia de que el recurrente, en escrito fechado el día 18 de octubre pasado puntualizó las que para él son

cuestiones fundamentales en el derecho laboral y que la sentencia objeto del recurso contempla, cuestiones que este Tribunal consideró dignas de ser estudiadas para el efecto de sentar sobre ellas la jurisprudencia aconsejable.

Corrido el traslado al demandante, dentro del término legal, fue por éste presentado un memorial, a guisa de demanda de casación. Por su parte, el apoderado del Municipio de Medellín, doctor César Botero Medina al contestar el traslado de la demanda, alega que aquel memorial carece de los requisitos legales para que pueda ser tenido por este Tribunal como tal demanda de casación.

He aquí algunos de los párrafos de la demanda del doctor Córdoba:

"**Caso.**—Se trata de un agente de la Policía de Medellín que laboró horas suplementarias al servicio de dicha entidad. La Resolución Nº 1 de 1934, el Decreto 895 del mismo año y los Acuerdos Municipales, muy especialmente el Nº 33 de 1939, prescriben el pago de ese sobretrabajo. Sólo que exceptúan los casos en que el operario sea trabajador de supervigilancia, de dirección, de confianza o de manejo.

"**Definición.**—Importa, por consiguiente, definir si un agente de Policía es empleado de supervigilancia, empleado de dirección, empleado de confianza o empleado de manejo; porque si lo es, no tiene derecho a la sobrerremuneración ni al descanso compensatorio por su trabajo complementario.

El término **supervigilancia** está definido por el Ministerio del Trabajo como equivalente a dirección. El término **confianza** está definido por ese mismo Ministerio como equivalente a manejo de fondos, a cajero. Consúltense al respecto los conceptos del Departamento Nacional del Trabajo, a partir del 24 de mayo de 1940 (páginas 229 y 230 de "Legislación del Trabajo" por el abogado don Campo Elías Barón y Serrano, edición de 1944).

"Un simple **agente** de la policía no dirige a nadie sino que es dirigido por todos y por cada uno de los sub-oficiales y oficiales. Un simple **agente** de la policía no maneja dineros de la Institución; casi nunca maneja ni los suyos propios, pues la mayoría de las veces los percibe su prestamista o usurero.

"Con razón los jueces y el Tribunal ordinarios del Distrito de Medellín venían condenando al Municipio del mismo nombre a pagar sobrerremuneración a los agentes de esa policía municipal. Si el Tribunal Supremo del Trabajo no casa esta sentencia recurrida, si absuelve al Municipio, habrá retrogradado en la jurisprudencia y en la doctrina. Con lo cual está dicho que ha violado el espíritu de la Ley 6ª de 1945, en su artículo 36.

"Réstame tan solamente confesar que este alegato mío sobraba:

1º—Porque el salvamento de voto del señor Magistrado doctor Alberto Posada Angel es elocuente, luminoso y completo.

2º—Porque el Municipio de Medellín ha dictado Acuerdos que autorizan al Personero y al Alcalde Municipales para transigir estos negocios de horas suplementarias.

3º—Porque en uso de tales facultades, el Personero y el Alcalde han celebrado muchas transacciones para poner fin a los litigios pendientes con agentes de la Policía Municipal".

Para resolver, se considera:

En forma clara y terminante expresa el art. 531 del Código Judicial que la demanda de casación debe contener un resumen de los hechos materia de la controversia; que debe señalarse la causal en que se apoye el demandante para pedir la infirmación del fallo acusado, con indicación precisa de los fundamentos que le sirven de base y con cita de las disposiciones legales que se estimen violadas.

Una demanda de casación requiere, según lo anterior, ajustarse a determinados requisitos formales para que pueda ser considerada como tal y ser atendible. Porque no hay que perder de vista que la casación es un medio extraordinario de impugnación de las sentencias, es una verdadera acción para obtener su anulación; pero en ningún caso puede considerarse como una tercera instancia, que es con lo que suele confundírsele a menudo. Quiere ello decir que la demanda de casación está sometida en su formulación a una técnica especial, en cierto modo rigurosa, y fuera de la cual el recurso resulta inestimable.

Son innumerables las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en las cuales se hace hincapié en la obligación que tiene el demandante en casación de ajustarse a la técnica respectiva para que su acción pueda prosperar.

En reciente providencia, de 15 de noviembre de 1945, con ponencia del doctor Arturo Tapias Pilonieta, dijo la Corte lo siguiente:

"En el recurso de casación no basta razonar como se hace ante los jueces de grado, pues la casación no es una tercera instancia, sino un medio o vía especial tendiente a obtener el examen de aquellas tesis o doctrinas de la sentencia de un Tribunal, atacadas en forma tal que le permiten a la Corte avocar un estudio con miras a rectificar los posibles errores jurídicos que ellas encarnen, procedimiento con el cual se aspira a conseguir la unificación de la jurisprudencia nacional, fin principal del recurso de que se trata.

"Para que merezca atención una demanda de casación se requiere

que le dé a la Corte un claro derrotero para su estudio, señalando los motivos materia de la impugnación y el concepto en que se funda esa impugnación pues este recurso no es posible decidirlo por una causal no invocada ni variarse un motivo que se exponga para sustentar violación de la ley, por otro que no se haya expuesto. En razón de los varios y fundamentalmente distintos aspectos que ofrece la causal primera, según el art. 520 del C. J., la técnica de casación exige que además de la indicación concreta de las disposiciones sustantivas que se estimen quebrantadas con la tesis del Tribunal se puntualice el concepto en que lo sean, denominando la clase de error en que haya incurrido el Tribunal, de derecho o de hecho, y en este segundo caso a través de qué razonamiento y con relación a cuál de los elementos procesales se cometiera. La Sala está recordando constantemente a los litigantes el principio de que el recurso de casación por la causal primera es siempre por violación de la ley sustantiva, a la cual puede llegar el sentenciador por dos caminos: por vía directa, cuando el fallo contiene conceptos contrarios a los de la ley, originados en una interpretación equivocada de ella o en una aplicación indebida de la misma al caso juzgado; o por vía indirecta, cuando la infracción de la ley proviene de la apreciación errónea o de la falta de apreciación de determinada prueba, y en este segundo caso por perentorio mandato de la respectiva norma "es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haber incurrido el Tribunal en error de derecho o en error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos". De ahí que la Sala rechace siempre y sin más examen el cargo de quebranto de determinado precepto legal "cuando esta violación es indirecta como resultado de error de derecho en la apreciación o aplicación de la prueba, o de error de hecho evidente, no alegados por el recurrente".

Pues bien. Si lo que dice la Honorable Corte Suprema de Justicia en los párrafos que se dejan transcritos no es otra cosa que la aplicación estricta del contenido del artículo 531 del Código Judicial, al examinar el escrito del doctor Diego Luis Córdoba, del cual se ha copiado antes lo sustancial, se tiene que no solamente no indica cuál es la causal legal en que se apoya para fundar su recurso, sino que ni siquiera señala las disposiciones legales que considera infringidas por la sentencia del Tribunal que es objeto de este recurso.

El recurrente se ha limitado a decir que "con razón los Jueces y el Tribunal ordinarios del Distrito de Medellín venían condenando al Municipio del mismo nombre a pagar sobrerremuneración a los agentes de esa policía municipal. Si el Tribunal Supremo del Trabajo no

casa esta sentencia recurrida, si absuelve al Municipio, habrá retrogradado en la jurisprudencia y en la doctrina. Con lo cual está dicho que ha violado el espíritu de la Ley 6ª de 1945 en su artículo 36".

Parece que el recurrente considera que es esta la disposición violada por el Tribunal Seccional de Medellín, aun cuando no resulte así exactamente de la lectura del párrafo transcrito. Pero dando por sentado que éste haya sido el propósito, no explica el recurrente en qué consiste la violación legal, si ella es directa, o se trata de indebida aplicación de una norma legal, o si es de un error de hecho de lo qué deriva la infracción legal por equivocada apreciación de alguna prueba. No. Nada de esto es tocado por el recurrente.

Sabido es que en casación se enfrentan la sentencia que es objeto del recurso y la ley que se dice violada, y que de esa confrontación resulta o no la infirmación del fallo. Por consiguiente, para que prospere el recurso es necesario que se puntualicen las partes de la sentencia que se hallan en pugna con las disposiciones legales. No basta, pues, hacer una simple referencia a una disposición legal, sin expresar claramente el concepto de la violación que se alega.

El art. 36 de la Ley 6ª de 1945 se expresa así:

"Las disposiciones de esta Sección y de la Sección Segunda, en cuanto sean favorables a los trabajadores (empleados y obreros) tanto oficiales como particulares, se aplicarán de preferencia a cualesquiera otras que regulen la materia a que ellas se refieren; a su turno, estas últimas se aplicarían de preferencia a las de las referidas secciones de la presente ley, en cuanto fueren más favorables a los trabajadores".

Esta disposición consigna, sencillamente, el principio de la aplicación de la ley más favorable en materia laboral. De manera que para darle efecto es necesario, de toda necesidad, examinar comparativavamente las disposiciones del estatuto contenido en la Ley 6ª de 1945, con las de las demás disposiciones que consagran derechos en favor de los trabajadores. Pero esta labor de comparación no puede efectuarse sin que previamente se señalen las disposiciones en conflicto o al menos que acusen diferencias de cualquier índole, desde el punto de vista de los derechos que ellas amparan.

¿Qué disposiciones se violaron directamente? ¿Qué disposiciones se aplicaron indebidamente o dejaron de aplicarse con violación legal? No lo dice la demanda.

La sentencia estudia más que una cuestión de derecho un caso de hecho. Si un agente de policía ejerce funciones de supervigilancia, si es o no empleado de confianza. Esto establecido permite la aplica-

ción de las disposiciones respectivas. De consiguiente, este recurso no se encuentra ajustado a la técnica de la casación, y muy a pesar del querer de la Corporación que bien hubiera sido el de examinar el problema de fondo, con el fin de sentar doctrina sobre el particular, se ve precisado a desecharlo por carecer el escrito del recurrente de los requisitos que la ley señala para la demanda de casación.

Es por esto por lo que el Tribunal Supremo del Trabajo, sin necesidad de hacer otras consideraciones, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, se abstiene de casar la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, objeto del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Diógenes Sepúlveda Mejía. — Luis Alberto Bravo. — Cástor Jaramillo Arrubla. — Gabriel Escobar Sanín, Secretario.

FACULTAD LEGAL DE LOS SINDICATOS DE TRABAJADORES PARA REPRESENTAR JUDICIAL Y ADMINISTRATIVAMENTE A SUS AFILIADOS.

Es verdad que la facultad que tienen hoy los sindicatos de trabajadores de representar a sus afiliados ante sus patronos, las autoridades administrativas y judiciales, emana de la ley y por esta razón pudiera decirse que no necesitan de poderes generales o especiales de sus miembros para ejercitar esa atribución, pues la llevan por mandato de la ley y es de derecho uno de sus atributos y funciones más importantes. Pero si esto es así, y el Tribunal no lo discute, no puede tampoco desconocerse que la comunidad tiene interés en que la identidad de los litigantes quede bien establecida y no sólo eso, sino que se deduzca fehacientemente que el afiliado a la organización sindical desea que su representación esté confiada a ella. De lo contrario, no se sabría con la debida claridad quién integra la parte que el Sindicato defiende, ni tampoco si existe la voluntad de la respectiva persona de verse representada por este organismo. Y es que esa atribución de las instituciones sindicales tratándose de controversias sobre derechos individuales es facultativa pero no obligatoria, porque de las distintas disposiciones legales que la consagran no se deduce ese carácter imperativo y esa característica de exclusividad. El trabajador bien puede optar por la representación de su Sindicato o por escoger un apoderado especial, distinto naturalmente de aquél.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor C. Jaramillo Arrubla)

Bogotá, abril diez de mil novecientos cuarenta y siete.

El 15 de marzo de 1946 se reunió en Barrancabermeja la Comisión de Conciliación y Arbitraje de la Compañía de Petróleos Shell de Colombia, integrada por un conciliador por parte de la Compañía, por

otro en representación de los trabajadores y por el Inspector Nacional del Trabajo, quien presidió.

Según consta en el acta de esa fecha, se procedió a tratar lo relacionado con el ex-trabajador Rodrigo Rueda, que había quedado pendiente el día anterior.

El Presidente de la Comisión y no ésta misma, según se lee en el acta, dictó él solo el fallo, declarando que la Compañía de Petróleos Shell de Colombia debe pagar a la familia del ex-trabajador Rodrigo Rueda Rueda una indemnización equivalente al salario de dos años, por haber fallecido en un accidente de trabajo, con la advertencia de que como la empresa reconoció y pagó el seguro de vida por valor de doce mensualidades, y esa suma fue recibida por los herederos de Rúeda, sólo debe cubrir el excedente, o sea, doce mensualidades más.

Al final de la audiencia se dice que los conciliadores acogieron el fallo, aunque su labor no es esa, sino la de procurar primero la conciliación, y, en su defecto, proferir ellos también el laudo arbitral.

El Gerente de la Compañía confirió poder desde Bogotá y por medio de radiograma al doctor Luis Acevedo Acevedo, para ante el Presidente de la Comisión de Conciliación y Arbitraje de la Compañía Shell, a fin de que lo representara en el asunto aludido. La Inspección Auxiliar del Trabajo de Barrancabermeja, y no la Comisión del conocimiento, le reconoció personería a dicho apoderado. Este apeló del fallo del Presidente de la Comisión y la Inspección del Trabajo del mismo lugar, y no la Comisión misma, le concedió el recurso, para ante el Tribunal del Trabajo respectivo, pero sin decir cuál es. Tampoco expresó en qué efecto lo concedía. Este auto de concesión del recurso de apelación no se ordenó notificar, ni se notificó, pues el mismo día en que fue proferido se dejó constancia de que fue puesto el expediente al correo.

Recibido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bucaramanga, se repartió al Magistrado doctor Hernández pero sin que aparezcan las firmas del Presidente y el Secretario de la Corporación en la diligencia escrita de repartimiento. El ponente ordenó fijar en lista el asunto, pero el auto no lleva la firma del Secretario, ni consta su notificación.

El Gerente de la Compañía de Petróleos Shell dirigió desde Bogotá un telegrama al Tribunal confiriéndole poder al doctor Luis Eduardo Rosales para que la represente en este negocio. Como en el mismo caso de la constitución de apoderado ante la Comisión de primera instancia, el Gerente de esa empresa no acreditó la existencia

de la Compañía, ni su calidad de Gerente con facultad de conferir poderes. No obstante, el Tribunal le reconoció personería.

En la audiencia del 18 de junio último, el Tribunal profirió su fallo por medio del cual confirma el de la Comisión (más bien de su presidente), con la aclaración de que la indemnización debe pagarse a los beneficiarios de Rueda Rueda, o, en su defecto, a sus herederos. En la misma audiencia el doctor Rosales interpuso el recurso de casación por decidir el fallo cuestiones fundamentales de principios en el derecho del trabajo y el Tribunal lo concedió por esa razón y en atención a la cuantía.

Pasa a decidirse este recurso extraordinario.

De las tres causales de casación alegadas por el recurrente, sólo hay necesidad de considerar una, pues el Tribunal Supremo la encuentra acreditada suficientemente. Se trata de la causal 6ª del art. 520 del Código Judicial, invocada por haberse incurrido en dos de las nulidades contempladas por el art. 448 del Código citado, ilegitimidad de personería e incompetencia de jurisdicción.

Ilegitimidad de personería.

El recurrente estima que el Sindicato de Trabajadores de la Shell no tiene personería para representar a los herederos del trabajador Rodrigo Rueda Rueda, pues los artículos 8º de la Ley 83 de 1931, 39 de la Ley 6ª de 1945 y 33 del Decreto 2313 de 1946 no lo facultan para llevar la representación de los herederos a sus afiliados, ni del Convenio que creó la Comisión resulta esa autorización, ni tampoco de la Resolución Ministerial que autorizó y reglamentó el funcionamiento de esta última entidad.

Y termina así el planteamiento del cargo: "En consecuencia si los sindicatos no son los representantes legales de los herederos de los respectivos trabajadores sindicalizados, si las disposiciones legales y reglamentarias no señalan entre sus funciones esa representación ante las autoridades administrativas o judiciales o ante las comisiones de conciliación y arbitraje, si tampoco existe en el expediente poder alguno de los herederos o beneficiarios o familiares del obrero Rodrigo Rueda Rueda en el que se autorice al sindicato para que promueva la reclamación a que se refiere este negocio, es forzoso concluír que el Sindicato de Trabajadores de la Shell carece de personería para representar ante las tantas veces mencionada Comisión de Conciliación y Arbitraje a los herederos de Rodrigo Rueda Rueda o a los beneficiarios de su seguro de vida, y por consiguiente, se hace

palpable que existe la nulidad de ilegitimidad de personería que constituye causal de casación'".

Se refiere, pues, el cargo a la falta de poder o autorización de los herederos al Sindicato y a la carencia de éste de facultades legales y convencionales de representación de los herederos de sus afiliados.

La personería a la cual se concreta esta causal de nulidad es la llamada impropiamente personería adjetiva, por falta de poder o por defectos de éste, pues la denominada sustantiva se confunde con la acción misma, por consistir en la calidad que da el derecho que se reclama. Así se deduce del artículo 450 del Código Judicial y lo ha reconocido la jurisprudencia.

En el juicio en estudio no existe poder de ninguna clase conferido por los herederos del trabajador Rueda Rueda al Sindicato de Trabajadores de la Shell para demandar de la Comisión de primera instancia cosa alguna. No aparece ningún documento, ni un simple escrito que otorgue esa facultad de representación ni de las páginas del expediente consta que se hubiera conferido siquiera en forma verbal, como es permitido por las leyes civiles para el mandato general, aunque el poder para un juicio debe conferirse y presentarse conforme lo dispone el art. 256 del Código Judicial, es decir, por escritura o por memorial presentado personalmente.

Esta nulidad se ha establecido por la Ley porque así lo exige la seguridad de las personas y la tranquilidad social, puesto que en todo litigio debe quedar bien establecida la identidad de las partes a fin de que no sea posible la ocurrencia de uno nuevo entre ellas mismas, por los mismos motivos y con igual objeto que el primero. La sociedad está interesada en que las controversias se resuelvan y disminuya su número; por consiguiente, como elemental deber procura que la identidad de los litigantes se esclarezca antes de pronunciarse la decisión, y a fin también de que obligue con toda claridad y sin dudas de ninguna naturaleza el fallo que haya de proferirse. De lo contrario, se desvirtuaría en su esencia la benéfica institución de la cosa juzgada.

En el juicio en estudio se ignora quiénes son los herederos que debían formar la parte actora, cuál es su número, si son mayores o si hay menores entre ellos, o si todos son incapaces. En estos últimos casos, no se estarían aplicando, por consiguiente, las normas imperativas, de orden público, irrenunciables, que nuestra legislación consagra respecto de su representación, en su propia defensa. Si hubiese menores, esa representación debería ser llevada por las personas que la misma ley indica y no por otras distintas.

Además, esta nulidad por falta de poder es consecuencia del precepto según el cual el que pide a nombre de otro está obligado a probar la facultad para representarlo, como lo estatuye expresamente el art. 231 del Código Judicial. Y en el expediente en referencia no aparece que el Sindicato de Trabajadores de la Shell haya demostrado esa facultad de representación.

Es verdad que la facultad que tienen hoy los Sindicatos de Trabajadores de representar a sus afiliados ante los patronos, las autoridades administrativas y judiciales, emana de la ley y por esta razón pudiera decirse que no necesitan de poderes generales o especiales de sus miembros para ejercitar esa atribución, pues la llevan por mandato de la ley y es de derecho uno de sus atributos y funciones, más importantes. Pero si esto es así, y el Tribunal no lo discute, no puede tampoco desconocerse que la comunidad tiene interés en que la identidad de los litigantes quede bien establecida y no sólo eso, sino que se deduzca fehacientemente que el afiliado a la organización sindical desea que su representación esté confiada a ella. De lo contrario, no se sabría con la debida claridad quién integra la parte que el Sindicato defiende, ni tampoco si existe la voluntad de la respectiva persona de verse representada por ese organismo. Y es que esa atribución de las instituciones sindicales tratándose de controversias sobre derechos individuales es facultativa pero no obligatoria, porque de las distintas disposiciones legales que la consagran no se deduce ese carácter imperativo y esa característica de exclusividad. El trabajador bien puede optar por la representación de su Sindicato o por escoger un apoderado especial, distinto naturalmente de aquél.

Por otra parte, las personas naturales y las jurídicas pueden ser demandantes y demandadas y comparecer en juicio pero en los términos y con las condiciones que la ley establece (art. 230 ibídem). Pues bien: el Sindicato de Trabajadores de la Shell —si en verdad él promovió esta acción— ha debido hacerse representar por su presidente o por quien fuese su representante, según los estatutos, pero no resulta de los autos que persona alguna haya llevado esa representación ni que en su nombre se hubiese hecho solicitud ninguna.

Esta actuación es bien curiosa, porque la iniciación de ella es el acta de 15 de marzo, de la que se habló al principio, en la que consta que se reunieron los tres miembros que integran la Comisión de Conciliación y Arbitraje de la Shell y, sin demanda o solicitud escrita en ningún sentido, entraron a considerar lo relacionado con la indemnización por muerte en accidente de trabajo del señor Rodrigo Rueda. Por el sentido de alguno de sus párrafos, que contiene un breve ale-

gato del conciliador de la Compañía, se deduce que el Sindicato de Trabajadores de la Shell ha pretendido llevar la representación de terceros, pero sin que conste claramente cuáles son, ni qué solicitó ese Sindicato. Por lo que se ha entendido a través del expediente, esa representación es la de los herederos del trabajador fallecido, y la petición la de que se les reconozca una indemnización distinta y mayor que el seguro de vida ya pagado y recibido.

Falta el poder de los herederos, y tampoco resulta claramente de los autos que éstos —cuyo nombre, número y condiciones civiles se ignoran— hayan consentido en que el Sindicato que indirectamente figura como el iniciador del juicio, los representara en él. Por lo tanto, no figura demostrada ninguna de las causales de excusa al respecto, según el art. 450 del Código Judicial. Debe, pues, reconocerse que existe la ilegitimidad de la personería invocada como nulidad, al tenor del art. 448 del mismo Código.

En consecuencia está demostrado el cargo y deberá casarse la sentencia recurrida.

De acuerdo con el art. 540 del aquel Código a este Tribunal Supremo corresponde declarar en qué estado queda el juicio. Y como la nulidad se inicia con la primera actuación del primer folio del expediente, es lógico entonces declararla existente desde el principio hasta el final.

Según el art. 458 del Código citado, debe condenarse en costas por mitad al funcionario y a la parte culpable. Los funcionarios son los miembros de la Comisión de Conciliación, de primera instancia, y los Magistrados del Tribunal del Trabajo de Bucaramanga, que conocieron en segundo grado, por haber actuado sin observar la nulidad y sin haberla puesto en conocimiento. La parte culpable, responsable de la otra mitad de las costas, sería la actora por haber dado lugar a la nulidad; pero resulta que propiamente no ha habido parte demandante, pues el Sindicato de Trabajadores de la Shell no ha representado directamente, sino que se deduce o colige que él promovió la acción, pero no existe prueba directa en ese sentido y tampoco los herederos del trabajador Rueda figuran demandando, ni aparecen compareciendo en el juicio en ninguna forma y en ningún momento. Y como no resulta parte actora en este curioso expediente, no hay lugar a condenar por esa mitad de las costas, pues la Compañía opositora no es responsable de la nulidad por inexistencia de personería de quien ha debido ser su contraparte.

Por lo demás, el Tribunal Supremo llama la atención acerca de las diversas irregularidades de distinto orden que ocurrieron en este ex-

pediente y que se dejaron relatadas al principio de esta providencia, con el encarecimiento de que se tengan en cuenta para enviarlas en lo futuro.

No hay necesidad de considerar la otra nulidad invocada por el recurrente.

Por lo expuesto, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bucaramanga en la audiencia de fecha 18 de junio de 1946 en el presente juicio, y, en su lugar, DECLARA NULO todo lo actuado en él a partir de su primera diligencia, o sea desde su iniciación el 15 de marzo de 1946, según consta en la audiencia de esa fecha de la Comisión de Conciliación y Arbitraje de la Compañía de Petróleos Shell de Colombia hasta el fin.

Condénase en la mitad de las costas del juicio a los señores Osvaldo Abello Noguera, Samuel Tautón y Antonio Pérez Tolosa, miembros de la Comisión de primera instancia y doctores Julio César Hernández, Efraín Enrique Otero y Angel María Carrascal, Magistrados del Tribunal del Trabajo de Bucaramanga, que tramitó y decidió la segunda instancia, por partes iguales.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cástor Jaramillo Arrubla. — Luis Alberto Bravo. — Diógenes Sepúlveda Mejía. — Gustavo Hoyos Giraldo, Secretario.

I. NATURALEZA DEL RECURSO DE CASACION. — II. SU TECNICA. — III. PROVIDENCIAS QUE SON OBJETO DEL RECURSO. IV. APLICACION DE NORMAS ADJETIVAS EN EL DERECHO DE TRABAJO.

I.—El recurso de casación no es una tercera instancia en que se estudie la acción incoada en el libelo inicial del litigio, y el pleito mismo, sino que en él se produce sólo un debate entre la sentencia de segunda instancia y la ley.

En una demanda de casación y especialmente cuando se invoca la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, los cargos se plantean sobre la base de que únicamente se enfrentan el fallo acusado y la norma legal, y de la confrontación entre ellos debe surgir la información o el mantenimiento de la sentencia recurrida.

II.—No es admisible en casación el cargo por quebrantamiento de todo un Código, toda una ley o todo un Decreto Ejecutivo, sin que se exprese el artículo o la disposición del respectivo estatuto concretamente violado, pues si así pudiera hacerse resultaría interminable la labor de confrontación del Tribunal Supremo de todas y cada una de las normas correspondientes, lo que a simple vista aparece también injurídico. Cuando se formula una acusación debe hacerse del modo más preciso y claro posible, pero peca contra la lógica misma que sea aceptable en forma general, vaga e incompleta.

III.—En el presente escrito de casación se analiza la demanda que dió origen al litigio, como si ella estuviese ahora sometida al estudio del Tribunal Supremo y no la sentencia del Tribunal Seccional que es el objeto exclusivo de consideración en el presente recurso.

IV.—El artículo 697 del Código Judicial no puede estimarse quebrantado en los juicios del trabajo porque la tarifa de pruebas que este precepto establece no es de forzosa aplicación y cumplimiento en tales litigios. Tampoco puede considerarse infringido el artículo 702 de la misma obra porque sólo consagra una norma general de hermenéutica.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Jaramillo Arrubla)

Bogotá, once de abril de mil novecientos cuarenta y siete.

Bernardo Mejía Barrientos demandó a la sociedad colectiva de comercio "Alfonso Tobón G. & Cía.", de Armenia, para el pago de horas extraordinarias de trabajo.

El Juez del Trabajo de aquella ciudad falló favorablemente al demandante, pues ordenó a la sociedad demandada pagarle la suma de un mil ciento cincuenta y tres pesos con veintiún centavos ($ 1.153.21) moneda corriente, por trabajo suplementario.

El Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales, que conoció en segunda instancia del litigio por apelación interpuesta por la compañía contra la sentencia de primer grado, la confirmó en parte, pues declaró probada parcialmente la excepción de prescripción de la acción propuesta y, en consecuencia, redujo la condena a la suma de novecientos veintiocho pesos con treinta y siete centavos ($ 928.37) moneda legal. Un magistrado salvó su voto.

El apoderado de la sociedad demandada interpuso recurso de casación que concedido y admitido pasa a considerarse.

El recurrente no formula propiamente una demanda de casación, sino que presenta más bien un alegato de instancia. No obstante, por amplitud entrará el Tribunal Supremo a estudiar ese escrito en cuanto pueda deducirse de él algún cargo contra la sentencia recurrida y se concrete en acusación aceptable de acuerdo con la ley.

Primera parte

En la primera parte de su alegato, el recurrente estudia la demanda inicial del juicio y afirma que está en contradicción con el dicho de los testigos. Entra a analizar una por una las peticiones de esa demanda y arguye que no sólo los testigos no hablan de la cantidad de horas extras trabajadas que afirma el actor, sino que en ningún texto legal se dice que de las seis de la tarde en adelante se pagará el cincuenta por ciento de recargo por concepto de horas extraordinarias de trabajo.

Afirma que en la Resolución Nº 1º de 1934 (Decreto 895 de ese año), que regía en la época que comprende la demanda, no se contempla el asunto en litigio, por lo cual el Tribunal del Trabajo incurrió en error por haber pretermitido cuestiones fundamentales de principios en el derecho del trabajo, como la de haber aplicado por

referencias un porcentaje de horas extras que no existe legalmente en ninguna disposición sustantiva.

Y concluye así esta primera parte de su escrito: "Las otras peticiones y liquidaciones hechas por el demandante adolecen de los mismos defectos y por lo tanto no vale la pena de analizarlas. Y como los testigos no arrojan ninguna luz que despeje el horizonte petitorio, no podemos penetrar más a lo hondo para clarificar la situación porque sería emprender una obra **físicamente** imposible de realizar. En consecuencia, la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales debe ser casada por estar en desacuerdo el dicho testimonial con las peticiones del demandante; por haber tremenda equivocación en las liquidaciones y por haber aplicado disposiciones que no son de ningún texto legal de forzosa aceptación. Si se quiere favorecer al trabajador debe proporcionársele la ocasión remitiéndole al artículo 553 del C. J. Pero ahora, acuso la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales por la causal primera del artículo 520 de dicho Código".

Se considera:

En primer lugar, el recurso extraordinario de casación no es una tercera instancia en la que se estudie la acción incoada en el libelo inicial del litigio, y el pleito mismo, sino que en él se produce sólo un debate entre la sentencia de segunda instancia y la ley.

En una demanda de casación y especialmente cuando se invoca la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, que alega aquí el recurrente, los cargos se plantean sobre la base de que únicamente se enfrentan el fallo acusado y la norma legal, y de la confrontación entre ellos debe surgir la infirmación o el mantenimiento de la sentencia recurrida.

Pero en el escrito de casación en estudio se entra a analizar la demanda que dio origen al litigio, como si ella estuviese ahora sometida al estudio del Tribunal de Manizales que es el objeto exclusivo del recurso.

Ya lo ha dicho esta Corporación, siguiendo el origen de la institución de la casación, teniendo en cuenta la razón primordial de su existencia y de acuerdo con la doctrina de los expositores y con la jurisprudencia nacional sobre este recurso: "Es la decisión del Tribunal lo que el recurso ataca. Las causales de casación deben perseguir en consecuencia, el fin práctico de desquiciar fundamentalmente los soportes del fallo acusado". (Juicio de Ricardo Zapata Bustos contra Hernán Caicedo Buenaventura).

Y posteriormente, al analizar un escrito de casación que no reu-

nía los requisitos legales al efecto, como el del presente recurso, dijo lo siguiente:

"En forma clara y terminante expresa el art. 531 del Código Judicial que la demanda de casación debe contener un resumen de los hechos materia de la controversia; que debe señalarse la causal en que se apoya el demandante para pedir la infirmación del fallo acusado, con indicación precisa, de los fundamentos que le sirven de base y con cita de las disposiciones legales que se estimen violadas".

"Una demanda de casación requiere, según lo anterior, ajustarse a determinados requisitos formales para que pueda ser considerada como tal y ser atendible. Porque no hay que perder de vista que la casación es un medio extraordinario de impugnación de las sentencias, es una verdadera acción para obtener su anulación; pero en ningún caso puede considerarse como una tercera instancia, que es con lo que suele confundírsele a menudo. Quiere ello decir que la demanda de casación está sometida en su formulación a una técnica especial, en cierto modo rigurosa, y fuera de la cual el recurso resulta inestimable".

Son innumerables los sentencias de la Corte Suprema de Justicia en las cuales se hace hincapié en la obligación que tiene el demandante en casación de ajustarse a la técnica respectiva para que su acción pueda prosperar".

"En reciente providencia, de 15 de noviembre de 1945, con ponencia del doctor Arturo Tapias Pilonieta, dijo la Corte lo siguiente:

"En el recurso de casación no basta razonar como se hace ante los jueces de grado, pues la casación no es una tercera instancia, sino un medio o vía especial tendiente a obtener el examen de aquellas tesis o doctrinas de la sentencia de un Tribunal, atacadas en forma tal que le permitan a la Corte avocar un estudio con miras a rectificar los posibles errores jurídicos que ella encarne, procedimiento con el cual se aspira a conseguir la unificación de la jurisprudencia nacional, fin principal del recurso de que se trata".

"Para que merezca atención una demanda de casación se requiere que le dé a la Corte un claro derrotero para su estudio, señalando los motivos materia de la impugnación y el concepto en que se funda esa impugnación, pues este recurso no es posible decidirlo por una causal no invocada ni variarse un motivo que se exponga para sustentar violación de la ley, por otro que no se haya expuesto. En razón de los varios y fundamentalmente distintos aspectos que ofrece la causal primera, según el art. 520 del C. J., la técnica de casación exige que además de la indicación concreta de las disposiciones sustantivas que se estimen quebrantadas con la tesis del Tribunal, se

puntualice el concepto en que lo sean, denominando la clase de error en que haya incurrido el Tribunal, de derecho o de hecho, y en este segundo caso a través de qué razonamiento y con relación a cuál de los elementos procesales se cometiera. La Sala está recordando constantemente a los litigantes el principio de que el recurso de casación por la causal primera es siempre por violación de la ley sustantiva, a la cual puede llegar el sentenciador por dos caminos: por vía directa, cuando el fallo contiene conceptos contrarios a los de la Ley, originados en una interpretación equivocada de ella o en una aplicación indebida de la misma al caso juzgado; o por vía indirecta, cuando la infracción de la ley proviene de la apelación errónea o de la falta de apreciación de determinada prueba, y en este segundo caso por perentorio mandato de la respectiva norma "es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haber incurrido el Tribunal en error de derecho o en error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos". De ahí que la Sala rechace siempre y sin más examen el cargo de quebranto de determinado precepto legal "cuando esta violación es indirecta como resultado de error de derecho en la apreciación o aplicación de la prueba, o de error de hecho evidente, no alegados por el recurrente". (Juicio de José A. Suárez contra el Municipio de Medellín).

Esta interpretación, que se ajusta a lo dispuesto por el artículo 531 del Código Judicial, indica que al plantear el cargo por la causal primera de casación, que invoca aquí el recurrente, se debe señalar la disposición legal que se estime violada, individualizándola claramente, pero no remitiendo en forma general a todas las disposiciones de un Código, de una ley o de un decreto, sino concretando la acusación a un determinado artículo o a determinados artículos o preceptos de una ley sustantiva dada. Además, es necesario expresar el concepto en que se estima infringida la norma, bien por violación, como lo expresa el artícvulo 520 del Código Judicial. Si a ese quebrantamiento se ha llegado por un error, es indispensable decir si es de hecho o de derecho, si ha sido ocasionado por una falta de estimación de pruebas o por su equivocada apreciación, y en estos casos, debe singularizarse o señalarse la prueba respectiva, pues no basta expresar en forma general que de las pruebas del juicio, o de la prueba testimonial resulta el error, sino que es preciso determinar claramente la no apreciada equivocadamente.

No lo hizo así el recurrente, sino que se limitó a estudiar la demanda inicial del pleito, en lugar de analizar la sentencia recurrida que es objeto del recurso de casación, ni señaló en forma inequívoca

la disposición legal violada por el Tribunal de instancia, ni mencionó en este primer cargo cuáles eran los testigos que desvirtuaban las afirmaciones del libelo que dio origen al litigio, ni expresó si el error de que incidentalmente acusa al fallo era de hecho o de derecho, nada, en fin, que dé lugar a estudiar en casación esta primera parte de su alegato.

Segunda parte

Bajo el epígrafe "Prueba testimonial" considera el recurrente los testimonios de los señores José Vega, Enrique Díaz Vargas, Moisés Jaramillo y Francisco García Gutiérrez, para concluír que dicen cosa distinta de lo afirmado por el demandante. Y termina así su exposición al respecto:

"Se puede, señores Magistrados, condenar al pago de todo lo pedido por el señor Mejía Barrientos; se puede aceptar todas esas liquidaciones que presentó; y se le puede dar crédito absoluto a los testigos, cuando sus deposiciones dicen otra cosa de lo que pide el demandante?".

"Se ve, pues, diáfanamente, que el Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales en la sentencia que estoy acusando pretermitió lo dispuesto en el artículo 697 del C. J. y no atendió lo dispuesto en el artículo 702 de la misma obra.

"Corresponde, entonces, a ese honorable Tribunal Supremo del Trabajo, enmendar la injusticia jurídica, especialmente la cometida al aplicar indebidamente el Decreto Nº 895 de 1934, o aclarar los hechos de tal manera que concuerden por lo aseverado por los testigos".

Se considera:

No es admisible en casación el cargo por quebrantamiento de todo un Código, toda una Ley o todo un Decreto ejecutivo, sin que se exprese el artículo o la disposición del respectivo estatuto concretamente violado, pues si así pudiera hacerse resultaría interminable la labor de confrontación del Tribunal Supremo de todas y cada una de las normas correspondientes, lo que a simple vista aparece también injurídico. Cuando se formula una acusación debe hacerse del modo más preciso y claro posible, pero peca contra la lógica misma que sea aceptable en forma general, vaga e incompleta.

No es viable por consiguiente, el cargo de violación del Decreto 895 de 1934, en la forma general propuesta, sin que se haya singularizado la disposición o las disposiciones que en concepto del recurrente infringieron por el sentenciador.

Pasa a estudiarse el cargo de violación de los artículos 697 y 702 del Código Judicial.

El primero de ellos preceptúa que el dicho de dos testigos hábiles que concuerden en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba en los casos en que este medio es admisible conforme a la Ley. Y el segundo dispone que cuando sobre un mismo punto se presenten exposiciones de varios testigos contradictorias entre sí, el Juez, atendiendo a las condiciones de ellas, y a la calidad, número, fama o ilustración de los testigos, deduce, conforme a los principios generales de sana crítica, si hay plena prueba testimonial con relación a determinados hechos, o si sólo aparece de los testimonios aducidos alguna presunción o indicio, o si, para el fallo, debe prescindir en ese caso de tales exposiciones.

Este cargo, que versa sobre la tarifa legal para la apreciación de la prueba testimonial, no es admisible en la casación en materia del trabajo, de acuerdo con la regla 4ª del artículo 3º de la Ley 75 de 1945, que dice: "La tarifa legal de pruebas no será estrictamente obligatoria en la apreciación de las que se aduzcan ante la justicia del trabajo, pero los fallos serán siempre en derecho".

Y si sólo es obligatoria esa pauta legal para apreciar pruebas en tratándose de los juicios civiles, mal puede estimarse quebrantado el artículo 697 del Código Judicial en los juicios del trabajo porque la tarifa que este precepto establece no es de forzosa aplicación y cumplimiento en estos últimos litigios.

Y el artículo 702 del mismo Código tampoco puede considerarse infringido, porque él sólo consagra una norma general de hermenéutica, según la cual el Juez tiene facultad para apreciar los testimonios aducidos, de acuerdo con sus distintas condiciones y circunstancias de modo que goza de soberanía para estimar los dichos de los testigos. Sólo se exceptúa el caso de que en su valoración incurra en un error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos, pero el recurrente no ha alegado que haya cometido el Tribunal un error semejante, ni menos ha demostrado su existencia.

No aparece, pues, acreditado este cargo.

Tercera parte

Bajo el título de "ilegitimidad de la personería demandada" el recurrente manifiesta que se ha incurrido en nulidad en el juicio porque, de acuerdo con autos del ponente en este asunto, proferidos al estudiar si el Tribunal Supremo concedía personería al apoderado

de la sociedad demandada, se dijo que no aparecía demostrada legalmente la calidad de gerente de esa compañía que invocaba el señor Alfonso Tobón para conferirle poder al abogado que funda el presente recurso.

Y concluye el recurrente que "si el certificado del folio 29 de la Cámara de Comercio no presta ninguna identidad a la **persona moral** demandada, mucho menos se la da el certificado del folio 1 que solamente habla de la inscripción en el **Registro Público de Comercio**. Y si las diligencias se tramitaron todas con estos errores, es claro que el proceso adolece de nulidad y así hay que decretarlo al resolver este recurso de casación NULIDAD que pido respetuosamente se decrete".

En primer término, no invoca ninguna disposición legal como quebrantada por razón de la anomalía apuntada ni menos expresa en qué precepto lo funda, lo cual sería suficiente para desestimar el cargo. Pero ocurre que interpretando con amplitud que invoca la causal 6ª de casación, tampoco es verdad que se haya considerado no probada la identidad de la persona jurídica demandada, pues el Tribunal Supremo al estudiar lo relacionado con la personería del abogado que sustenta este recurso, cuando presentó el respectivo poder, dijo solamente que no se hallaba acreditada en ese momento la calidad de gerente de la sociedad del señor Tobón y su facultad de conferir poderes, pero no habló de la identidad de la compañía misma. Y el cargo en estudio se basa únicamente en el hecho de que no está acreditada según este Tribunal la entidad de la persona demandada, lo cual no ha afirmado nunca la corporación y es, además, un asunto muy distinto del problema de personería estudiado y resuelto antes de proponerse las demandas de casación.

No está acreditado tampoco este motivo.

Cuarta parte

Por último, en el escrito de sustentación del recurso se plantea un problema bajo el título de "Prescripción", en los siguientes términos:

Es un hecho evidente que antes del 24 de diciembre de 1941, fecha en que entró a regir la Ley 165 en cuyo artículo 4º se prorrogó a cuatro años la prescripción para el cobro de salarios, hasta esta fecha digo, regía la prescripción de corto tiempo establecida por el artículo 2543 del C. C. que entonces era de dos años desde el momento en que se hicieron exigibles esos salarios; y como la remuneración por horas extras es salario, se debía aplicar el artículo 2535 del citado Código Civil".

"Tenemos, pues, que del 24 de diciembre de 1941 para atrás todo está prescrito y su cobro es indebido. Como el empleado no trabajaba el 25 de diciembre, entonces su reclamación sólo debe tenerse en cuenta desde el 26 de diciembre de 1941. Luego si se condenara a una entidad que no estuvo legalmente representada en juicio, como se dice arriba, esta condena sería del 26 de diciembre de 1941 al 20 de febrero de 1943, pero teniendo en cuenta las modalidades de la prueba testimonial y de lo establecido en el Decreto 895 de 1934 sobre los recargos únicamente del 25 por ciento".

No expresa el recurrente cuál de esas disposiciones legales acusa como violadas, ni por qué concepto, si por infracción directa, por aplicación indebida o por interpretación errónea, ni alude siquiera a la sentencia del Tribunal que debió acusar para decir cómo apreció ese fallo el problema de la prescripción planteado. De acuerdo con claras nociones de técnica sobre este recurso extraordinario de casación y especialmente de su causal primera, se acusa la sentencia de segunda instancia por violación de un precepto legal de orden sustantivo; por consiguiente, lo primero que debe hacer el recurrente, para plantear bien su cargo, es atacar la errada apreciación del sentenciador o siquiera señalarla o destacarla y a continuación expresar cuál disposición legal se quebrantó con esa estimación injurídica y por qué concepto se operó ese quebrantamiento, si en forma directa, o por aplicación indebida, o por interpretación errónea, o si a esa violación llegó por haber incurrido en errores de hecho o de derecho a causa de falta de apreciación de pruebas o por errada estimación de éstas. Nada de esto alegó e invocó el recurrente, de modo que este cargo no puede siquiera considerarse.

Están desestimados por mal formulados todos los cargos planteados por el recurrente, por lo cual no podrá casarse la sentencia recurrida. Es de lamentar que esos errores de técnica de casación no hayan permitido al Tribunal Supremo estudiar la sentencia del Tribunal de Manizales, ni los problemas que ella plantea y suscita.

Por las razones expuestas, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Seccional de Manizales en el presente asunto.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase al Tribunal de origen.

Cástor Jaramillo Arrubla. — Diógenes Sepúlveda Mejía. — Luis Alberto Bravo. — Gustavo Hoyos Giraldo, Secretario.

CAPITAL DE EMPRESAS

Las disposiciones del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945 que establecen las prestaciones a que están obligados los patronos con respecto a sus trabajadores, no puede ser señalado sino con arreglo a las limitaciones que prescribe el artículo 13 de la misma ley. Las disposiciones de aquél, dice éste, no se aplicarán, entre otras excepciones, a las empresas cuyo capital no exceda de $ 125.000.00. En cambio, se señala en el mismo artículo una escala de porcentaje proporcional al capital de la empresa o persona a cuyo cargo resulten las prestaciones.

El fallador no puede arbitrariamente señalar la tarifa, sobre todo cuando de la controversia no aparece aceptado por la parte demandada el deber de atender a la prestación. Por consiguiente, el fallador rebasa los límites de sus poderes si hace esa determinación, sin sujeción a ninguna base controvertida.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Sepúlveda Mejía)

Bogotá, abril treinta de mil novecientos cuarenta y siete.

Ana Rivas celebró un contrato de trabajo con varios músicos de esta ciudad, entre ellos con Jorge E. Narváez, lo que tuvo lugar el catorce de diciembre de 1945, según se lee al folio 2 de estas diligencias.

Según éste los expresados señores se obligaron a ejecutar música y canto durante los días sábados, domingos, vísperas de días feriados y días feriados, durante seis horas consecutivas, en el establecimiento de diversión de propiedad de la citada Rivas, en la población de El Colegio. La remuneración asignada en el contrato al señor Narváez, como baterista, fue la de ciento treinta pesos ($ 130) mensuales, y el término de duración fue el de seis meses, contados desde el día 8 de diciembre de 1945.

En la cláusula primera del convenio se dijo lo siguiente: "En ca-

so de que, por cualquier circunstancia faltare uno o varios de los ejecutantes, el faltante queda con la obligación de suministrar oportunamente un reemplazo que lo sustituya en su mismo instrumento o especialidad y durante todo el tiempo de las sesiones en que se produzca la ausencia del principal".

El 21 de diciembre siguiente, cuando el trabajador señor Narváez había salido de tocar su batería en el establecimiento de esta ciudad denominado "Patio Andaluz", también de propiedad de Ana Rivas, según se afirma por el demandante y por uno de los testigos que depusieron ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, fue víctima de un accidente de tránsito, a consecuencia del cual tuvo que ser hospitalizado.

Ante el Juzgado Segundo Municipal del Trabajo, por medio de apoderado, el señor Narváez demandó a Ana Rivas a fin de que fuese condenada a pagarle: a) el auxilio de enfermedad; b) el servicio médico y hospitalario, y c) el valor correspondiente por el incumplimiento del contrato de trabajo.

El negocio pasó al conocimiento del Juez tercero del trabajo de Bogotá, con fecha siete de mayo de 1946, y este funcionario señaló día para la celebración de la audiencia; pero en el expediente no hay constancia de que se hubiera realizado, no obstante que en la sentencia proferida el día veintitrés de mayo siguiente se expresa que la audiencia tuvo lugar sin la presencia de la parte demandada; que se otorgó la palabra al doctor José Domingo Vélez, representante del apoderado (sic) para el efecto de que produjera pruebas; que éste solicitó se agregara al proceso el contrato de trabajo firmado por el señor Narváez y otros con la demandada Ana Rivas, el día cuatro de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco, y que, además, solicitó que se recibieran declaraciones a los señores Ricardo Castañeda y Luis Cortés Muñoz sobre los hechos de la demanda. Dice la sentencia que "los testigos declararon sobre los puntos del interrogatorio formulado por el apoderado" y que, agotado el procedimiento se suspendió la audiencia para continuarla en la fecha de la sentencia. En la parte considerativa de la providencia se hace una referencia a la declaración del señor Luis Antonio Cortés; pero en parte alguna se encuentra el interrogatorio de que se habla ni la totalidad de las respuestas dadas por los testigos, todó lo cual acusa una clara anomalía en la formación del juicio.

La sentencia del Juez de primera instancia absolvió a la demandada de los cargos de la demanda.

Pero no conforme el apoderado del demandante, al notificarse la

sentencia, en estrados, apeló de ella para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá.

El Juez concedió la apelación en el efecto suspensivo y ordenó la notificación del auto respectivo. Pero no se hizo tal notificación, porque el mismo día fue remitido el expediente al Tribunal; de donde resulta que, de conformidad con el art. 147 del C. J. la jurisdicción del Juez de primera instancia no se suspendió, hecho éste que acusa una grave irregularidad que no puede dejarse pasar inadvertida por este Tribunal.

Concedida la apelación y remitido el expediente al Tribunal se ordenó por medio de un auto —que no fue notificado— la fijación en lista. El 19 de junio se celebró audiencia en el Tribunal y en ella se dispuso la recepción de las declaraciones de los mismos testigos de que trata la sentencia de primera instancia

Aun cuando al Tribunal supremo no le corresponde en este recurso examinar el alcance de las declaraciones aducidas, vale la pena anotar que la segunda pregunta se refiere al hecho de haberse celebrado el contrato de cuatro de diciembre para la prestación de servicios en el establecimiento denominado Patio Andaluz (no el Edén), a lo cual contestó Ricardo Castañeda que cuando él entró a trabajar a ese establecimiento ya Narváez trabajaba allí, lo cual ocurrió en septiembre de 1945, es decir antes de la fecha del contrato que aparece en autos y que se refiere a otro establecimiento. El testigo Cortés también afirma que Narváez estaba trabajando ya en el establecimiento "Patio Andaluz" y en relación con la pregunta dice que el contrato de cuatro de diciembre se refiere a prestación de servicios en el establecimiento de El Edén, en El Colegio, aunque más adelante afirma que Narváez tocaba permanentemente en el otro establecimiento, al cual no hace referencia el contrato. Con todo, la sentencia del Tribunal aprecia tales testimonios y de ellos deduce que los hechos de la demanda quedaron plenamente establecidos con la copia del contrato de que se viene hablando.

La sentencia del Tribunal revoca la de primera instancia y en su lugar condena a la demandada a pagar el valor del auxilio de enfermedad durante ciento veinte días, así como de los salarios por todo el tiempo correspondiente al contrato celebrado el cuatro de diciembre de 1945.

El recurso

Contra esta providencia interpuso el apoderado de la demandada el recurso de casación el cual fue concedido por le Tribunal, no en razón de su cuantía sino por considerar que el fallo contempla cuestiones fundamentales de derecho laboral.

Admitido el recurso por este Tribunal Supremo y agotada su sustanciación se va a decidir mediante las consideraciones que se harán más adelante.

Los cargos

Después de relatar sucintamente los hechos, el recurrente se expresa así:

"Acuso la sentencia recurrida por los motivos 1º, 2º y 6º de las causales (sic) de casación a que se refiere el art. 520 del C. Judicial, acusación que procede a fundar en los siguientes términos:

Error de derecho por indebida aplicación del art. 12, violación del art. 13 de la Ley 6ª de 1945 y de los arts. 66 y 1757 del C. C.

"Si bien es verdad que el art. 12 de la Ley 6ª de 1946 (sic) obliga al patrono al pago de indemnizaciones para sus trabajadores y obreros (sic) de acuerdo con la tarifa señalada en sus diversos apartes, no es menos cierto que el art. 13 de la misma ley, prohibe aplicar dicha tarifa, en el caso concreto a que me vengo refiriendo, a las empresas cuyo capital no exceda de $ 125.000 y señala al efecto y en la proporción que fija el mismo artículo de acuerdo con la cuantía del capital de la empresa demandada".

El art. 13 de la Ley 6ª de 1946 (sic) adiciona y complementa el artículo 12, de tal manera que no es permitido al fallador condenar a una empresa en un juicio de trabajo, presumiendo que la cuantía de su capital excede de $ 125.000, puesto que tal presunción no está consagrada expresamente como deben estarlo todas las presunciones legales o de derecho, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 68 del C. C. La Ley 6ª citada no solamente no presume que todas las personas o empresas demandadas tengan un capital mayor de $ 125.000 sino que prohibe expresamente la aplicación del artículo 12, cuando no se determine ni se demuestre la cuantía del capital de la empresa".

"Y es lo cierto que en el presente caso no solamente no demostró el demandante que la empresa que demandó tenía un capital mayor de $ 125.000, sino que ni siquiera determinó tal hecho en la demanda, ni intentó demostrarlo ni enunciarlo en el curso del proceso.

"No estando consagrada en la ley la presunción que estableció el fallador sobre la cuantía de la empresa, es claro que resultó violado el art. 66 del C. C. y resultaron violados también por lo que dejó expuesto los arts. 1º y 13 de la Ley 6ª de 1946 (otra vez) y 1597 del C. C.

Como se ve, el recurrente formula su acusación por diversas causales, a un mismo tiempo, señalando entre ellas la sexta, que es la

relativa al hecho de haberse incurrido en alguno de los motivos de nulidad de que trata el art. 448 del C. J., siempre que la nulidad no haya sido saneada, en conformidad con la ley. En cuanto a la causal segunda no la funda, y por eso no puede estimarse en este fallo.

Para seguir un orden lógico, debe estudiarse primero si esa incompetencia de jurisdicción induce nulidad de lo actuado, según la argumentación del recurrente. Luégo se verá si es procedente estudiar el cargo por violación de los arts. 12 y 13 de la Ley 6ª de 1945.

El cargo se refiere a la violación del art. 11 de la misma Ley 6ª, en cuanto expresa que en todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable, y determina que las acciones correspondientes para hacerse efectivos tales perjuicios se ventilarán ante la justicia ordinaria.

Se analiza el cargo:

El artículo 11 de la Ley 6ª de 1945 contiene dos partes primordiales. En la primera se determina que no cumpliéndose lo pactado en el contrato de trabajo, al igual que ocurre en los contratos civiles, se resuelve el contrato, con indemnización de perjuicios. Esta norma es de carácter sustantivo; pero el recurrente no enfoca el ataque a la sentencia del Tribunal por este aspecto; ni tampoco entra a estudiar y dirigir su acusación contra aquella parte de la sentencia que estima que hubo un rompimiento unilateral del contrato de trabajo, por parte de Ana Rivas, o si solamente hubo una suspensión temporal por causa del accidente de Narváez. De suerte que este Tribunal está inhibido para estudiar estas circunstancias, en su sentir las únicas que valdrían la pena de considerarse; pero como la demanda las pasa por alto, no cabe en este recurso de casación, que no es una tercera instancia, analizar tales aspectos del problema.

Se limita, en consecuencia, a examinar si la jurisdicción especial del Trabajo pudo conocer legalmente el juicio.

De la tercera petición de la demanda se infiere que lo que se reclama por parte del señor Narváez es el "valor que corresponda por el incumplimiento del contrato de trabajo verificado con la demandada, contrato que se resolvió sin haber tenido el consentimiento del contrato (sic) ni haber pagado las indemnizaciones de que habla la ley y el decreto reglamentario".

Es indudable que se trata de una demanda deficiente por su forma, ya que no se individualizaron en esta petición las prestaciones reclamadas ni se citaron las disposiciones legales concretas para fundar el derecho. Pero como lo que se examina es la sentencia, y

en ella no hay condenación sino por el valor de los salarios, a esto debe restringirse el análisis.

Precisamente una de las consecuencias necesarias del contrato de trabajo es el pago de la respectiva remuneración al trabajador. Emana directamente de él el derecho a reclamar el pago de los salarios ajustados entre las partes contratantes; de manera que no hay que hacer ningún esfuerzo para comprender que tratándose del pago de los que se deban, y no de indemnizaciones distintas, como podrían ser, por ejemplo, el cobro de un perjuicio moral, del lucro cesante, etc., se trata de una controversia que se ha suscitado con ocasión del desarrollo de un contrato de trabajo, que cabe lógicamente dentro de la disposición del art. 58 de la Ley 6ª de 1945.

Pero es forzoso hacer una distinción entre los salarios devengados y aquellos que han dado en llamarse presuntivos, esto es, que corresponden al término del contrato roto, en la parte en que no ha tenido ejecución. En cuanto a los primeros no hay dificultad alguna. Dentro de la legislación vigente, antes de la expedición de la Ley 64, de 1945, el cobro de ellos debía hacerse ante la jurisdicción especial del trabajo. La duda surgió para los falladores con respecto a los segundos.

Para poder definir la cuestión debe examinarse el alcance jurídico del vocablo **salario.** Gramaticalmente, salario es remuneración, estipendio, paga o recompensa que se da por servicios personales. Corresponde a una noción de compensación por el trabajo ejecutado, lo que equivale a decir que es una verdadera contraprestación. Y de allí resulta que si no se hubiera prestado el servicio tampoco puede hablarse de salarios futuros, jurídicamente considerados.

En el derecho español se considera salario la totalidad de los beneficios que obtenga el trabajador por sus servicios u obras, no sólo lo que reciba en metálico o en especie, como retribución directa o inmediata de su labor, sino también las indemnizaciones por espera, por impedimentos o interrupciones del trabajo, cotizaciones del patrono para los seguros y bienestar, beneficios a los herederos y conceptos semejantes. Predomina en la definición la idea de retribución de trabajo, y no deja duda acerca del supuesto expresado, es decir, en cuanto al hecho de que tiene como base la labor realizada y no la que está por ejecutar. Si, pues, el trabajo no se lleva a cabo por cualesquiera circunstancia sólo puede hablarse de salarios futuros como concepto de medida para graduar al monto la respectiva indemnización en lo que toca con ellos.

El contrato de trabajo es bilateral porque produce obligaciones

recíprocas; es oneroso en cuanto tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, y también conmutativo, ya que cada una de las partes se obliga a dar o hacer algo que se mira como equivalente a lo que la otra debe dar o hacer.

De la propia esencia del contrato es prestar por parte del trabajador su fuerza o energía de trabajo, y por parte del patrono retribuírlo, por medio del salario correspondiente.

Como contrato bilateral que es, la falta de ejecución de él por una de las partes da lugar a su resolución con indemnización de perjuicios a cargo de la que haya dado lugar al incumplimiento. Así lo dispone en forma terminante el art. 11 de la Ley 6ª de 1945.

¿Pero en qué consiste la indemnización de perjuicios?

Si es obrero quien rompa el vínculo contractual, el patrono tiene derecho a exigir el cumplimiento del contrato y también puede exigir la respectiva indemnización de perjuicios. A las claras se comprende que este derecho por parte del patrono en muy raras ocasiones podrá hecerse efectivo, dadas las condiciones económicas del trabajador. Pero jurídicamente es inobjetable el derecho a exigir la indemnización. ¿Y cómo podría determinarse esa indemnización? No puede ser otra que la que resulte del perjuicio causado por el rompimiento del contrato el cual tendría que señalarse en los términos de la ley, esto es, tomando en consideración el daño consiguiente y el lucro cesante.

A la inversa cuando el vínculo contractual ha sido quebrantado por el patrono, el trabajador tiene derecho a que se le pague la respectiva indemnización de perjuicios, que comprende también el daño emergente y el lucro cesante. Aun cuando se pretenda ensayar una demostración distinta, es lo cierto que si el salario es en último término el motivo que induce al trabajador a dar fuerza de trabajo, se comprende que el rompimiento unilateral del contrato, por parte del patrono, le priva de obtener el pago de su salario, y entonces se configura con respecto al monto de los que no se han percibido el lucro cesante, es decir, la ganancia (lucrum cessans) que deja de obtener por tal causa. El daño emergente (damnum emergens) o sea el perjuicio del contrato, no sería atendido con el solo reconocimiento y pago de los llamados salarios presuntivos, o sea que se refieran al tiempo que falta para la ejecución del contrato.

Esto sentado, se tiene lo siguiente:

De conformidad con el art. 11 de la Ley 6ª de 1945 la acción correspondiente para obtener la indemnización de perjuicios debía seguirse ante la justicia ordinaria, antes de expedirse la Ley 64 de 1946; pero como el art. 58 de la misma Ley 6ª expresa que las accio-

nes que se originan en la ejecución del contrato de trabajo corresponde concederlas a la jurisdicción especial del trabajo, se dice que tratándose del sobre del monto de los salarios no devengados la acción respectiva podía hacerse valer ante está última.

No se ve la razón que haya para que si la acción por incumplimiento del contrato de trabajo hubiera sido intentada por el patrono, fuera la justicia ordinaria la del conocimiento, y que, en el caso del trabajador, fuera la especial del trabajo. Si se aceptara esta distinción se caería en una absoluta desigualdad procesal, en ningún caso aceptable, jurídicamente.

Esta consideración hizo que el legislador de 1946 corrigiera como lo hizo, en el art. 3º de la Ley 64 el error cometido en el art. 11 de la Ley 6ª citada, al disponer en forma expresa que la acción correspondiente a la indemnización por incumplimiento en los contratos de trabajo se surtirá ante la justicia del trabajo.

En concepto de este Tribunal el verdadero alcance del artículo 11 de la Ley 6ª de 1945 es el de que el incumplimiento del contrato de trabajo por una de las partes contratantes, da derecho a la otra a pedir la resolución del contrato, con la respectiva indemnización de perjuicios. Esta indemnización viene a ser una consecuencia de la resolución del contrato, y así lo tiene aceptado la jurisprudencia, en términos tales que la Corte Suprema de Justicia ha dicho que "en los contratos bilaterales, cuando uno de los contratantes no ha cumplido lo pactado, el otro no puede demandar indemnización de perjuicios sin pedir juntamente el cumplimiento del contrato o su resolución".

Según lo anterior, la acción de resolución del contrato es primordial, y no puede pedirse indemnización de perjuicios sin que se intente la de resolución del contrato.

"La acción de cumplimiento corresponde exclusivamente al contratante que ha cumplido por su parte sus obligaciones contractuales, porque es de este cumplimiento de donde surge el derecho de exigir que los demás cumplan las suyas: de modo que para el ejercicio legalmente correcto de esta acción no basta que el demandante haya dejado de cumplir las prestaciones a que se obligó, sino que es indispensable también que se haya colocado en estado legal de mora, que es condición previa de la exigibilidad, para lo cual es preciso que el contratante demandante haya cumplido por su parte las obligaciones que el contrato bilateral le imponía...". Sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia de fecha.

Según lo que queda expuesto, la condensación que la sentencia hace en el sentido de obligar al pago de salarios, sobre la base de la

petición que la demanda contiene para que se atienda por la parte demandada al pago del valor que corresponda por el incumplimiento del contrato, es una verdadera indemnización de perjuicios, y por tal razón está en lo cierto el recurrente cuando afirma que hubo una involucración de acciones en la demanda, ya que la de perjuicios debió ventilarse en esa época ante la justicia ordinaria, de conformidad con lo que disponía el art. 11 de la Ley 6ª de 1945, hoy modificado por el art. 3º de la Ley 64 de 1946.

El cargo es viable y habrá de producir la casación parcial de la sentencia acusada.

El primer cargo

En cuanto a la violación del art. 13 de la Ley 6ª de 1945, en relación con el 12 de la misma se observa lo siguiente:

Es indudable que las disposiciones del art. 12 que establecen las prestaciones a que están obligados los patronos con respecto a sus trabajadores no pueden ser señaladas sino con arreglo a las limitaciones que establece el art. 13. En efecto las disposiciones del art. anterior, dice el 13 de la Ley 6ª no se aplicarán, entre otras excepciones, a las empresas cuyo capital no exceda de $ 125.000. En cambio, se señala en el mismo artículo una escala de porcentaje proporcional al capital de la empresa o persona a cuyo cargo resulten las prestaciones.

La sentencia no entró a determinar nada en relación con la capacidad de la demandada Ana Rivas para el efecto de asignarle la consiguiente prestación, sino que le aplicó, sin discriminación alguna, la tarifa más alta.

El recurrente en presencia de este hecho afirma que no hay autorización alguna para imponer tal condenación, pues no se pudo presumir que Ana Rivas sea empresaria con capital de más de $ 125.000, y que en todo caso la cuantía debió ser establecida por el demandante al reclamar la prestación correspondiente.

Cree este Tribunal que el demandante en casación se halla en lo cierto en este punto, y que el fallador no puede arbitrariamente señalar la tarifa, máxime cuando de la controversia no aparece aceptado por la parte demandada el deber de atender a la prestación. Por esta causa, no habiendo sido objeto de discusión este aspecto del problema, el fallador rebasó los límites de sus poderes cuando hizo la determinación, sin sujetarse a ninguna base controvertida. El cargo prospera.

Como de conformidad con el art. 539 del C. J. si se halla funda-

da alguna de las causales invocadas no se considera las restantes, y en su lugar dicta la correspondiente resolución, no hay para qué examinar los otros cargos de la demanda. Pero no está por demás observar que el cargo de violación del art. 205 del C. J. no se fundó, y muchísimo menos el del artículo 1471 (sic) de la misma obra, entre otras cosas, porque este artículo no existe, ya que el Código Judicial apenas consta de 1229 artículos. Seguramente se trata de una involuntaria pero inexcusable equivocación del recurrente.

Para establecer el monto del auxilio de enfermedad que debe reconocer la demanda a Narváez, el Tribunal se encuentra en el caso de dar aplicación, en lugar de la Ley 6ª de 1945, por no haberse establecido el capital de aquélla, a las disposiciones de la Ley 10ª de 1934, que, fuera de ser especiales en lo concerniente a las prestaciones para empleados particulares y, en tesis generales, más favorables para éstos, por no contener limitaciones referentes al capital de las empresas, son las únicas que pueden regular el negocio de que se trata.

Como la demandante pagó el valor de cinco días según aparece de autos, debe descontarse del total del auxilio, que es de doscientos ochenta y un pesos con sesenta y cinco centavos, lo correspondiente a esos días, esto es, la cantidad de veintiún pesos, con sesenta y cinco centavos. Queda un saldo líquido de doscientos sesenta pesos.

En mérito de las anteriores consideraciones, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley CASA la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, y dispone:

Revócase la sentencia de primera instancia en cuanto absolvió a la demandada y, en su lugar, condena a Ana Rivas a pagar, a Jorge Narváez, de conformidad con el ordinal b) del art. 14 de la Ley 10 de 1934 la cantidad de doscientos sesenta pesos.

No se decide nada con respecto al pago de indemnización alguna por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase al Tribunal de origen.

Diógenes Sepúlveda Mejía. — Cástor Jaramillo Arrubla. — Luis Alberto Bravo. — Gustavo Hoyos Giraldo, Secretario.

DIFERENCIAS ENTRE EMPLEADO PARTICULAR Y EMPLEADO OFICIAL.

Es incontestable que el servicio notarial es un servicio público. El Notario es un funcionario que recibe su nombramiento del respectivo Gobernador, en la forma que la ley determina, y sus relaciones con el público que utiliza sus servicios, sus deberes en el desempeño de su cargo, los emolumentos que cobra, en fin, todas sus actividades están claramente reguladas por la ley. A dicho funcionario le está encomendado propiamente el servicio notarial, y solamente él puede prestarlo con carácter oficial. Es un empleado público. En cambio, los individuos a quienes el Notario utiliza directamente en funciones que no son las señaladas por la ley, tales como escribientes, conserjes, etc., no tienen ni pueden tener el carácter de empleados públicos. Si es verdad que colaboran en la prestación de un servicio público que es oficial, no lo hacen por ministerio de la ley, sino por virtud del querer del funcionario responsable del servicio, para suplir la deficiencia material del empleado en los lugares en que el volumen de trabajo no puede ser atendido materialmente por él. Es así como puede observarse que aun cuando es al notario a quien corresponde realizar la labor material que el servicio requiere, en muchos casos se encuentra obligado a encomendar a otras personas parte de su labor, por su propia cuenta, y en ningún caso por mandato legal. De suerte que si el servicio notarial es oficial, debe entenderse que es solamente en cuanto a las funciones que realiza el notario y no en cuanto a las de sus dependientes.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

Magistrado ponente: doctor Sepúlveda Mejía)

Bogotá, mayo doce de mil novecientos cuarenta y siete.

Con poder del señor Manuel Antonio Pérez R., el doctor Servando

Gutiérrez Aragón demandó al señor José María de Guzmán para que se le condenase a pagar en favor de su representado la cantidad de **un mil novecientos catorce pesos noventa y cinco centavos,** por concepto de cesantía correspondiente a diez años y cincuenta días, contados desde el día diez de mayo de mil novecientos treinta y cinco (1935) hasta el 30 de junio de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), teniendo en consideración un sueldo de doscientos pesos mensuales en promedio, como empleado de las notarías primera y quinta de esta ciudad. Al mismo tiempo pidió que se condenase al demandado al pago de los días de fiesta, desde el 10 de mayo de 1935, hasta el 31 de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro.

El demandante fundó su acción en la Ley 10 de 1934 y su decreto reglamentario, así como en la Ley 6ª de 1945 y en los artículos 1208 y siguientes del Código Judicial.

Tramitada la primera instancia el Juez condenó al demandado a pagar el auxilio de cesantía y absolvióIo de los demás cargos de la demanda. Esto es, del pago de los días feriados.

De esta providencia interpuso el apoderado del señor de Guzmán el recurso de apelación para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, y esta entidad en providencia de fecha 4 de junio de este año confirmó en todas sus partes la sentencia del señor Juez quinto del circuito de Bogotá.

Contra la sentencia del Tribunal se interpuso el recurso de casación por el apoderado de la parte demandada, y como se ha agotado el trámite legal, ha llegado el momento de decidir lo que fuere legal, mediante las consideraciones que se harán más adelante.

Los cargos de la demanda de casación

El recurrente acusa la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá por la causal primera del artículo 520 del Código Judicial: "Ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea". Señaló como disposiciones violadas las siguientes: artículos 12 y 14 de la Ley 10 de 1934; Parágrafo, regla 2ª del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945; artículo 13, ordinal 2º de la misma ley; artículos 27 y 75 de la citada Ley 6ª; 14 del Código Civil y 30 de la Constitución Nacional, 1757 del Código Civil y 609 del Código Judicial.

En estos términos fundamenta el recurrente esta causal:

"De acuerdo con el artículo 12 de dicha ley (se refiere a la 10 de 1934), se entiende por empleado **particular, para los efectos de esta ley,** toda persona que no siendo obrero, realice un trabajo por cuenta de

otra persona o entidad, fuera del servicio oficial...". De modo que, para los efectos de las prestaciones sociales que dicho estatuto reglamentaba en beneficio de los empleados particulares, esta calidad o condición jurídica suponía la concurrencia de dos requisitos esenciales: que el empleado cumpliera su labor por cuenta de otra persona o entidad; y que la desempeñara fuera del servicio oficial. Esta es la evidencia del contenido de la norma".

"Pero resulta que los empleados de Notaría y Registro, a la luz de esta norma evidente, si bien satisfacen la primera de estas condiciones o sea que realizan su trabajo por cuenta de otra persona —el Notario— como que es él quien contrata y paga el servicio con sus fondos particulares, no llenan la segunda, por cuanto esa labor no la cumple fuera del servicio oficial, ya que "ni las Notarías ni las oficinas de Registro son, ni han sido en tiempo alguno, establecimientos de carácter privado o susceptibles de ser creados por cuenta y riesgo del particular que nunca pueden ponerlos por su cuenta. Porque el origen y la finalidad de la función que en dichas oficinas se cumple, lo mismo cuando la realiza el Notario Registrador en persona, que cuando la lleva a cabo un tercero, están en la misma ley que las ha creado, que determina sus atribuciones, que señala su remuneración y que fija el tiempo o período dentro del cual ha de efectuarse, y que, en una palabra, entrega a dichas oficinas, el crédito y la fe pública del Estado. Porque ni el Notario, ni consecuencialmente los funcionarios que colaboran en su labor son libres fuera de la ley, para prestar o no prestar al público su servicio para hacerlo a estas o a las otras horas, ni para fijar **ad-libitum** el estipendio que por cada servicio deben percibir del público; ni expirado el tiempo o período para el cual se nombró a un funcionario, le queda a él la posibilidad de instalarse por su cuenta para seguirlo prestando eficazmente bajo su exclusiva responsabilidad".

"Luego si contra la evidencia de estas previsiones —contenidas en la forma legal que analizo—, el Tribunal concluye la condición de empleados particulares para los empleados de Notaría, que manifiestamente no trabajan fuera del servicio, el fallo en que lo hace incurre en **error de derecho,** juicio falso a la luz de la ley, y por lo tanto, en una aplicación indebida proveniente de ese error evidente, que hace casable la sentencia por dicho concepto".

El Juez de primera instancia, en atención a que el despido del demandante tuvo lugar cuando se hallaba vigente la Ley 6ª de 1945 y ante la duda acerca de la ley aplicable al caso, ya que el rtículo 27 de la expresada ley es el que expresa en forma terminante que los

empleados de las Notarías y oficinas de Registro son empleados particulares, decidió dar aplicación a la Ley 10 de 1934, por hallarla más favorable para el trabajador. La sentencia del Tribunal reafirma la tesis expuesta por el Juzgado.

Por esto, el recurrente, al referirse a este aspecto del problema sostiene que el fallador incurrió en error de derecho, haciendo el siguiente razonamiento:

"Por infracción directa, porque al juzgar del fondo del negocio el Tribunal se apartó del texto clarísimo de la ley, que en forma particular y de acuerdo con el propio sentido literal de las palabras y con su mismo espíritu, refieren tanto el citado artículo 27 como el 75 de la misma Ley 6ª de 1945, a situaciones jurídicas futuras y no a las pretéritas, y que más generalmente consigna el artículo 30 de la Constitución Nacional, cuando al garantizar los derechos adquiridos con justo título, niega a la ley el efecto retroactivo. Al desatar el Tribunal la litis aquí planteada con base en el criterio de ser el artículo 27 citado simplemente **aclarativo** de los principios de la ley 10, incurrió en error de derecho, porque juzgó falsamente el hecho a la luz de la ley, le dio a ésta una interpretación no solamente equivocada sino absurda, y así hubo de aplicarla erróneamente al caso de la litis, y como consecuencia de esa violación directa, resolvió la litis en contra del demandado".

"Por aplicación indebida, porque en el supuesto de que el Tribunal hubiera entendido rectamente el artículo 27 citado, vino a aplicarlo a una situación o estado no previsto por él, al ponerlo en vigencia en favor de quien, antes de entrar en vigencia el precepto que para el efecto de las prestaciones sociales le otorgó la calidad de empleado particular, reclama dicha calidad para exigir prestaciones a que sólo en razón de tal calidad tenía derecho".

"Y por interpretación errónea por cuanto en forma notoriamente equivocada estimó la sentencia, que siendo aclarativo, no regulador de una situación nueva el citado artículo 27 de la Ley 6ª de 1945, podía él regir situaciones preexistentes a su promulgación, y en conformidad con ese error manifiesto decidió la controversia en contra del demandado".

Fuera de estas consideraciones el recurrente agrega que de conformidad con las disposiciones contenidas en los artículos 12 y 13 de la Ley 6ª de 1945 que señalan las reglas relativas a la manera como debe ser liquidado el auxilio de cesantía por el tiempo anterior a ella, cuando la extinción del contrato es posterior a su promulgación, no fueren tenidos en cuenta en la sentencia acusada, y que de

acuerdo con tales normas no existe la obligación de pagar la cesantía reclamada.

Son palabras suyas:

"Es decir que, conforme al clarísimo contexto de estas disposiciones, **el auxilio de cesantía por tiempo anterior a la vigencia de la ley** cuando la causa de terminación es posterior a dicha vigencia, sólo puede liquidarse con base en **"cinco años de servicios y únicamente respecto de empresas cuyo capital exceda de $ 125.000**; en consecuencia, empleados particulares **que no lo sean de empresa,** o que hayan estado al servicio de una de capital inferior al que aquí se señala, **no gozan de dicho auxilio** por razón de ese tiempo anterior a la vigencia de la ley".

Planteadas de la expresada manera las cuestiones que han dado lugar a la interpretación del recurso de casación, deben examinarse los cargos propuestos en el orden en que han sido presentados.

EXAMEN DE LOS CARGOS

Infracción directa de la ley

El motivo primero que contempla el artículo 520 del Código Judicial para hacer procedente el recurso de casación, es sin duda el que más amplia zona de aplicación tiene, desde luego que envuelve diversas fases de la violación de la ley; porque tanto abarca la infracción directa de ella, esto es el quebrantamiento de la norma jurídica en sí misma, por contener la sentencia acusada decisiones contrarias a los preceptos legales, como también la equivocada aplicación de la norma existente en relación con los hechos básicos en que la providencia objeto del recurso haya tenido apoyo, así como el error sobre el significado o alcance de la norma jurídica, o sea la falsa o equivocada interpretación de su contenido.

El artículo 12 de la Ley 10 de 1934 que en primer término señala el recurrente como violado, es del siguiente tenor: "Se entiende por empleado particular, para los efectos de esta ley, toda persona que no siendo obrero, realice un trabajo por cuenta de otra persona o entidad, fuera del servicio oficial en virtud de sueldo o remuneración periódica o fija, participación de beneficios o cualquier otra forma de retribución".

"Se entiende por patrono, la persona por cuya cuenta se realice el trabajo del empleado. Si esta persona obra como intermediario entre el dueño de la empresa o negocio y el empleado, serán responsables solidariamente del cumplimiento de las disposiciones establecidas por esta ley el dueño y el intermediario".

Y el artículo 14 se expresa así:

"Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:

"... c) En caso de despido que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado, y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio, y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo".

"Parágrafo. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto en todo caso, cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello".

En el artículo 12, transcrito, se encuentra la definición que el legislador de 1934 dio al empleado particular. Se examinará si dentro de ella caben los empleados que trabajan en las Notarías, antes de que se expidiera la disposición del artículo 27 de la Ley 6ª de 1945, cuyo texto es de tal claridad que no admite dudas.

Afirma el recurrente que los empleados de las notarías llenan la primera de estas condiciones, esto es, realizan un trabajo por cuenta de otra persona, que es el Notario, quien paga con sus fondos particulares. Pero que, no llenan la segunda, por cuanto no la cumplen fuera del servicio oficial. Que el servicio notarial, en suma, no puede prestarse libremente por los particulares, y tanto da que se trate del propio Notario o de sus empleados, pues siempre el servicio ha sido creado y se presta por mandato de la ley.

Que el servicio notarial es de carácter oficial, no cabe duda alguna. Es la ley la que ha establecido la institución que confía a funcionarios especiales la guarda de la fe pública respecto de los actos y contratos que deben pasar ante ellos y en quienes deposita el Estado su confianza para la custiodia de los documentos que en las respectivas oficinas deben permanecer. La ley señala las normas concurrentes al desempeño de sus funciones; fija los períodos correspondientes, al radio territorial en que pueden ejercerlas, etc. Su nombramiento tiene también su origen en la misma ley. Pero no obstante todo esto, los Notarios no reciben sueldo pagado por el tesoro público. Lo que podría servir como argumento para sostener que no son empleados públicos dentro de la definición que de empleados del servicio oficial da el artículo 4º, Decreto 652 de 1935, reglamentario de la Ley 10 de

1934, que exige que la remuneración del empleado sea pagada directamente por el tesoro nacional, los tesoros departamentales o municipales o por organismos creados por las leyes, decretos, ordenanzas, acuerdos o reglamentos legales.

Con todo, dada la organización legal de ese servicio, no es la circunstancia de que se trate de funcionarios sin asignación oficial, la que configura su carácter de empleados públicos, pues la regla general que contiene el artículo 5º de la Ley 4ª de 1913 comprende a todos los individuos que desempeñen destinos creados y reconocidos por las leyes, ordenanzas y acuerdos válidos. Cuando tales empleados no ejercen jurisdicción o autoridad pero tienen funciones que no pueden ejercer sino en su calidad de empleados, toman la denominación de simples funcionarios públicos. Que es el caso precisamente de los Notarios.

¿Pero los empleados subalternos de los Notarios, antes de la vigencia del artículo 27 de la Ley 6ª que les da el carácter expreso de empleados particulares podían considerarse como dentro del concepto contenido en la definición que de éstos hace el artículo 12 de la Ley 10 de 1934? Esta es la cuestión básica que debe examinarse para llegar a la decisión del recurso que se estudia.

Para los efectos de la Ley 10 era empleado particular todo aquel que, fuera del servicio público u oficial, sin ser obrero, realizara un trabajo por cuenta de otra persona o entidad, en virtud de sueldo o remuneración periódica o fija, participación de beneficios o cualquiera otra forma de retribución.

La ley no hizo creación expresa de los empleados de las Notarías. Sin embargo, parte de la base de que los Notarios tienen o pueden tener subalternos cuando los menciona, entre otras disposiciones, en el artículo 68 del Código Civil cuando les prohibe en forma específica ser testigos en el otorgamiento de los testamentos solemnes, y en el 1119, que hace inválida cualquier disposición testamentaria en favor de los mismos.

La ley asignó a los Notarios Públicos determinadas funciones, las cuales realizan directamente en aquellos lugares en donde el volumen de asuntos que pasan por ante ellos son escasos, no siendo indispensable utilizar los servicios de otras personas; pero en las ciudades de densa población donde no es posible atender personalmente a todas las labores que les corresponden, ha surgido la necesidad de mantener un número de empleados que en calidad de colaboradores de aquéllos, presten sus servicios como escribanos, etc. En realidad las labores de estos empleados están señaladas por la ley al jefe de la

oficina, que es el Notario; de donde resulta que ellos no hacen sino suplir la imposibilidad material del funcionario responsable de la marcha de la oficina para atender por sí mismo su normal funcionamiento.

Pero, con todo, opera dentro de la definición que de empleados particulares da el artículo 12 de la Ley 10 de 1934, el factor esencial de que el trabajo se realice fuera del servicio oficial, y se argumenta que las labores que llevan a cabo los empleados de las Notarías, no pueden considerarse como de servicio privado, por la circunstancia de que éste es de creación legal y, por consiguiente, los individuos encargados de prestarlo como colaboradores inmediatos del Notario, no pueden obrar sino dentro del servicio oficial.

Se considera:

Es incontestable que el servicio notarial es un servicio público. El Notario es un funcionario que recibe su nombramiento del respectivo Gobernador, en la forma que la ley determina, y sus relaciones con el público que utiliza sus servicios, sus deberes en el desempeño de su cargo, los emolumentos que cobra, en fin, todas sus actividades están claramente reguladas por la ley. A dicho funcionario le está encomendado propiamente el servicio notarial, y solamente él puede prestarlo con carácter oficial. Es un empleado público. En cambio, los individuos a quienes el Notario utiliza directamente en funciones que no son las señaladas por la ley, tales como escribientes, conserjes, etc., no tienen ni pueden tener el carácter de empleados públicos. Si es verdad que colaboran en la prestación de un servicio público que es oficial, no lo hacen por ministerio de la ley, sino por virtud del querer del funcionario responsable del servicio, y, ya se ha dicho, para suplir la deficiencia material del empleado en los lugares en que el volumen de trabajo no puede ser atendido materialmente por él. Es así como puede observarse que auncuando es al notario a quien corresponde realizar la labor material que el servicio requiere, en muchos casos se encuentra obligado a encomendar a otras personas parte de su labor, por su propia cuenta, y en ningún caso por mandato legal. De suerte que si el servicio notarial es oficial, debe entenderse que es solamente en cuanto a las funciones que realiza el Notario y no en cuanto a las de sus dependientes.

A este respecto ha dicho el Consejo de Estado en concepto de 1940:

"Como un funcionario público no puede tener existencia legal sino al través de la ley, porque así lo exigen los principios del derecho que piden reglas para que las funciones del Estado se ejerciten, para que

pueda estimarse que un trabajador es empleado público, hay que exigir el texto legal que crea el órgano que debe desempeñar tal función, porque la Carta Fundamental en su artículo 57 dice: "No habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento", y después la serie de formalidades como posesión, para que pueda considerarse que la actividad es del orden oficial, porque, se repite, la organización de actividades oficiales es expresa".

"Ahora, en la realidad jurídica, el Estado no tiene relación directa sino con los Notarios y Registradores; éstos pueden traer a su servicio personas o no traerlas; el Estado le exige responsabilidad a su empleado, a quien ha encargado de prestar el servicio público; éste, para asegurar el cumplimiento de su obligación, como el contratista de correos, puede llamar en su ayuda a individuos con quienes acuerde el valor de su trabajo, pues no existe ni obligación de llamarlos ni norma especial sobre su salario, pues éste surge del concierto de sus voluntades; hay una relación contractual privada en la ayuda de la prestación de un servicio público. Esa relación contractual privada necesariamente hace encontrar el lugar que los trabajadores de la Notaría y la Oficina de Registro ocupan ante la ley, que es el de empleados particulares".

Con base en este concepto el Ministerio del Trabajo, Higiene y Previsión Social absolvió una consulta formulada por el Secretario de Gobierno de Santander en el sentido de que los empleados de los Notarios y Registradores tienen el carácter de particulares y, por tanto, se hallan protegidos por las prestaciones sociales establecidas en la Ley 10 de 1934 y su Decreto Reglamentario.

Y es que el mismo Decreto 652 de 1935 en su artículo 4º hizo la definición de lo que debe entenderse por empleado del servicio oficial, en los siguientes términos:

"Se entiende por empleado del servicio oficial aquel que trabaja por cuenta de las entidades públicas y a su servicio, u obra a nombre de ellas, y cuya remuneración es pagada directamente por el Tesoro Nacional, los Tesoros Departamentales o Municipales o por organismos creados por leyes, decretos, ordenanzas, acuerdos o reglamentos legales".

"También se considerarán como del servicio oficial los empleados de contratistas de obras que se ejecuten por cuenta de las entidades públicas, cuando los contratistas en la realización de los trabajos son meros agentes o patronos de las obras y los sueldos son pagados con fondos oficiales".

Parece claro que dentro de la anterior definición no pueden com-

prenderse los empleados que utilizan los Notarios; porque tales empleados no trabajan por cuenta de las entidades públicas, ni obran a nombre de ellas ni su remuneración es pagada por el fisco ni por organismos creados por leyes, decretos, ordenanzas, etc.

Esta definición sigue los lineamientos de la que contiene el artículo 5º de la Ley 4ª de 1913, cuando dice:

"Son empleados públicos todos los individuos que desempeñen destinos creados o reconocidos en las leyes. Lo son igualmente los que desempeñen destinos creados por ordenanzas, decretos y acuerdos válidos...".

De suerte que si los empleados de los Notarios no tienen el carácter de empleados públicos, **a contrario sensu,** deben ser empleados particulares, porque no podría caerse en la extravagante opinión de que son y no son a un tiempo empleados particulares; esto es, que por no ser empleados públicos deben considerarse como particulares; pero que como colaboran en un servicio oficial no lo son.

Ahora, sabido es que uno de los elementos característicos del contrato de trabajo es el vínculo de continuada dependencia, entre el trabajador y el patrono. La subordinación, esto es, la posición subalterna de aquél con respecto al empleador que le permite a éste dar órdenes, vigilar la labor que el empleado realiza, despedirlo, etc., en el caso que se estudia aclara mejor el concepto de empleado particular de quien ejecuta trabajos por cuenta del Notario; pues es evidente que el vínculo de dependencia está formado entre el dicho funcionario y el empleado y no entre éste y el Estado. El Notario designa libremente su personal subalterno, ajusta la remuneración conveniente con sus empleados, les señala el horario con absoluta autonomía, y en cuanto al pago de la remuneración adopta la forma que encuentre más acertada; todo ello por la sencilla razón de que esos empleados no se encuentran sometidos a reglamentos legales, a tal punto que no resultaría incompatible que un empleado público prestase al mismo tiempo su trabajo particular en labores de las propias Notarías, en horas distintas de las del servicio público, cosa que legalmente no sería posible si se considera que dicho trabajo se comprende dentro del llamado servicio oficial. De suerte que la locución de que se hizo uso en la definición que de empleado particular contiene el artículo 12 de la Ley 10 de 1934 solamente puede entenderse con relación al funcionario responsable del servicio, y en ningún caso en relación con los individuos que le prestan su ayuda, pues ya el servicio deja de tener el carácter oficial para convertirse en eminentemente particular. No podría eximirse de sus obligaciones legales el contratista de correos, según el ejemplo que señala el Consejo de

Estado en el concepto a que se hizo referencia antes, si utilizando los servicios de trabajadores particulares para dar cumplimiento a su contrato, alegase que el transporte de correos es un servicio oficial, por lo cual sus trabajadores dejarían de tener el carácter de trabajadores particulares para tener el de agentes públicos. Hasta el infinito podrían multiplicarse los ejemplos, pues nada impide en verdad que los empleados públicos utilicen los servicios de los particulares en labores materiales y aún intelectuales, sin que por ese hecho puedan llegar a considerarse quienes en tales condiciones trabajen como pertenecientes o adscritos a un servicio oficial.

Dice el artículo 2547 del Código Civil: "la recepción, extensión y autorización de los actos y contratos a que las personas naturales o jurídicas deben o quieran dar autenticidad y constancia públicos, conforme a la ley, están a cargo del Notario público".

Pues bien, las labores que ejecutan los empleados de las Notarías no son otras que las puramente materiales, como las de amanuense, ordenadores del protocolo, etc. que no conllevan responsabilidad oficial alguna y que, en último término, se realizan bajo la inmediata responsabilidad del Notario.

Si esto es así, la conclusión necesaria es la de que no obstante ser el servicio notarial un servicio oficial, el trabajo de los empleados del Notario no deja de ser particular. Tales empleados no realizan ninguna de las funciones que la ley asigna específicamente a los Notarios.

El empleo de la locución "fuera del servicio oficial" de que se hizo uso en la definición que de empleados particulares dio el artículo 12 de la Ley 10 de 1934 ha suscitado en verdad algunas dudas, en lo referente al trabajo de los empleados de Notarías y Registradores, dado su carácter **sui generis**, su modalidad especial. Pero ninguna interpretación puede ser más lógica que la que se ha dado por el H. Consejo de Estado y por el Ministerio de Trabajo, que es la que acoge este Tribunal sin reticencias, como que es no solamente la jurídica sino la justa. Porque no puede pensarse que estuviera en el ánimo del legislador al expedir el estatuto de los empleados particulares, consagrar excepciones como la que se pretende establecida en contra de los derechos de los aludidos trabajadores, con el solo argumento de que se trata de labores realizadas dentro del servicio oficial.

Pero ya se ha analizado la característica especial del trabajo que ejecutan tales empleados, para deducir que si bien es cierto que, como se ha repetido varias veces, el servicio notarial es oficial, y se presta para el público, por ministerio de la ley, el trabajo que reali-

zan los empleados de esas oficinas bajo la inmediata y directa dependencia del funcionario responsable del servicio, que es el Notario, por su cuenta, sobre la base de la más completa autonomía patronal, no puede ni debe ser considerado como trabajo oficial, porque ese trabajo no beneficia al público sino indirectamente, y en cambio es aprovechado personal y directamente por el funcionario respectivo, o sea por el Notario, a quien la ley encarga de la prestación del servicio oficial.

Por estas consideraciones el Tribunal se ve precisado a desechar el cargo, en cuanto a la violación del artículo 12 de la Ley 10 de 1934.

El error de hecho. Apreciación de la prueba de confesión.

De esta manera sustenta su acusación el recurrente:

"En conformidad con el art. 1757 del Código Civil, "incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquélla o éstas..." y según el 609 del Código Judicial "la confesión se admite tal como se hace, con sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho, pero si la confesión agrega hechos distintos y separados que no tengan íntima relación con el primero, constituyen verdaderas excepciones que tiene obligación de probar".

"En orden a demostrar el hecho básico de su acción, o sea la vigencia de un contrato de trabajo a virtud del cual sostiene el actor haber trabajado, continua e ininterrumpidamente al servicio del demandado, durante diez años y cincuenta días, adujo aquél como única prueba, la de confesión por posiciones del demandado, la cual lejos de acreditar, **lo desconoce e infirma.** El Tribunal, sin embargo, al acoger los conceptos que sobre el valor de dicha confesión emitió el Juzgado de primera instancia, dio por legalmente establecido el hecho, y en conformidad con él, destacó la controversia en sentido adverso para mi representado. Con lo cual, la sentencia que acuso violó, por error de hecho y de derecho evidentes en la apreciación de las pruebas el citado artículo 609 del Código Judicial, y como consecuencia, violó por infracción directa el 1757 del Código Civil".

Copia el actor, en seguida las respuestas dadas por el demandado a las posiciones que absolvió a petición del demandante, cuyo texto es el siguiente:

"Primero.—¿Es cierto, sí o no, que el demandante señor Pérez entró a su servicio como su empleado en calidad de escribiente en la Notaría quinta de esta ciudad, entonces a su cargo el 10 de mayo de 1935? Contestó: Sí es cierto, pero sin acordarme de la fecha exacta. ¿Es cierto, sí o no, que desde entonces, o sea desde el diez de mayo de 1935 hasta el 30 de junio de este año, estuvo continuamente y sin

interrupción el demandante señor Pérez a su servicio como empleado, primero, y hasta el 31 de diciembre de 1944, en la Notaría quinta, y desde el 1º de enero hasta el 30 de junio de este año en la Notaría primera, que actualmente desempeña el absolvente? Como esta pregunta contiene tres hechos, el Juzgado la divide así: Primer hecho: hasta donde dice "al servicio como su empleado". Segundo hecho: "Primero y hasta el 31 de diciembre de 1944 en la Notaría quinta. Tercer hecho: "y desde el primero de enero hasta el 30 de junio de este año en la Notaría primera que actualmente desempeña el absolvente". Contestó al primer hecho: "Sí es cierto, pero sin la continuidad que dice la pregunta, pues a fines de 1941 el señor Pérez que era escribiente de la Notaría quinta me pidió licencia porque dizque se iba a graduar de contador; se la concedí y al final de ella se me presentó un día a la Notaría a **manifestarme que se retiraba definitivamente y de manera voluntaria** de la oficina, para ir a conseguir una ocupación de acuerdo con los estudios que acababa de coronar y que le diera una remuneración mejor. Entonces yo le dije que lamentaba su retiro porque hasta entonces se había portado bien, pero no quería ser obstáculo en sus aspiraciones, que me parecían muy justas. Desde que él había estudiado una carrera era lógico que no se quedara de escribiente en la Notaría. Así las cosas, él se retiró y no volvió más a la oficina. Hacia el final del año de 1941 se me fue el Secretario de la Notaría y entonces pensé que quizá el señor Pérez no hubiera conseguido el puesto que él deseaba y que talvez ofreciéndole otro puesto de mejor categoría con distintas funciones y diferente salario o sueldo, lo mandé llamar y le propuse el asunto, me dijo que lo estudiaría y volvió luégo a aceptarlo. Así que estuvo de Secretario de la Notaría quinta desde los primeros días de enero de 1942 hasta el 31 de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro. Leída la aprobó. Al segundo hecho, contestó: me refiero a la respuesta que acabo de dar. Leída la aprobó. Al tercer hecho contestó: Sí es cierto. Leída la aprobó.

El Juzgado de primera instancia al comentar estas posiciones se expresa así: "En la forma como declaró el señor de Guzmán en las posiciones, vemos que él aceptó que el demandante entró a trabajar el día 10 de mayo de 1935, hasta el día 30 de junio de 1945, primero en la Notaría quinta y luego en la Notaría primera. Al contestar la primera pregunta donde se le interrogaba si era evidente que había entrado a trabajar el día 10 de mayo de 1935, lo aceptó pues dijo ser cierto, explicando que no se acordaba de la fecha exacta. Es lo cierto que esta explicación en nada modifica la confesión, pues si no hubiera sido cierto que el demandante ingresó al trabajo el 10 de mayo de 1935,

el absolvente lo hubiera negado manifestando que esa no era la fecha; pero no, aceptó el hecho sin hacer comentario al respecto".

"Tenemos, pues, agrega el Juzgado, que con la propia confesión del demandado ha quedado plenamente establecido que el actor trabajó a su servicio desde el 10 de mayo de 1935 hasta el 30 de junio de 1945, es decir, diez años, cincuenta días".

"El demandado, en la misma confesión que hizo en las posiciones alega que el trabajo del demandante fue discontinuo, pues a fines de 1941 el señor Pérez se retiró de la Notaría quinta, volviendo a trabajar a ella desde los primeros días de 1942. Esta afirmación es negada por el propio demandante quien manifestó al contestar la pregunta que le formuló el señor apoderado del demandado, que él se había retirado previa licencia concedida por el Notario doctor José María de Guzmán".

"La discontinuidad alegada por el demandado constituye un hecho que al verificarse enervaría la acción".

"En estas condiciones ha debido el demandado probarlo, pero de autos no aparece tal prueba, pues ya vimos que el demandante lo negó enfáticamente. En estas condiciones, queda establecido que el demandante trabajó en forma continua y no interrumpida durante diez años, cincuenta días, ya que, no demostró lo contrario, como queda dicho".

El recurrente sostiene que el Tribunal incurrió en error evidente al apreciar esta prueba, porque dice que con respecto a la primera pregunta, acerca de si el demandante entró a su servicio el 10 de mayo de 1935, contestó: Sí es cierto, pero sin acordarme de la fecha exacta, reconoció que Pérez entró a su servicio, pero no confesó que hubiera sido el 10 de mayo por no recordarlo; que el Juzgado al aceptar como confesado la totalidad del contenido de la pregunta, dividió la confesión, contra lo preceptuado por el artículo 609 del Código Judicial.

Que, por otra parte, su mandante al contestar la pregunta referente al tiempo que el demandante estuvo a su servicio expresó que el contrato de trabajo formalizado en mil novecientos treinta y cinco terminó por retiro voluntario de Pérez en diciembre de 1941, y que si volvió a trabajar en enero de 1942, fue en virtud de un nuevo contrato y para funciones distintas de las que había desempeñado antes. Que hubo un error de derecho al juzgar que las aclaraciones hechas por su mandante se refieren a hechos distintos del que fue objeto de la pregunta y que constituyen excepciones, que estaba obligado a probar.

En principio, según la tesis admitida por nuestra Corte Suprema de Justicia, el Tribunal es soberano en la apreciación de las pruebas. Con todo, cuando de esa apreciación fluye un error ostensible, de hecho o de derecho, que ha conducido a la violación de la norma legal, entonces es viable el recurso de casación para enmendar ese error.

A este respecto ha dicho este Tribunal, en sentencia de fecha 27 de noviembre del pasado año lo siguiente:

"Distintas situaciones se presentan según la que con estimación o falta de estimación de pruebas se dé lugar a un error de hecho o de derecho".

Error de hecho. Es lógico y natural que si el Tribunal tiene facultades legales para apreciar libremente las pruebas en estos litigios laborales, no pueda acusarse en casación esta estimación libre, sino por haberse incurrido con ella en un error de hecho que aparezca de modo evidente e incontrovertible de acuerdo con las constancias procesales".

Es cierto que la ley otorga soberanía al Tribunal para analizar las pruebas y darles el valor probatorio que su convicción les señale y que a la simple vista parecería contradictorio que dentro de un sistema semejante pudiera acusarse con efecto esa estimación soberana ante otro Tribunal, así fuese de casación, pero resulta que es posible que el sentenciador de segunda instancia haga una equivocada apreciación de las pruebas o de alguna o algunas de ellas, o deje de considerarlas, y que esa conducta lleve claramente a dar por establecido un hecho que no lo está, o, al contrario, al no considerar como existente uno que sí está suficientemente acreditado en el juicio. Y no podría subsistir una situación aberrante como la que, por vía de ejemplo se analiza, porque se incurriría en quebrantamiento del derecho, en violación de la ley, y, por tanto, en flagrante injusticia.

"De ahí que sea admisible en casación —en materia de trabajo— el cargo por error de hecho en la estimación de las pruebas o por falta de apreciación de ellas".

De acuerdo con estas ideas debe examinarse aquí si hubo o no un error de hecho en la apreciación de la prueba que sirvió al Tribunal como base para dar por establecido el hecho de que el demandante trabajó al servicio del demandado en forma continua desde el 10 de mayo de 1934 hasta el 30 de junio de 1945.

En materia de confesión se admite que ella no puede dividirse en perjuicio de quien la hace; que es o debe ser considerada, como un todo indivisible, en tesis general. Y no hay ninguna dificultad cuan-

do se está en presencia de una confesión pura y simple, esto es, cuando el hecho de que se trata se afirma en forma rotunda. Pero cuando a la confesión se le agregan aclaraciones o modificaciones que afectan las consecuencias jurídicas sin que por ello se altere el hecho que es objeto de la confesión, se tiene la confesión cualificada. Esto siempre y cuando que haya una íntima conexión ante el hecho mismo y las circunstancias o modificaciones que se agregan; porque si tal conexión no existe, si se presenta un hecho nuevo que desvirtúe el alcance de la confesión en lo que hace al hecho preguntado, ya su carácter es el de confesión compleja.

Según Bonnier la confesión es cualificada cuando contiene el reconocimiento de un hecho bajo ciertas modificaciones, y compleja cuando la declaración que modifica la confesión versa sobre un hecho distinto y posterior. "Si la circunstancia o calificación que se añade en la confesión cualificada puede separarse del hecho sobre que recae la pregunta, se llama la confesión divisible, y tiene toda la fuerza de una confesión absoluta o simple, a menos que el confesante pruebe la modificación o circunstancia; más cuando la circunstancia añadida es inseparable del hecho preguntado, la confesión se llama indivisible, y no se puede admitir en una parte y desecharse en otra por el adversario, quien, si quiere aprovecharse de ella tiene que probar ser falsa la circunstancia o modificación". (Anotaciones a la obra de Bonnier pág. 537, tomo I).

Se trata, pues, de examinar el alcance de las respuestas dadas por el demandado señor de Guzmán, para establecer si se incurrió en el error que el recurrente alega.

Por lo que hace a la primera pregunta, el Tribunal no está de acuerdo con lo que sostiene la sentencia en cuanto afirma que está probado que el demandante empezó a trabajar bajo la dependencia del doctor de Guzmán el 10 de mayo de 1935. En efecto, el fallador de primera instancia debió aceptar en su totalidad la confesión, porque no hay razón para considerarla como divisible. El demandado confesó que había utilizado los servicios del demandante, pero agregó que no recordaba la fecha exacta. Puede, sobre esta base, sostenerse que es el 10 de mayo la fecha inicial del contrato celebrado entre Pérez y el señor de Guzmán? No, por cierto. El único hecho acreditado es el de que Pérez trabajó al servicio del demandado; pero no está establecido claramente desde cuándo, porque por el hecho de no recordar el demandado la fecha exacta no puede concluírse que la afirmación del demandante es la atendible.

Con respecto a la respuesta dada a la pregunta relacionada con

el lapso que el demandante afirma haber trabajado al servicio del doctor de Guzmán sin solución de continuidad, ocurre que el demandado niega que ese servicio se haya prestado ininterrumpidamente, pues, según sus palabras, Pérez le había solicitado una licencia para salir a terminar un curso de contabilidad y obtener su grado, y que luégo le manifestó que se retiraba voluntaria y definitivamente de su oficio; que volvió a trabajar a principios de 1942 por haberlo llamado a desempeñar otro puesto con distinta categoría y diferente sueldo.

Según las voces de la sentencia recurrida con la absolución de las posiciones del demandado quedó demostrado que el demandante trabajó al servicio de su patrón durante diez años, cincuenta días, sin interrupción alguna, y que por consiguiente tiene derecho a que se le pague el auxilio de cesantía correspondiente al trabajo desempeñado durante ese lapso.

A la luz de los principios que regulan la valoración de la prueba de la confesión, es indispensable, para poder asignar el mérito legal a ésta, determinar previamente a qué clase corresponde aquélla. Porque de esta determinación resultará establecido si la prueba fue mal estimada, en términos que del error en que incurriera el fallador al hacer esa estimación, se produjera una consecuencia de hecho que llegara a afectar en forma definitiva la verdad legal.

Según Lessona, la confesión es pura y simple cuando se limita a afirmar el hecho en forma rotunda. Mas cuando ella contiene aclaraciones o modificaciones referentes al hecho primordial, que no son hechos nuevos, la confesión es cualificada. En este evento la confesión es indivisible. Debe aceptarse o rechazarse en su totalidad.

La pregunta formulada al demandado fue la siguiente: "¿Es cierto, sí o no, que desde entonces, o sea desde el 10 de mayo de 1935 hasta el 30 de junio de este año, estuvo continuamente y sin interrupción el demandante señor Pérez a su servicio como empleado?". "El demandado contestó que era cierto; pero sin la continuidad que dice la pregunta" ¿Cuál es el hecho esencial de ésta? Sin duda alguna el trabajo continuado o sin interrupción, como redundantemente lo dice la pregunta. Si la respuesta se refiere a ese hecho básico, al de haber tenido a su servicio al trabajador Pérez en forma continua desde el 10 de mayo de 1935 hasta el 30 de junio de 1945, es claro que no se adujo un hecho nuevo, sin conexión con el que fue materia de la pregunta, para que pudiera considerarse que constituye una excepción que debe ser probada por el confesante. No, por cierto. Para el Tribunal Supremo hubo sin duda una equivocada estimación

del mérito probatorio de esa confesión; incurrió en el error de considerarla como divisible, sin serlo, y, por consiguiente, ha debido aceptarla en su totalidad. No podía admitirse solamente en la parte que fuera desfavorable al absolvente y rechazarse en lo favorable, porque la vinculación del factor **continuidad** es tan estrecha, tan íntima, al referente al espacio de tiempo de servicio, que no era posible lograr su absoluta separación. Al dividirse la confesión dando como probado un hecho que no lo fue, y cuya prueba no correspondía al demandado, el fallador incurrió en un error de hecho, del cual fluye la violación legal como necesaria consecuencia. Porque ese factor **continuidad** en el servicio, que es cuestión de hecho, se da por establecido mediante una equivocada estimación de la prueba aducida por el demandante, con falsa aplicación de las reglas probatorias que la misma ley señala.

Si, pues, no anda descaminado este Tribunal cuando afirma que se está en presencia de una confesión indivisible, se está diciendo que el actor no comprobó haber prestado el servicio como trabajador de las Notarías a cargo del señor de Guzmán en forma continua, desde el año de 1935 hasta el de 1945, y por consiguiente, el cargo formulado por el recurrente, en lo que hace al error de hecho en que incurrió el Tribunal al apreciar la prueba de que se viene hablando, es procedente y da lugar a la infirmación parcial del fallo.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, objeto de este recurso, en cuanto condena al demandado a pagar cesantía al actor por el tiempo de servicio anterior al primero de enero de 1942. Se revoca la sentencia de primera instancia también en cuanto hace la misma condenación.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA DEL TRABAJO y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Diógenes Sepúlveda Mejía. — Cástor Jaramillo Arrubla. — Luis Alberto Bravo. — Guillermo Martínez R., Secretario.

I. VACACIONES DE EMPLEADOS PARTICULARES. — DERECHO A COMPENSARLAS EN DINERO. NATURALEZA, SIMILITUD Y DIFERENCIAS ENTRE ESOS DERECHOS. CUANDO PUEDEN ACUMULARSE LAS VACACIONES. PRESCRIPCION DE LAS ACCIONES DE VACACIONES Y DE COMPENSACION EN DINERO Y DESDE CUANDO DEBE CONTARSE. LEGISLACIONES Y DOCTRINAS EXTRANJERAS SOBRE EL PARTICULAR. DIVERSAS TESIS AL RESPECTO. — II. SOLIDARIDAD ENTRE LOS SOCIOS DE COMPAÑIAS DE PERSONAS FRENTE AL TRABAJADOR PARA EL PAGO DE OBLIGACIONES DE TRABAJO. LOS SOCIOS NO PUEDEN ALEGAR VICIOS O DEFECTOS DE SU COMPAÑIA, DEBIDOS A SU CULPA O NEGLIGENCIA, PARA NEGARSE A PAGAR OBLIGACIONES LABORALES.

I.—La institución conocida con el nombre de VACACIONES y también con el de **descanso anual**, consiste en conceder al trabajador un período de tiempo durante el cual pueda restaurar las fuerzas perdidas y novar la capacidad de trabajo, después de que haya prestado servicios por un lapso que la mayoría de las legislaciones, como la Organización Internacional del Trabajo, han fijado en un año.

Cuando el empleado no ha gozado de ese descanso ordenado por la ley y ya ha dejado de servir a la empresa o patrón, no puede reconocerse ese derecho a las vacaciones en forma distinta de su pago en dinero, porque no existe oportunidad para disfrutarlas, y tal pago debe efectuarse de conformidad con la remuneración ordinaria correspondiente. Pero como la misma legislación no permite la acumulación de las vacaciones de los empleados particulares por más de una vez y sólo cuando se trate de labores técnicas o de confianza para las cuales sea difícil reemplazar al empleado por corto tiempo, o aún permite la acumulación por un lapso mayor únicamente cuando el empleado resida en lugar distinto al de su familia y previo permiso de la Oficina del Trabajo (art. 20 Decreto 652 de 1935), se trata de saber si el pago de las vacaciones en dinero, cuando el

empleado particular no presta ya su fuerza de trabajo, sólo debe comprender un período igual al de la acumulación permitida o si puede pagarse por un tiempo mayor, por ejemplo, por todo el lapso en que no se disfrutó del descanso. La justicia ordinaria tenía establecido en algunos lugares que ese pago sólo podía circunscribirse al período de acumulación permitido por la ley, que estimó como prescripción por cuanto no hay disposición que señale el término de extinción de la acción correspondiente. Y en otras se tomó como norma estatutaria de esa prescripción el art. 4º de la Ley 165 de 1941, que la fijó en cuatro años para las acciones de cobro de salarios y de la indemnización especial por accidente de trabajo, y, por lo tanto, reconoció el pago en dinero de vacaciones causadas y no disfrutadas de empleados particulares, hasta por los últimos cuatro años de servicios prestados.

El derecho a descansar, a las vacaciones, es de carácter principal y el de compensarlas en dinero, es supletorio, porque sólo se otorga éste cuando aquél ya no puede ejercitarse o disfrutarse en su forma peculiar. Son de igual naturaleza porque nacen de hechos semejantes, principalmente del de haberse cumplido determinado tiempo de trabajo, aunque por su mismo carácter diverso de principal y subsidiario surgen a la vida jurídica en momentos diferentes. Aquél sólo existe cuando se cumple un año de trabajo y éste cuando no es posible obtener aquél por haberse extinguido el contrato de trabajo.

Durante la vigencia del contrato de trabajo, sólo son concebibles las vacaciones como descanso o cesación remunerada del trabajo, como suspensión de labores para que el asalariado recupere sus fuerzas perdidas, pero, por lo mismo, ese derecho implica la continuación del contrato una vez terminado el período de descanso. Sólo, pues, existe el derecho a vacaciones, es decir, a descansar, durante la vigencia del contrato de trabajo, o dentro de él. Cuando éste termina y no se gozó de aquel derecho, ya existe una imposibilidad de orden físico para que el descanso se lleve a efecto; por consiguiente se debe reemplazar con un derecho similar, que no puede ser otro que satisfacer en dinero, en forma compensatoria, el tiempo que ha debido disfrutarse en vacaciones y sin embargo, se empleó en continuar trabajando. De lo contrario, el patrono obtendría una evidente utilidad

al contrariar la ley, se lucraría indebidamente con el trabajo obtenido durante el tiempo de vacaciones y se consagraría una fuente de enriquecimiento sin causa, pues si el descanso es remunerado, y el asalariado trabajó durante ese lapso con un salario ordinario, el patrono obtuvo por igual suma un trabajo que no hubiera logrado si cumple con el deber legal de conceder durante ese tiempo las vacaciones.

No es aceptable la jurisprudencia que había venido sentando en Colombia la justicia ordinaria, antes de establecerse la Jurisdicción Especial del Trabajo, en el sentido de que la prescripción extintiva de la acción de vacaciones comprendía el mismo lapso que el autorizado por la ley para acumularlas, porque uno es el derecho de los empleados particulares, según el Decreto 652 de 1935, a acumular vacaciones por una sola vez cuando se trata de servicios técnicos o por mayor lapso cuando el trabajador reside en lugar distinto del de su familia, y otro muy diverso es el término para la extinción del derecho a disfrutar de su descanso anual, por el no ejercicio de la acción correspondiente. La acumulación se autoriza en casos de excepción, al paso que la prescripción de la acción de vacaciones rige como regla general. La acumulación es la suma de vacaciones permitida en ciertos casos por la ley, al paso que la prescripción de esa acción es el plazo señalado por las normas legales para que pueda ella ejercitarse válidamente. Aquélla se refiere al descanso y ésta al tiempo para demandarlo. Son, pues, de naturaleza muy diversa, surgen en momentos diferentes y tienen fines completamente distintos.

No existe disposición legal expresa en la Ley 10 de 1934 ni en el Decreto 652 de 1935, que señale el término de prescripción de la acción de vacaciones de los empleados particulares. En cambio, sí existe para la misma acción de los trabajadores oficiales. En efecto, el art. 5º del Decreto 484 de 1944, reglamentario de la ley sobre vacaciones de los trabajadores públicos, dice que "el derecho a las vacaciones se extingue como el salario por prescripción de cuatro años, con sujeción a las disposiciones legales sobre la materia"; y como la prescripción del salario, de acuerdo con el art. 4º de la Ley 165 de 1941, es de cuatro años, es éste el lapso señalado por la ley para la extinción de esa acción de los trabajadores oficiales.

Es regla fundamental de hermenéutica en nuestra legislación la de que cuando no existe ley que contemple exactamente el caso controvertido, se aplicará la que regule materias semejantes (Ley 153 de 1887, art. 8º). Por consiguiente, para regular la prescripción de la acción de vacaciones de los empleados particulares, se dará aplicación al art. 5º del Decreto 484 mencionado, que fija en cuatro años la de igual acción de los trabajadores oficiales, y debe entonces aceptarse que para la extinción de aquella rige el mismo plazo de cuatro años.

Siendo de cuatro años esa prescripción para el derecho a las vacaciones, debe regir igual disposición para el de compensarlas en dinero. El primero nace desde la fecha en que se cumple un año de trabajo continuo y termina por lo tanto, cuatro años después de esa fecha. Al paso que el segundo surge a la vida legal y entra al patrimonio jurídico del trabajador cuando se extingue el contrato de trabajo, sin que, naturalmente, se hubiera disfrutado del correspondiente descanso ya causado, y vence cuatro años después.

Esto cuando no hay lugar a acumular, pues cuando se tiene ese derecho y se efectúa la acumulación, sin que se disfrute del descanso, la acción para reclamar las vacaciones, como tales, prescribe en los mismos cuatro años, pero con la natural diferencia de que este plazo principia a contarse desde que se causaron las últimas vacaciones comprendidas dentro de la acumulación. Y su compensación en dinero, en caso de que termine el contrato de trabajo sin haberlas disfrutado, comprende las que se permitieron acumular, como es obvio, y la prescripción de la acción para el cobro de la suma correspondiente principia a contarse como las demás acciones de esta misma clase, o sea, desde que se extingue el pacto de trabajo.

Se ha discutido mucho por los expositores de derecho del trabajo y por las autoridades judiciales de diversos países, y aún se han adoptado tesis contrarias por las legislaciones de los pueblos más cultos acerca del momento desde el cual debe principiar a contarse la prescripción de las acciones consagradas por la legislación laboral. Una tesis sostiene que a partir de la exigibilidad del derecho y así lo establece nuestro Código Civil cuando dice en su artículo 2535 que la prescripción extintiva de las acciones y derechos "se cuen-

ta desde que la obligación se haya hecho exigible". Y otra contraria afirma que sólo debe contarse desde la terminación del contrato de trabajo porque es en ese momento cuando el trabajador adquiere plena independencia del patrón, recobra su libertad económica y puede ejercitar, por lo tanto, las acciones judiciales que tenga contra él, sin temor de represalias de ningún género; al paso que si debiera ejercitarlas durante la ejecución de su contrato, correría el riesgo de que el patrón demandado lo rompiese o diese por terminado por ese hecho.

Principalmente en España y México este problema ha suscitado controversia, pero la adopción de la última tesis en el segundo de estos países originó situaciones difíciles para las empresas que obligaron a la cuarta sala —del Trabajo— de la Corte Suprema de Justicia de esa nación a reconsiderarla para acoger la contraria.

Para el Tribunal Supremo del Trabajo no hay duda de que la teoría que propugna la prescripción extintiva de las acciones laborales se cuenta a partir de la terminación del contrato de trabajo tiene un fundamento real como es el de que durante su vigencia no gozaría el trabajador de completa libertad para demandar a su patrón por el temor a ser despedido por éste. Pero carece hoy de base en la ley y no debe, por lo tanto, acogerla. Por otra parte, la tesis de que esa prescripción debe contarse desde que el derecho se hace exigible, es la que consagra el art. 2535 del Código Civil y como no existe disposición expresa sobre la materia en la legislación colombiana del trabajo, debe ser aplicada dicha norma por analogía a los litigios de esta última clase, de acuerdo con conocida disposición de hermenéutica de nuestro derecho positivo.

II.—Tanto en las sociedades colectivas como en las de responsabilidad limitada ha esablecido la ley una solidaridad entre los socios frente a terceros, a fin de garantizarles a éstos el fiel cumplimiento de las obligaciones a su favor y a cargo de la compañía. Quiere evitar la ley la burla a los derechos de los terceros de buena fe, que muy bien pudieran ser menoscabados por actos habilidosos de los socios. Por la misma razón prohibe a éstos alegar contra terceros, los vicios o defectos de constitución de la sociead, como excusa para negarse a cumplir sus compromisos. Es esta una norma de moral jurídica y comercial, basada

en el sabio aforismo de que nadie puede alegar en su beneficio su propia torpeza.

No es aceptable que los socios arguyan contra terceros de buena fe que carecen de la representación legal de la compañía, por hechos de los cuales esos mismos socios son los únicos culpables. Sería inmoral aceptar que por haber expirado el plazo de duración de la sociedad, ésta ya no debe responder ante terceros de los compromisos adquiridos durante su existencia. Y más inmoral sería admitir que por haber terminado el período estatutario del gerente, no hay quien responda por la sociedad ante terceros ni ante la justicia.

La legislación social de nuestro país consagra iguales normas protectoras de los trabajadores, a quienes se debe amparo legal por su debilidad económica frente al patrón. Así se explica el artículo 7º del Decreto 2127 de 1945 que establece la misma solidaridad del Código de Comercio que se ha analizado. Esta solidaridad se refiere, entre otras, a las sociedades de responsabilidad limitada por ser de personas —en contraposición a las anónimas que son de capitales— y en virtud de ella puede exigirse el cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones de orden laboral a uno sólo de los socios.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO
(Magistrado ponente: doctor Jaramillo Arrubla)

Bogotá, mayo veinticuatro de mil novecientos cuarenta y siete.

Carlos Julio Ruiz demandó a la compañía denominada "Da Via Hermanos, Sociedad Limitada", de esta ciudad, para el pago de ochocientos cincuneta y seis pesos por concetpo de auxilio de cesantía; ciento ocho pesos por vacaciones remuneradas; ochocientos pesos por perjuicios; y por las costas del juicio.

Como hechos fundamentales alegó que había entrado a trabajar en esa empresa el 9 de agosto de 1937; que sus funciones eran las de dirigir y hacer las instalaciones eléctricas; recibir las instrucciones de los señores Da Via para proceder a organizar los trabajos; recibir contado el material y entregar lo sobrante, también contado; dirigir a los obreros y darles las explicaciones técnicas; recibir y traducir los planos para los trabajos eléctricos; reformar los planos cuando no estuvieran de acuerdo con lo marcado; hacer las explicaciones del caso a los señores Da Via para el cambio de planos y dar a éstos los informes sobre la ejecución de los trabajos; que trabajó

de manera continua como empleado hasta el 1º de mayo de 1945, cuando fue despedido en forma intempestiva, sin justa causa; que devengó la suma de tres pesos con setenta centavos por día; que la empresa no le pagó cesantía, ni le dio vacaciones y que, además, sufrió perjuicios por el despido intempestivo e injusto.

La sociedad demandada se opuso alegando que el actor no fue su empleado sino un simple obrero, porque sus labores eran puramente materiales, pues consistían en abrir surcos en las paredes y extender cables eléctricos, de acuerdo con planos técnicos elaborados, en la oficina de los señores Da Via. Además, negó todos los restantes hechos de la demanda y propuso las excepciones de carencia de interes jurídico para formular la acción, por no tener el demandante el respectivo derecho sustantivo; la de petición de modo indebido, porque reclama perjuicios; y la de inepta demanda sustantiva o nulidad, porque ya se había vencido el plazo de duración de la sociedad demandada y el término para el cual había sido designado Gerente el señor Guiseppe Da Via, por lo cual éste no tiene representación de la compañía.

Tramitada la primera instancia, con recibimiento y práctica de pruebas de ambas partes, el Juez del Trabajo de Bogotá profirió su fallo en la audiencia de fecha 25 de junio de 1946, por medio del cual accedió a las peticiones de la demanda, sobre pago de auxilio de cesantía y vacaciones y absolvió a la compañía demandada por los perjuicios solicitados, sin condenar en costas. La condena por cesantía, fue de setecientos cuarenta pesos con cuarenta centavos, en lugar de la pedida en la demanda.

Como ambas partes apelaron y se les concediera el recurso, subió el juicio al Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, el que profirió su fallo el 9 de agosto último, que confirma el del inferior, menos en cuanto a la condena por vacaciones, que según la sentencia de segunda instancia es por trescientos cincuenta y un pesos con setenta y cinco centavos y no por la suma indicada en la demanda. No dijo nada el Tribunal acerca de costas.

El apoderado de la sociedad demandada interpuso recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia.

La sentencia acusada

El Tribunal no encuentra aceptable la excepción de nulidad propuesta por el apoderado de la compañía opositora, porque admitirla sería establecer una jurisprudencia peligrosa, pues que se prestaría a que personas inescrupulosas fundasen una sociedad, dejasen pasar el plazo de su duración y continuasen negociando a nombre de

ella después de expirado ese término, sin constituírse así en responsable de sus actos.

En cuanto a las labores del demandante, el sentenciador acepta que ejecutaba las que el mismo actor enumera en su demanda y así lo encuentra demostrado con los testimonios de Israel Bulla y Claudio Alejandro Gutiérrez.

De los dichos de estos mismos declarantes y del de Luis Hernando Castillo deduce el Tribunal que el demandante Ruiz se vio obligado a retirarse de la empresa demandada por el exceso de trabajo a que se vió sometido a causa de la supresión de otros empleados.

Acerca de las vacaciones, sostiene el sentenciador que la prescripción señalada en el artículo 4º de la Ley 165 de 1941 es únicamente para salarios e indemnizaciones por accidentes de trabajo, por lo cual las prestaciones sociales tienen la prescripción señalada en el artículo 2536 del Código Civil, de 10 años para la acción ejecutiva y de 20 para la ordinaria. Y concluye, en consecuencia que Ruiz tiene derecho al valor correspondiente a las vacaciones por los siete años que trabajó en la empresa de los señores Da Via.

Y, por último sostiene con el señor Juez de primera instancia que la acción por perjuicios es de competencia de la justicia ordinaria y no de la jurisdicción especial del Trabajo.

El recurso

El recurrente funda su recurso en una demanda que divide en tres capítulos, a saber: en el primero alega la nulidad que viene invocando desde la contestación de la demanda; en el segundo, que es un extenso y heterogéneo escrito más propio de un alegato de instancia y sin la debida precisión y claridad que el recurso de casación exige, acusa la sentencia de instancia por violación de ley sustantiva; y en el tercero invoca la causal segunda de casación, por incongruencia entre lo pedido y lo fallado.

Primer cargo

Se invoca en él la causal sexta de casación del artículo 520 del Código Judicial, por haberse incurrido en el juicio en la nulidad de que trata el ordinal 2º del artículo 448 del mismo Código, o sea la ilegitimidad de la personería del representante de la parte demandada.

En resumen se plantea así la cuestión: "Y se incurrió en esta causal, por cuanto vencido el período del mandato conferido al señor Guiseppe Da Via, como Gerente de la sociedad demandada, fue citado

a juicio como representante, sin serlo ya de esa sociedad. No se citó al liquidador o liquidadores. Resulta condenada la persona jurídica en cabeza de Guisuppe Da Via, como representante legal. Se sentó una tesis errónea e inconstitucional en el fallo acusado, al considerar que existe solidaridad legal para comparecer en juicio, cuando lo establecido es una solidaridad para el pago de prestaciones. Se violó el principio constitucional de que "nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio".

Y señala el recurrente como violadas las siguientes disposiciones: Artículo 22 de la Constitución Nacional, 1578 del Código Civil, 482, 489, 510 y 519 del Código de Comercio, 11 de la Ley 124 de 1937, 8º de la Ley 6º de 1945 y 7º del Decreto 2127 del mismo año.

Tanto al contestar la demanda como en el alegato de primera instancia y aún en la audiencia de fallo ante el Juez del conocimiento, el recurrente planteó este motivo de nulidad. En aquella contestación expuso los hechos que sustenta la causal invocada y que son los siguientes: "Según extracto de la Cámara de Comercio traído a los autos por la parte demandante aparece que por escritura número 3624 del mes de diciembre de 1938, pasada en la Notaría 4ª de Bogotá, se constituyó una sociedad de responsabilidad limitada entre los señores Francisco Da Via, Alcides Da Via y Guiseppe Da Via. Sociedad que tendría un término de cinco años contados desde el primero de diciembre de 1938, con un capital de diez mil pesos ($ 10.000.00). El señor Guiseppe Da Via fue designado Gerente de la sociedad referida por el término de dos años a contar desde el mismo 1º de diciembre de 1938. Como se ve, el término de vida de la sociedad expiró en diciembre de 1943 y expiró también el mandato que tenía el señor Guiseppe Da Via para representar a la sociedad en referencia.

El fallador de primer grado no encontró demostrada la causal de nulidad alegada porque aún admitido el hecho de la disolución de la sociedad comercial demandada no quiere esto decir que su responsabilidad cese por el solo hecho de disolución sino que tal responsabilidad continúa vigente respecto de terceros y en tal período está representada por un liquidador, aún en juicio. O no hay nombrado liquidador y entonces la responsabilidad es solidaria entre los socios de la extinguida compañía. Además, el Juez da cumplimiento al artículo 7º del Decreto 2127 de 1945, que dispone que "las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de la responsabilidad de cada socio de acuerdo con la ley", son solidariamente responsables por el valor de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores.

El Tribunal de Bogotá acoge las razones del juzgador de primera instancia al estudiar el motivo de nulidad alegado.

Para resolver, se considera:

Las sociedades de responsabilidad limitada, que surgieron a la vida jurídica colombiana en virtud de la autorización consagrada en la Ley 124 de 1937, no sólo se rigen por las disposiciones de esta ley, sino que, en cuanto a lo no previsto en ésta y en sus estatutos, se regulan por las normas establecidas para las sociedades colectivas de comercio. (Ley 124 citada, artículo 11).

El Código de Comercio terrestre, al reglamentar esas sociedades colectivas, dispone que aun cuando se haya incurrido en nulidades absolutas por la omisión de la escritura social o de alguna solemnidad prescrita en sus mismas disposiciones, "los socios, sin embargo, responderán solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad de hecho" (art. 472). Y como consecuencia también de la protección que la ley le otorga a los terceros de buena fe, establece asimismo que los socios "tampoco podrán alegar la falta de una o más de las solemnidades mencionadas, contra los terceros interesados en la existencia de la sociedad, y éstos podrán acreditarla por cualquiera de los medios probatorios que reconoce este Código" (Art. 477). Además, como regla general establece la de que "los socios colectivos indicados en la escritura social y en las diligencias de publicación, son responsables solidariamente de todas las obligaciones legalmente contraídas bajo la razón social" y que "en ningún caso podrán los socios derogar por pacto la solidaridad en las sociedades colectivas". (art. 487).

De modo, pues, que tanto en las sociedades colectivas como en las de responsabilidad limitada ha establecido la ley una solidaridad entre los socios frente a terceros, a fin de garantizarles a éstos el fiel cumplimiento de las obligaciones a su favor y a cargo de la compañía. Quiere evitar la ley la burla a los derechos de los terceros de buena fue, que muy bien pudieran ser menoscabados por actos habilidosos de los socios. Por la misma razón prohibe a éstos alegar contra terceros, los vicios o defectos de constitución de la sociedad, como excusa para negarse a cumplir sus compromisos. Es esta una norma de moral jurídica y comercial, basada en el sabio aforismo de que nadie puede alegar en su beneficio su propia torpeza.

De la misma manera no sería aceptable que los socios arguyesen contra terceros de buena fe que carecen de la representación legal de la compañía, por hechos de los cuales esos mismos socios son los únicos culpables. Sería inmoral aceptar que por haber expirado el plazo de duración de la sociedad, ésta ya no debe responder ante ter-

ceros de los compromisos adquiridos durante su existencia. Y más inmoral aún sería admitir que por haber terminado el período estatutario del Gerente, no hay quien responda por la sociedad ante terceros ni ante la justicia. No pueden hacerse responsables de esos hechos o de las omisiones respectivas la falta de nombramiento oportuno de nuevo Gerente o de liquidador a quienes no tienen ingerencia en esos actos u omisiones, ni conocimiento de ellos siquiera como son los terceros que contratan con la sociedad.

Por la misma razón la ley ha establecido la solidaridad entre los socios de sociedades colectivas o de responsabilidad limitada que viene a dar más confianza a la compañía en relación con los extraños y, al propio tiempo, a garantizar a éstos el cumplimiento de las obligaciones de la sociedad. Esa solidaridad facilita lógicamente el cobro en cualquier momento de una acreencia contra cualquiera de los socios, y evita, por consiguiente, que por cualquier recurso o habilidad de los miembros de la compañía se burle del acreedor de buena fe.

No es de extrañar, por lo tanto, que en la legislación social de nuestro país se consagrasen iguales normas protectoras de los trabajadores, a quienes se debe también amparo legal por su debilidad económica frente al patrón. Así se explica el artículo 7º del Decreto 2127 de 1945 que establece la misma solidaridad del Código de Comercio que se ha analizado. En efecto, dice esta disposición: "Son también solidariamente responsables en los términos del artículo anterior, es decir, por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí, en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de la responsabilidad de cada socio, de acuerdo con la ley...".

Esta solidaridad se refiere, entre otras cosas, a las sociedaes de responsabilidad limitada por ser de personas —en contraposición a las anónimas que son de capitales—, y en virtud de ella puede exigirse el cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones de orden laboral a uno solo de los socios. Por lo tanto que no existe la causal de nulidad por ilegitimidad de la personería alegada por el recurrente, puesto que en este juicio ha llevado legalmente la representación de la compañía demandada uno de sus miembros.

No está, pues, probado este cargo.

Segundo cargo

En la primera parte del capítulo segundo de la demanda de casación plantea el recurrente esta acusación:

"El Gobierno tiene la potestad reglamentaria de las leyes, pero

en ejercicio de ella no puede exceder los términos del estatuto que reglamenta. La Ley 6ª de 1945, en su artículo 8º estableció una **solidaridad** entre el patrono sustituto y el sustituído, por un año, y respecto del pago de prestaciones sociales. Este precepto legal, al ser reglamentado por el Gobierno, en el Decreto 2127 de 1945, artículos 5º, 6º y 7º excedió los límites de la ley, pues, para el caso de sociedades, parece haber establecido una **solidaridad** entre los socios, que no estaba contemplada en la ley reglamentada. Por exceder esta facultad, tales disposciciones, son, muy probablemente, ilegales". Además, considera que el artículo 7º de ese Decreto se violó directamente porque la solidaridad que establece se refiere al pago de prestaciones, más no a la facultad para comparecer en juicio. Estima infringidos, por este concepto, los artículos 22 de la Constitución, 1558 del Código Civil, 482, 510 y 519 del Código de Comercio, 8º de la Ley 6ª de 1945; 11 de la Ley 124 de 1937, 27 del Decreto 652 de 1935 y 7º del Decreto 2127 de 1945.

Se considera:

El recurrente pide que se deje de aplicar el artículo 7º del Decreto 2127 transcrito atrás, porque en su concepto se excedió el Ejecutivo en la facultad reglamentaria al dictarlo. Pero no se encuentra la razón, por la cual sostiene que ese precepto es reglamentario del artículo 8º de la Ley 6ª de 1945, pues éste establece una solidaridad entre el patrón sustituto y el sustituído, en su último inciso, al paso que aquél la estatuye entre la sociedad de personas y sus miembros, y entre éstos entre sí, que son asuntos muy distintos. No se ve, pues, como aquél pueda ser reglamentario de éste, sino que, por el contrario, el artículo 7º del Decreto no hizo sino reproducir las mismas disposiciones que respecto de solidaridad entre socios establece el Código de Comercio, según se dejó estudiado al analizar el anterior cargo.

De modo, pues, que aún estando demostrada esta acusación, habría que reconocer la solidaridad entre socios por virtud de lo dispuesto en el Código Mercantil.

Además, la solidaridad establecida por el artículo 7º en referencia, para el pago de prestaciones, comprende también la facultad de demandar, de hacer exigible judicialmente ese pago a cualquiera de los socios. De otro modo, sería inoperante esa disposición y no haría sino consagrar una burla a los derechos legítimos de los trabajadores. Quien tiene un derecho tiene la acción correspondiente para hacerlo eficaz ante la justicia.

Tampoco está acreditado este cargo.

Tercer cargo

En la segunda parte del que llama el recurrente segundo capítulo de su demanda de casación, formula una serie de cargos por violación de diversas disposiciones legales, aunque sin el orden, la precisión y la claridad que la técnica de este recurso exige.

En el encabezamiento de dicho capítulo afirma que la sentencia del Tribunal es violatoria de la ley sustatntiva, por infracción directa, por aplicación indebida y también por errónea interpretación. Y agrega que, además, se dejaron de apreciar pruebas. Más adelante, en la segunda parte dice: "Dentro de este mismo capítulo de acusación contra el fallo del Tribunal, encontramos estas otras razones de orden jurídico, que llevaron a violaciones de la ley sustantiva, por errores de derecho; por errores de hecho; y se dejaron de apreciar ciertas pruebas". Y después de una serie de párrafos en donde critica la sentencia acusada, señala como infringidas numerosas disposiciones legales.

Interpretando con amplitud esa poca ordenada exposición de argumentos, el Tribunal Supremo tratará de hallar la tesis cardinal del recurrente en este capítulo de su acusación. No hay duda de que principalmente sostiene que el Tribunal de Bogotá debió analizar si Ruiz se retiró voluntariamente o si fue despedido sin justa causa. Para el recurrente, el retiro fue voluntario, según pruebas del juicio. Y concluye así: "Luego, o se acoge a la Ley 10 de 1934 y perdió todo el auxilio de cesantía, o se acoge a la Ley 6ª de 1945, y perdió el lapso inferior a tres años y se debe este auxilio computar con relación al capital de la empresa". También acusa en este capítulo la sentencia de segunda instancia por no haber apreciado determinadas pruebas, con lo que incurrió el fallador en error manifiesto de hecho. Las pruebas no apreciadas son una carta dirigida por la empresa demandada a la Oficina del Trabajo de Cundinamarca avisándole el retiro voluntario del demandante; la de confesión que contienen unas respuestas del actor en posiciones y la declaración del testigo Hernando Castillo. Además, también formula acusación por mala apreciación de las exposiciones de los testigos Bulla y Gutiérrez. Y termina así lo relacionado con las probanzas: "Réstame en este campo de las pruebas, ver el desprecio con que se tomó la confesión de Ruiz, de ser el declarante Gutiérrez su íntimo amigo y ser, a su turno, demandante de la misma sociedad de los Da Via, como si estos motivos no dejaran mucha duda de su fácil y contradicho testimonio".

Y finaliza el planteamiento de su cargo enumerando las disposiciones infringidas así: "Se violaron los artículos 14, inciso c) de la

Ley 10 de 1934, artículo 24 del Decreto 652 de 1935; artículo 12 de la Ley 6ª de 1945; artículo 13, numeral 3º de la misma ley, que se dejó de aplicar; se dejó igualmente de aplicar el artículo 75 de la misma ley. Se violó el artículo 22 de la Constitución al dar carácter retroactivo al artículo 12 de la Ley 6ª Además, se incurrió en el fallo en evidentes y manifiestos errores de hecho y de derecho, por dejar de apreciar pruebas. En error de derecho, al desechar el valor de plena prueba que tiene la confesión judicial violando así los artículos 603, 604, 605, y en especial el 606 del C. Judicial. Por dar valor de prueba a testigos de oídas, se violó el artículo 698 del C. Judicial y el 670 de la misma obra, por no haber tenido en cuenta la íntima amistad existente entre el demandante y los testigos de su parte, confesada por aquél en las posiciones. Igualmente se dejó de apreciar un documento privado, violando así el artículo 597 del C. Judicial dejándolo de aplicar. Por no apreciar la evidente contradicción entre el dicho de los testigos Gutiérrez y Bulla, con la confesión del propio demandante en posiciones, y admitirlo como prueba suficiente, se incurrió en manifiesto error de hecho".

El cargo así propuesto tiende a demostrar que hubo error de hecho al no estimar determinadas pruebas que acreditan el retiro voluntario del demandante.

La primera de esas pruebas es la carta que el 24 de mayo de 1945 dirigió la sociedad demandada al Jefe de la Oficina Seccional del Trabajo de Cundinamarca en la cual informa que el trabajador Carlos Ruiz se retiró voluntariamente de la empresa. Pero a simple vista se observa que esta carta no es una prueba de ese retiro, sino una manifestación unilateral de una de las partes, que el demandante está desvirtuando con la presentación misma de la demanda y a través del expediente al afirmar que fue despedido. Las afirmaciones de las partes, sin respaldo en pruebas de ninguna naturaleza, nada valen, a no ser que adquieran el carácter de confesión, por el hecho de manifestar que es cierto el hecho que le perjudica, afirmado por el otro. En el presente caso esa carta no tiene el carácter de confesión, por no reunir esos requisitos, que la ley exige, por lo cual no puede aceptarse como prueba del retiro voluntario del demandante, ni de ninguno de los hechos afirmados en ella y que el actor contradice en el litigio.

La segunda de las pruebas que según el recurrente no fue estimada por el fallador es la de confesión del actor Ruiz, al contestar la pregunta novena de las posiciones que absolvió en el juicio. Esa pregunta dice: "Diga el absolvente cómo es cierto que el día en que manifestó a los señores Da Via que se retiraba y pedía que se le liquidara su cesantía solamente estaban en la Oficina, el absolvente,

los señores Da Via y el señor Luis Hernando Castillo". Y contestó: "Es cierto, pero advierto que yo no dije que me retiraba". El recurrente sostiene que "no obstante esta confesión del demandante, el Tribunal prefirió como pruebas del acto del despido a dos testigos que declaran, por cuanto les contó el mismo Ruiz que había sido despedido".

El Tribunal Supremo no encuentra fundada esta acusación, porque la sentencia del Tribunal de Bogotá no se basa en el dicho de los testigos Bulla y Gutiérrez, en cuanto éstos afirman que Ruiz les refirió que había sido despedido, sino en cuanto dan razón de la modificación del contrato de trabajo al hacerle al actor más gravosa su labor. Esta base de la sentencia no ha sido acusada con fundamento, de modo que subsiste.

Otra prueba que según la demanda de casación no fue apreciada es la declaración del señor Luis Hernando Castillo, quien para el recurrente de acuerdo con la confesión de Ruiz y lo aceptado por los señores Da Via, fue la única persona que presenció y oyó la conversación entre el actor y el señor Guiseppe Da Via acerca de las condiciones de trabajo del primero y la liquidación de su cesantía. Pero como ya acaba de decirse, el Tribunal de Bogotá no fundó su sentencia en prueba directa ninguna de despido, sino en la que resulta de los testigos Israel Bulla, Claudio Alejandro Gutiérrez y el mismo Castillo en relación con el exceso de trabajo a que fue sometido el actor. Dice, en efecto, la sentencia: "De los elementos probatorios citados anteriormente (las declaraciones mencionadas), se deduce, que el retiro de Ruiz de la empresa demandada, no se debió a un hecho voluntario de él, lo ocurrido fue que Ruiz, por el exceso de trabajo a que se vio sometido, a causa de la supresión de los otros empleados, se vio obligado a pedir la liquidación de su cesantía, creyendo erradamente que no tendría derecho a prestaciones sociales por razón del reducido número de trabajadores que quedaban en la empresa". Y agrega el fallo: "Pero como bien lo dice el señor Juez **a-quo**, aún en el caso de aceptar el hecho de que el trabajador Ruiz se hubiera retirado de la empresa, tal hecho no puede vincularse a las condiciones anunciadas en que prestaba últimamente sus servicios, pues sería el caso de considerar que al trabajador se le quisieron imponer condiciones nuevas en el contrato de trabajo, las cuales no podían ser obligatorias para el trabajador; para él era facultativo aceptarlas o no, de modo pues, que por ningún motivo puede estimarse como un retiro voluntario que lo prive del derecho al pago de las prestaciones sociales".

Además, lo substancial de la declaración de Castillo corrobora la

tesis del Tribunal que acaba de transcribirse, pues el testigo dice al respecto lo siguiente: "Me consta directa y personalmente por haber estado presente que estando en la oficina del doctor José Da Via, Carlos Ruiz y yo, Carlos le dijo al doctor José Da Via que le hiciera el favor de liquidarle su cesantía porque como ya no quedaban en el trabajo sino Ruiz y otro obrero que hacía poquito había entrado a trabajar, naturalmente las nuevas leyes no protegían a los obreros cuando eran pocos. El doctor le dijo que no le liquidaría la cesantía; Ruiz dijo que entonces él no podría seguir trabajando porque era terminar su vida ahí sin ningún beneficio; y no más porque como era hora de salida yo me salí quedándose Ruiz con el doctor Da Via".

No sólo no resulta acreditado que el fallador hubiera prescindido de la declaración de Castillo, como lo afirma el recurrente, sino que, por el contrario, el Tribunal de segunda instancia estimó ese testimonio, lo mismo que los de los declarantes Bulla y Gutiérrez, y en sus dichos basó la sentencia recurrida.

También acusa el fallo la demanda de casación por error de hecho en cuanto dió crédito a los testigos Bulla y Gutiérrez, cuando éstos, en las repreguntas, admitieron no haber presenciado ninguno de los hechos declarados por ellos. Pero de las exposiciones de estos testigos aparece que, en el aparte de su declaración que sirve de fundamento al fallo acusado, manifiestan que les constan los hechos respectivos, de modo directo y personal. En efecto, el testigo Gutiérrez manifiesta: "Es cierto y me consta directa y personalmente que Carlos Julio Ruiz observó siempre muy buena conducta en su empleo y fue un magnífico empleado; y, últimamente, con los despidos que hizo la empresa, a Ruiz le tocó trabajar doblemente, pues como no reemplazaron a los empleados despedidos y todo el trabajo le tocó a Ruiz". Y el testigo Bulla afirma lo siguiente: "Es verdad y me consta que por haberlo visto y presenciado que Carlos Julio Ruiz, observó siempre muy buena conducta y fue un magnífico empleado; y es verdad que últimamente por los despidos que hizo la empresa a Ruiz le tocó trabajar doblemente, pues no reemplazaron a los empleados y todo el trabajo se le adscribió a Ruiz; me consta porque yo tenía trabajos eléctricos cerca a la empresa o mejor a las obras que tenían los señores Da Via".

Por consiguiente, el aspecto fundamental de la sentencia acusada, de haber sido obligado a trabajar el demandante con exceso, en condiciones distintas a las de su contrato, por el retiro de la empresa de otros empleados, fue aceptado con base en estos testimonios que dan la razón de su dicho al respecto, por conocimiento personal y directo. No aparece, pues, demostrada la afirmación del recurrente al sustentar este cargo.

Se acusa también el fallo recurrido por no haber tenido en cuenta que el declarante Gutiérrez es amigo íntimo del actor, según la confesión de este último. Y al enumerar las disposiciones violadas se afirma por el recurrente que se infringió el artículo 670 del Código Judicial", por no haber tenido en cuenta la íntima amistad existente entre el demandante y los testigos de su parte, confesado por aquél en las posiciones". Es decir, en este aparte final la tacha se refiere a todos los testigos, aunque en el texto del cargo se encreta sólo a Gutiérrez.

No se encuentra acreditada la acusación, porque el recurrente la basa en la propia confesión del demandante en posiciones y resulta que en esa diligencia no existe manifestación ninguna en aquel sentido.El Tribunal Supremo ha leído y vuelto a leer detenidamente esa diligencia de absolución de posiciones del demandante, que aparece a folios 37 y 38 del cuaderno principal, llevada a cabo el 23 de febrero de 1946 ante el Juez Segundo Municipal del Trabajo, que lo era del conocimiento en esa fecha, y sólo a las preguntas 1ª y 3ª se le formula al absolvente un cuestionario acerca del conocimiento de los señores Claudio A. Gutiérrez y Aurelio Páez. En efecto, la primera dice: "Diga el absolvente, bajo la gravedad del juramento prestado, si conoce al señor Claudio A. Gutiérrez" y contestó: "Sí lo conozco". Y en la tercera se le pregunta si conoce al señor Aurelio Páez y contesta afirmativamente. Pero en ninguna de las preguntas se le interroga acerca de la amistad íntima de él con ninguna persona, y, por consiguiente, en las respuestas tampoco aparece la confesión del actor al respecto. Y es de observar, además, que el señor Páez aludido no figura como testigo siquiera en el juicio.

Como no se encuentran demostrados los cargos, no puede prosperar este capítulo de la acusación.

Cuarto cargo

Este motivo se refiere a la acción incoada para el pago de sumas de dinero por concepto de vacaciones.

El cargo carece de la precisión que exige la técnica del recurso de casación, pues al principio de su planteamiento manifiesta que "en cuanto a la condenación al pago de vacaciones, en la forma hecha por el fallo del Tribunal, se volvió a incurrir en violación directa de la ley sustantiva, ya por falta de aplicación, ya por interpretación errónea", pero al final expresa que "por esta interpretación errónea se violaron las siguientes disposiciones: Ley 10 de 1934, artículo 14 y Decreto 652 de 1935, artículos 19 y 20". Es decir, al concretar la

acusación no se habla de la violación de ley sustantiva, en forma directa, por falta de aplicación, y al final sólo se limita a la interpretación errónea indicada.

El recurrente acusa la apreciación del Tribunal, según la cual el actor tiene derecho a compensación en dinero por concepto de vacaciones, por todo el tiempo que sirvió a la empresa demandada, o sea siete años, según el art. 14 de la Ley 10 de 1934, toda vez que el mismo sentenciador estima que las prestaciones sociales tienen la prescripción señalada en el art. 2536 del Código Civil, de diez años para la acción ejecutiva y de veinte para la ordianaria, y porque, en concepto del mismo sentenciador, la prescripción fijada por el art. 4º de la Ley 165 de 1941 es únicamente para los salarios y las indemnizaciones por accidentes de trabajo.

El cargo a este respecto dice así: "Es muy conocido el motivo que ha tenido el legislador, en estos campos sociales, al otorgar el derecho de vacaciones. Quiere que un trabajador disfrute de un descanso remunerado de quince días por año. Pero si el trabajador no toma ese descanso por varios años seguidos, no por eso subsiste la necesidad física de descansar seguidamente cuatro o cinco meses, como se ha pretendido en el fallo. Solo en determinadas funciones, la ley permite la acumulación de las vacaciones, por determinado número de años. Si de hecho se acumularen por más años, los que se salgan de la acumulación permitida por la ley, quedan absolutamente perdidos. Al patrón, por disposición legal le está prohibido compensar en dinero el derecho, el derecho de vacaciones. Luego, éstas no pueden traducirse en metálico, no por querer de las partes, ni por orden de la ley". Y finaliza de la siguiente manera: "Pero lo más curioso en el fallo del Tribunal, es que, lisa y llanamente se ha confundido **la prescripción de las vacaciones,** con **la prescripción de la acción ejecutiva para su sobro,** como si el derecho ya estuviera deducido en el juicio anterior. Y por esta confusión, condena a un lapso equivalente a la prescripción de la acción ejecutiva".

Como se dijo ya, esta acusación culmina señalando como violados, por errónea interpretación, los artículos 14 de la Ley 10 de 1934 y 19 y 20 del Decreto 652 de 1935. Para que hubiese sido más completa, es lógico que el recurrente ha debido acusar también la sentencia por violación del artículo 2536 del Código Civil, que le sirvió, además, de fundamento al sentenciador; pero no lo hizo así y este Tribunal no puede suplir las deficiencias de técnicas de la demanda de casación.

Con estas observaciones, pasa a estudiarse el cargo formulado como se deja expuesto.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 18, 19 y 20 del Decreto 652 citado, y según lo ha dicho ya esta Corporación, las vacaciones de los empleados particulares "se causan cada año y deben hacerse efectivas antes de transcurrir el año siguiente, ya que de otra manera se acumularían, lo cual, salvo expresas excepciones, está prohibido como lo está igualmente su compensación en dinero durante la ejecución del respectivo contrato".

"Es bien sabido —continúa el Tribunal— que la institución conocida con el nombre de **vacaciones** y también con el **descanso anual,** consiste en conceder al trabajador un período de tiempo durante el cual pueda restaurar las fuerzas perdidas y novar la capacidad de trabajo, después de que haya prestado servicios por un lapso que la mayoría de las legislaciones, así como la Organización Internacional del Trabajo, han fijado en un año". (Sentencia de 20 de febrero de 1947. Juicio de Emilia Pardo Umaña contra "El Espectador").

Cuando el empleado no había disfrutado de sus vacaciones y ya había dejado de prestar su servicio, la justicia ordinaria le reconocía una compensación en dinero hasta por el número de años que la ley permitía acumular para los efectos de ese descanso anual. Es verdad que no existe disposición legal expresa que ordene ese pago, en tratándose de empleados particulares, en la Ley 10 de 1934 ni en su Decreto reglamentario Nº 652 varias veces mencionado. Existe sí para los trabajadores de servicio oficial, pues el inciso 2º del artículo 4º del Decreto 484 de 1944, que modificó el Nº 1054 de 1938, reglamentario del artículo 2º de la Ley 72 de 1931, sobre vacaciones remuneradas de los trabajadores públicos, dispone que "cuando el trabajador quede definitivamente fuera del servicio antes de disfrutar de las vacaciones causadas tiene derecho al pago de la remuneración correspondiente a ellas".

Es natural que si no se ha gozado de ese descanso ordenado por la ley y ya el empleado ha dejado de servir a la empresa o patrón, no puede reconocerse ese derecho a las vacaciones en forma distinta de su pago en dinero, porque no existe oportunidad para disfrutarlas, y tal pago debe efectuarse de conformidad con la remuneración ordinaria correspondiente. Pero como la misma legislación no permite la acumulación de las vacaciones de los empleados particulares por más de una vez y sólo cuando se trate de labores técnicas o de confianza para las cuales sea difícil reemplazar el empleado por corto tiempo, o aún permite la acumulación por un lapso mayor únicamente cuando el empleado resida en lugar distinto al de su familia y previo permiso de la Oficina del Trabajo (art. 20 Decreto 652), se trata de saber si el pago de las vacaciones en dinero, cuando el empleado

particular no presta ya su fuerza de trabajo, sólo debe comprender un período igual al de la acumulación permitida o si puede pagarse por un tiempo mayor, por ejemplo, por todo el lapso en que no se disfrutó del descanso.

La justicia ordinaria tenía establecido en algunos lugares que ese pago sólo podía circunscribirse al período de acumulación permitido por la ley, que estimó como prescripción por cuanto no hay disposición que señale el término de extinción de la acción correspondiente. Y en otras se tomó como norma estatutaria de esa prescripción el artículo 4º de la Ley 165 de 1941, que la fijó en cuatro años para las acciones de cobro de salarios y de la indemnización especial por accidente de trabajo, y, por lo tanto, reconoció el pago en dinero de vacaciones causadas y no disfrutadas de empleados particulares, hasta por los últimos cuatro años de servicios prestados.

El Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá en su sentencia recurrida afirma que ese artículo 4º de la Ley 165 citada no es aplicable a las acciones por pago de vacaciones, puesto que apenas fijó la prescripción de las que versasen sobre cobros de salarios y de la indemnización especial por accidentes de trabajo. Por lo cual concluye ordenando pagar al actor, por concepto de descanso anual, las sumas correspondientes a todo el período de duración de su contrato de trabajo, o sea siete años, por no habérsele concedido en ningún momento durante la prestación de sus servicios.

Para el Tribunal Supremo es verdad que no existe disposición legal expresa en la Ley 10 de 1934 ni en el Decreto 652 de 1935, que señale el término de prescripción de la acción de vacciones de los empleados particulares. En cambio, sí existe para la misma acción de los trabajadores oficiales. En efecto, el artículo 5º del Decreto 484 de 1944, ya citado, reglamentario de la ley sobre vacaciones de los trabajadores públicos, dice que "el derecho a las vacaciones se extingue como el salario por prescripción de cuatro años, con sujeción a las disposiciones legales sobre la materia"; y como la prescripción del salario, de acuerdo con el artículo 4º de la Ley 165 de 1941, es de cuarto años, es éste el lapso señalado por la ley para la extinción de esa acción de los trabajadores oficiales.

Es regla fundamental de hermenéutica en nuestra legisloción la de que cuando no existe ley que contemple exactamente el caso controvertido, se aplicará la que regule materias semejantes (Ley 153 de 1887, art. 8º). Por consiguiente, para regular la prescripción de la acción de vacaciones de los empleados particulares, se dará aplicación a lartículo 5º del Decreto 484 mencionado, que fija en cuatro años la de igual acción de los trabajadores oficiales, y debe entonces

aceptarse que para la extinción de aquélla rige el mismo plazo de cuatro años.

Pero el Tribunal de Bogotá no procedió de acuerdo con esta interpretación que no solamente es elemental sino lógica y jurídica sino que dio aplicación al artículo 2536 del Código Civil que fija en diez años la prescripción de la acción ejecutiva y en veinte la de la ordinaria y, por lo tanto, reconoció al demandante las sumas de dinero correspondientes a los siete años de servicios que prestó a la compañía demandada. No dijo expresamente ese Tribunal cómo consideraba la acción de vacaciones de los empleados particulares, si como ejecutiva o como ordinaria, para efectos de esa prescripción, pero aplicó en todo caso aquella norma general del Código Civil, aunque no se sabe en qué forma, ni por cuál de los dos conceptos de prescripción que contempla.

El mismo Tribunal de Bogotá reconoció el valor de las vacaciones del actor por los siete años con base en las siguientes consideraciones: "Tenemos (sic) pues, que el actor en su calidad de empleado particular, tiene derecho a las vacaciones consagradas en la Ley 10 de 1934 en su artículo 14, es decir, quince días por cada año servido; pero como el caso de Ruiz está fuera del servicio, es lógico que dicho tiempo le deberá ser compensado en dinero, en la misma forma, es decir, el valor de quince días de salario por cada quincena de vacancia. "Y más adelante agrega: "Por manera pues que Ruiz tiene derecho al valor correspondiente a las vacaciones del tiempo servido a la empresa demandada, y que fue el de siete años...".

Se basa, por consiguiente, el sentenciador en el artículo 14 de la Ley 10 de 1934, que dice así en su aparte a): "Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios: Quince (15) días de vacaciones remunerados por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas...".

Entendió el fallador que por concederse ese derecho por cada año de servicio prestado, debía condenar a la empresa demandada a pagar su valor en dinero por los siete años trabajados por el demandante. Pero olvidó la diferencia que existe entre el descanso mismo que la disposición transcrita estatuye y su reconocimiento en dinero, cuando no se ha disfrutado de él y ya dejó de prestarse el servicio. Porque el derecho a vacaciones, al descanso, a la cesación remunerada de trabajo, es uno, y otro muy distinto el de su compensación en dinero cuando aquél no se ha disfrutado. Cada año se adquiere el derecho a descansar, en la forma prescrita por el artículo 14 en referencia; pero si no se disfruta de las vacaciones por varios años no quiere esto decir que al cabo de ellos se tenga derecho a descansar a ra-

zón de quince días por cada uno de esos años. Y como esto último fue lo que entendió el Tribunal de Bogotá, y así se deduce no sólo del texto de los párrafos de su sentencia que se dejan transcritos, sino de su parte resolutiva, que reconoció en dinero ese derecho a vacaciones sin la limitación legal establecida por la prescripción correspondiente, resulta que interpretó erróneamente esa disposición del artículo 14 de la Ley 10 de 1934, en cuanto le dio un alcance que no tiene ni puede tener, y aparece, en consecuencia demostrado el cargo que planteó la acusación por tal motivo.

Lo anterior resulta más evidente si se considera cuál es la naturaleza de cada uno de esos derechos, el de descansar y el de su compensación en dinero, y cuándo principia la prescripción de uno y otro.

Ya se dejó visto que el derecho a vacaciones es el que se otorga a quien trabaja un año continuo, con el fin de que se obtenga un adecuado descanso. Nace, pues, en el momento de cumplirse ese año de labores. Y el derecho a compensar las vacaciones en dinero es el que adquiere el asalariado cuando termina el contrato de trabajo sin que haya disfrutado de ese descanso. Nace, por lo tanto, cuando no se ha gozado de vacaciones, en el momento de extinguirse el contrato de trabajo.

El derecho a descansar, a las vacaciones es de carácter principal y el de compensarlas en dinero, es supletorio, porque sólo se otorga éste cuando aquél ya no puede ejercitarse o disfrutarse en su forma peculiar. Son de igual naturaleza porque nacen de hechos semejantes, principalmente del de haberse cumplido determinado tiempo de trabajo, aunque por su mismo carácter diverso de principal y subsidiario surgen a la vida jurídica en momentos diferentes. Aquél sólo existe cuando se cumple un año de trabajo y éste cuando no es posible obtener aquél por haberse extinguido el contrato de trabajo.

Durante la vigencia de ese contrato sólo son concebibles las vacaciones como descanso o cesación remunerada del trabajo, como suspensión de labores para que el asalariado recupere sus fuerzas perdidas, pero, por lo mismo, ese derecho implica la continuación del contrato una vez terminado el período del descanso. Sólo, pues, existe el derecho a vacaciones, es decir, a descansar, durante la vigencia del contrato de trabajo, o dentro de él. Cuando éste termina y no se gozó de aquel derecho, ya existe una imposibilidad de orden físico para que el descanso se lleve a efecto; por consiguiente, se debe reemplazar con un derecho similar, que no pueda ser otro que satisfacer en dinero, en forma compensatoria, el tiempo que ha debido disfrutarse en vacaciones y sin embargo, se empleó en continuar trabajan-

do. De lo contrario, el patrono obtendría una evidente utilidad al contrariar la ley, se lucraría indebidamente con el trabajo obtenido durante el tiempo de vacaciones y se consagraría una fuente de enriquecimiento sin causa, pues si el descanso es remunerado, y el asalariado trabajó durante ese lapso con un salario ordinario, el patrono obtuvo por igual suma un trabajo que no hubiera logrado si cumple con el deber legal de conceder durante ese tiempo las vacaciones.

Por ser de naturaleza idéntica ambos derechos, se extinguen o prescriben en igual término; pero, por nacer en momentos diferentes, la prescripción de ellos se cuenta, como es obvio, desde momentos también diversos y termina, por consiguiente, en tiempos muy distintos.

Siendo de cuatro años esa prescripción —según se vió atrás— para el derecho a las vacaciones, debe regir igual disposición para el de compensarlas en dinero. El primero nace desde la fecha en que se cumple un año de trabajo continuo y termina por lo tanto, cuatro años después de esa fecha. Al paso que el segundo surge a la vida legal y entra al patrimonio jurídico del trabajador cuando se extingue el contrato de trabajo, sin que, naturalmente, se hubiera disfrutado del correspondiente descanso ya causado, y vence cuatro años después.

De acuerdo con lo expuesto, se llega a la conclusión de que sólo se puede reclamar y pagar en dinero las vacaciones, no prescritas, es decir, aquellas causadas, no disfrutadas y que todavía eran exigibles al momento de terminarse el contrato, porque su pago en dinero, una vez extinguido el pacto de trabajo, tiene un carácter compensatorio y debe ser, por consiguiente igual a lo que trata de compensarse. De modo que si al finalizar el contrato se tiene que el trabajador no ha disfrutado de vacaciones durante seis años, por ejemplo, el patrón le debe el valor en dinero correspondiente a las no prescritas, o sea a las de los últimos cuatro años, porque las anteriores prescribieron.

Esto es cuando no hay lugar a acumular, pues cuando se tiene ese derecho y se efectúa la acumulación, sin que se disfrute del descanso, la acción para reclamar las vacaciones, como tales, prescribe en los mismos cuatro años, pero con la natural diferencia de que este plazo principia a contarse desde que se causaron las últimas vacaciones comprendidas dentro de la acumulación. Y su compensación en dinero, en caso de que termine el contrato de trabajo sin haberlas disfrutado, comprende las que se permitieron acumular, como es obvio, y la prescripción de la acción para el cobro de la suma correspondiente principia a contarse como las demás acciones de esta misma clase, o sea, desde que se extingue el pacto de trabajo.

Se ha discutido mucho por los expositores de derecho del trabajo y por las autoridades judiciales de diversos países, y aún se han adoptado tesis contrarias por las legislaciones de los pueblos más cultos acerca del momento desde el cual debe principiar a contarse la prescripción de las acciones consagradas por la legislación laboral. Una tesis sostiene que a partir de la exigibilidad del derecho y así lo establece nuestro Código Civil cuando dice en su artículo 2535 que la prescripción extintiva de las acciones y derechos "se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible". Y otra contraria afirma que sólo debe contarse desde la terminación del contrato de trabajo porque es en ese momento cuando el trabajador adquiere plena independencia del patrón, recobra su libertad económica y puede ejercitar, por lo tanto, las acciones judiciales que tenga contra él, sin temor a represalias de ningún género; al paso que si debiera ejercitarlas durante la ejecución de su contrato, correría el riesgo de que el patrón demandado lo rompiese o diese por terminado por ese hecho.

Principalmente en España y México este problema ha suscitado controversia, pero la adopción de la última tesis en el segundo de estos países originó situaciones difíciles para las empresas que obligaron a la cuarta sala —del Trabajo— de la Corte Suprema de Justicia de esa nación a reconsiderarla para acoger la contraria.

Dijo, en efecto, dicha Corporación:

"Se refiere el segundo de los agravios a la forma de computar la prescripción, pues mientras la autoridad responsable sostiene que conforme a los artículos 328 y 7º transitorio de la Ley Federal del Trabajo, la prescripción corre a partir de la fecha en que las obligaciones se hicieron exigibles, sostienen los recurrentes que el plazo sólo puede empezar a contarse desde la terminación del servicio, o sea, desde que el contrato ha dejado de tener vigencia. Esta Sala ha sostenido en varias ejecutorias la segunda de las tesis mencionadas, por estimar que debía aplicarse el artículo 1161 del Código Civil, en primer lugar, porque la legislación del trabajo no puede ser menos liberal que el derecho civil, y, en segundo, porque se estimó que no era posible que los trabajadores, mientras estaban al servicio del patrón, presentaran en contra de éste demandas, exigiéndole el pago de salarios o el cumplimiento de otras prestaciones, pues que esto traería consigo una fuente constante de discordias, pero, por las razones que en seguida se expresan considera esta Sala necesario modificar su jurisprudencia, estableciendo que la prescripción, de acuerdo con los artículos 328 y 7º transitorio de la Ley Federal del Trabajo, corre desde el momento en que se hacen exigibles las respectivas obligacio-

nes. En numerosas ejecutorias se ha afirmado que el derecho del trabajo es independiente del civil y que, en esa virtud, no es posible aplicar, a propósito del primero, las disposiciones consignadas en el segundo: por tal razón, se hace indispensable considerar nuevamente el problema de la prescripción para decidir si, de conformidad con los principios fundamentales que rigen el derecho del trabajo, puede estimarse que, dentro de ellos, se encuentra el relativo a que la prescripción sólo corre a partir de la fecha de cesación del servicio. El derecho del trabajo tiene un contenido esencialmente económico y si bien es verdad que su función principal es la de proteger a la clase trabajadora, elevando sus condiciones de vida, también lo es que, determinar las obligaciones de los patronos, implica una intervención en los fenómenos de la producción, intervención que está necesariamente limitada por las posibilidades y exigencias de las industrias; en otros términos, al intervenir el Estado en el fenómeno de la producción en beneficio de la clase trabajadora, no puede desconocer la situación de las empresas, ni ignorar las consecuencias fatales que, para su existencia, puede acarrear determinado principio; ahora bien, se ha venido notando que, al amparo de la tesis sustentada por esta Sala, se han presentado una serie de demandas en las que se reclama el cumplimiento de obligaciones anteriores en muchos años, en ocasiones a partir de 1917, fecha en que entró en vigor la legislación del trabajo, y en la mayor parte de los casos prosperan esas reclamaciones, por la única razón de que no funciona la prescripción, pues es imposible exigir que los empresarios conserven los elementos probatorios durante quince, veinte o más años; y esa condenación es perjudicial para la estabilidad de las industrias, que nunca saben cuál pueda ser su verdadera situación, ya que en cualquier momento puede surgir una demanda por pago de horas extras y otra prestación, como ya se dijo, de diez, quince o más años; y el perjuicio lo resiente no sólo la empresa sino la sociedad en general y aun los mismos trabajadores, puesto que la fuente de trabajo puede ser arruinada en un momento dado, merced a una de esas demandas, destruyéndose así un medio de vida para los obreros y de riqueza para la sociedad. Finalmente, el argumento que se ha hecho valer en el sentido de que no es posible que los trabajadores, mientras están al servicio del patrono, presenten en su contra las reclamaciones a que tuvieran derecho, tampoco se justifica en la práctica, puesto que constantemente se nota que los obreros demandan de sus patronos las violaciones en que éstos incurren en el cumplimiento de los contratos o de la ley, sin que esas demandas alteren, substancialmente, la disciplina o la armonía en el taller, ni produzcan tampoco consecuencias

enojosas para los trabajadores y no sólo, sino que la tesis que se viene combatiendo tiene el inconveniente de que si los trabajadores se ajustaran a ella autorizarían al patrono a que, de manera permanente, violara la ley, a reserva de exigirle, años después, la responsabilidad consiguiente, situación que es contraria a la finalidad perseguida por el derecho del Trabajo cuyo objetivo es, no tanto que los trabajadores obtengan determinadas cantidades de dinero, sino que el servicio se preste en las condiciones y forma prescritas por la ley y los contratos, finalidad esta que se logra mejor cuando los trabajadores, tan pronto se produzca una violación formulan la demanda correspondiente. A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que la interpretación de los arts. de la Ley Federal del Trabajo sobre prescripción conduce a idéntico resultado, esto es, a decidir que el término para la prescripción empieza a correr desde que la obligación se hace exigible; la lectura de los arts. 329 y 330 indica, sin dejar lugar a duda, que la prescripción corre desde el momento en que la parte interesada puede acudir a los Tribunales deduciendo la acción correspondiente; en la fracción primera del art. 329 se dice que cuando se trata de intimidación el término para la prescripción corre desde que la intimidación cesa; en la fracción segunda del mismo precepto se previene que el plazo de la prescripción se cuenta a partir del momento en que el trabajador, que estuvo impedido de trabajar, queda en aptitud de desempeñar las actividades propias de su puesto; en la fracción tercera se estatuye que el término en cuestión empieza a contarse desde que el trabajador es separado, y en la fracción cuarta que el término empieza a contarse desde que el trabajador dé causa para la separación o desde que sean conocidas las faltas, en el 330 a propósito de indemnizaciones por riesgos profesionales, se previene que la prescripción empieza a correr desde que se determine la naturaleza de la incapacidad o de la enfermedad contraída, o desde la muerte del trabajador, en todos estos casos, se nota que la intención del legislador ha sido que la prescripción corra desde que el trabajador o patrono está en actitud de acudir a los Tribunales exigiendo el cumplimiento de las obligaciones legales y siendo esto así, no existe razón para concluír que la regla general sea distinta de la que inspiró los diversos casos que, de manera expresa, quedaron previstos en la ley".

Y el conocido expositor mexicano de estas materias, Mario de la Cueva, refiriéndose al anterior fallo comenta con innegable autoridad lo siguiente:

"La ejecutoria de Tomasa Godinez y Coagraviados agotó el tema y no creemos necesario exponer mayores razones en pro de la tesis

que sustenta, pues la misma legislación española, a cuya radicación debe referirse la solución opuesta, ha modificado su criterio".

Para el Tribunal Supremo no hay duda de que la teoría que propugna la prescripción extintiva de las acciones laborales se cuenta a partir de la terminación de contrato de trabajo tiene un fundamento real como es el que durante su vigencia no gozaría el trabajador de completa libertad para demandar a su patrón por el temor a ser despedido por éste. Pero carece hoy de base en la ley y no debe, por lo tanto, acogerla.

Por otra parte, la tesis de que esa prescripción debe contarse desde que el derecho se hace exigible, es la que consagra el art. 2535 del Código Civil y como no existe disposición expresa sobre la materia en la legislación colombiana del Trabajo, debe ser aplicada dicha norma por analogía a los litigios de esta última clase, de acuerdo con conocida disposición de hermenéutica de nuestro derecho positivo (art. 8º Ley 153 de 1887).

Por consiguiente, como el derecho a las vacaciones nace o es exigible desde que el trabajador cumple un año de trabajo continuo, la prescripción de la acción judicial para reclamarlas principia a contarse a partir de ese momento o sea, desde cuando se cumplió el año de labores. Y como el derecho a compensar en dinero esas vacaciones nace, cuando no se ha disfrutado de descanso, en el momento de terminarse el contrato de trabajo, la prescripción de la acción judicial para reclamar su pago en dinero principia a contarse desde la extinción del contrato. Y no se cuenta desde esta terminación por razón de la teoría que tal cosa propugna, sino porque es en el momento de extinguirse el contrato cuando surge y se hace exigible esa obligación.

No es aceptable tampoco la jurisprudencia que había venido sentando en Colombia la justicia ordinaria, antes de establecerse la Jurisdicción especial del Trabajo, en el sentido de que la prescripción extintiva de la acción de vacaciones comprendía el mismo lapso que el autorizado por la ley para acumularlas, porque uno es el derecho de los empleados particulares, según el Decreto 652 de 1935, a acumular vacaciones por una sola vez cuando se trata de servicios técnicos o por mayor lapso cuando el trabajador reside en lugar distinto del de su familia, y otro muy diverso es el término para la extinción del derecho a disfrutar de su descanso anual, por el no ejercicio de la acción correspondiente. La acumulación se autoriza en casos de excepción al paso que la prescripción de la acción de vacaciones rige como regla general. La acumulación es la suma de vacaciones permitida en ciertos casos por la ley, al paso que la prescripción de

esa acción es el plazo señalado por las normas legales para que pueda ella ejercitarse válidamente. Aquélla se refiere al descanso y ésta al tiempo para demandarlo. Son, pues, de naturaleza muy diversa, surgen en momentos diferentes y tienen fines completamente distintos. Por lo tanto, que se rectifique la jurisprudencia de la justicia ordinaria a que se hace alusión por ser manifiestamente equivocada.

Por lo demás, el fin primordial de las vacaciones es, como se ha dicho ya en esta providencia y en otra anterior, procurarle al asalariado un justo descanso para que repare las fuerzas o energías perdidas durante un año continuo de labores, por lo cual las legislaciones de varios países prohiben su compensación en dinero y aún imponen multas a los patronos que no las conceden. La legislación argentina, por ejemplo, va hasta fijar el plazo dentro del cual deben siempre concederlas los patronos, que corre desde el 1º del mes de octubre hasta el 30 de abril del año subsiguiente, so pena de multas a los empleadores. Sería de desear que ese fin benéfico o único perseguido por la ley tuviera cabal cumplimiento, no se desnaturalizara cambiándolo por otros derechos aunque se considerasen equivalentes y que se complementara la orientación que en ese sentido, aunque en forma deficiente tiene hoy nuestra legislación.

Debe, pues, casarse la sentencia recurrida en cuanto a esta acción por vacaciones. No hay necesidad, de acuerdo con el art. 538 del C. J., de considerar los demás cargos propuestos.

Corresponde proferir el fallo que reemplace la parte infirmada del que ha sido objeto del recurso. (Art. 539 del C. J.).

La empresa demandada reconoce que no dio ni pagó vacaciones al actor y así lo confiesa el señor Guiseppe Da Via en posiciones cuando dice: "Es cierto que Ruiz no tomó vacaciones y acerca del pago nos atenemos a lo que sobre el particular dispongan las leyes".

De acuerdo con la interpretación hecha en esta providencia, a falta de norma que fije la prescripción de la acción de vacaciones de los empleados particulares, es natural entender que se extingue como la misma acción de los trabajadores oficiales, según la regla de hermenéutica que establece el art. 8º de la Ley 153 de 1887. Por lo tanto, esa prescripción es de cuatro años, ya que es de este lapso la de los trabajadores públicos según el art. 5º del Decreto 484 de 1944.

De allí que no deba reconocerse al demandante el pago de suma equivalente por este concepto de descanso anual sino hasta por los últimos cuatro años de servicios prestados por él a la empresa demandada.

No se conoce exactamente la remuneración pagada al actor en

cada uno de los cuatro años últimos y al tiempo de hacerse efectivo el derecho a las vacaciones en cada uno de ellos, sino que al respecto existe solamente la confesión del señor Guiseppe Da Via en posiciones cuando afirma que el demandante devengó en los tres últimos años tres pesos ($ 3.00), tres pesos con cuarenta y cinco centavos ($ 3.45), y tres pesos con sesenta centavos ($ 3.60), por día, pero sin que se sepa cuándo ocurrieron los cambios entre una y otra clase de remuneraciones. Por consiguiente, lo más lógico y prudente es establecer el promedio entre esas cantidades para así deducir con él la suma total debida.

El promedio resulta de cien pesos con cincuenta centavos ($ 100.50) por mes y en consecuencia, por quince días da uno de cincuenta pesos con veinticinco centavos ($ 50.25), que en cuatro años asciende a doscientos un pesos ($ 201.00) m. c.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA parcialmente la sentencia de fecha 9 de agosto de 1946, proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá en el presente juicio, en cuanto condenó a la sociedad demandada a pagar al demandante la suma de trescientos cincuenta y un pesos con setenta y cinco centavos ($ 371.75) moneda legal, por concepto de vacaciones causadas y no disfrutadas, en su lugar, reforma el ordinal segundo de la sentencia del Juez Segundo del Trabajo de Bogotá, de 25 de junio de 1946, dictada en este litigio en el sentido de fijar en **doscientos un pesos** ($ 201.00) m. c. la suma que la Compañía "Da Via hermanos Sociedad Limitada" con domicilio en Bogotá, está en la obligación de pagar al señor Carlos Julio Ruiz por dicho concepto de vacaciones; y NO CASA la sentencia acusada del Tribunal de Bogotá, en cuanto a lo demás.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cástor Jaramillo Arrubla. — Diógenes Sepúlveda Mejía. — Luis Alberto Bravo. — Guillermo Martínez R., Secretario.

I. CASACION. — II. CONTRA QUE PROVIDENCIAS PROCEDE. TECNICA EN ESTE RECURSO. — III. QUIEN DEBE PROFERIR UN AUTO PARA MEJOR PROVEER. — IV. QUE PROVIDENCIAS VINCULAN AL JUEZ. — V. MEDIOS DE PRUEBA, REQUISITOS PARA PRODUCIR PRUEBAS Y SU MERITO O VALOR EN JUICIO. TESTIGOS. — VI. NO SON ACEPTABLES EN JUICIO LAS DECLARACIONES EXTRAJUICIO, SINO LAS QUE SE RATIFICAN DENTRO DE EL. — VII. LOS TESTIGOS NO CALIFICAN TRABAJADORES.

I.—El recurso de casación en materia del trabajo no tiene por objeto revisar o atacar toda clase de providencias, sino únicamente las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales Seccionales en litigios de cuantía superior a mil pesos o inferiores a esa suma pero que contemplen asuntos fundamentales en Derecho del Trabajo. Por lo tanto, no cabe ese recurso de casación contra la estimación hecha por un Tribunal Seccional fuera de la sentencia, es decir, en un simple auto interlocutorio o de sustanciación.

II.—En el recurso de casación se produce un debate entre la sentencia y la ley. Es el fallo lo que el recurso ataca y para que sea viable el medio de impugnación debe producir el efecto de desquiciar los fundamentos de aquél.

III.—El auto para mejor proveer debe proferirse por todo el Tribunal Seccional y no por el Magistrado sustanciador.

IV.—Es norma fundamental de Derecho Procesal que las únicas providencias que vinculan al Juez son las sentencias definitivas. Si se incurrió en error en un auto, la autoridad judicial no puede cometer uno nuevo al someterse a lo resuelto en él, si en el momento de dictar la sentencia encuentra que debe rectificarlo.

V.—Unos son los medios de prueba, y otros los requisitos legales para que las pruebas se produzcan y reciban en juicio, y muy distinto su mérito o valor judicial. En los litigios del trabajo goza el fallador de instancia de libertad pa-

ra apreciar las pruebas, pues para ellos no rige la tarifa legal que las valora.

VI.—Para que puedan aceptarse y apreciarse en los juicios del trabajo las declaraciones de testigos, deben ratificarse dentro del término probatorio y no pueden tenerse en cuenta las recibidas extrajuicio o de nudo hecho que no se debatan en el litigio.

VII.—La calificación de un trabajador como empleado u obrero no corresponde a los testigos que sirven sólo para probar hechos, pero son ineficaces en cuanto opinan o conceptúan.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Jaramillo Arrubla)

Bogotá, mayo veintiocho de mil novecientos cuarenta y siete.

Francisco Solano Esquivia demandó, por medio de apoderado, a la "Empresa Azucarera Berástegui S. A.", de Cartagena, ante el Juez del Circuito Civil de dicha ciudad, para el pago de auxilio de cesantía, vacaciones remuneradas, auxilio de enfermedad y trabajo extraordinario, en días domingos y comunes, por un total de cuatro mil ciento once pesos con cincuenta centavos ($ 4.111.50) moneda corriente, más los honorarios de abogado que estimó en un treinta por ciento (30%), las costas del juicio y los perjuicios ocasionados con la retención de las sumas que le corresponden.

Como hechos básicos de su demánda señaló los de que había trabajado en la empresa aludida como apuntador de campo desde 1932 hasta 1945, con una remuneración de sesenta pesos ($ 60.00) mensuales durante doce años y de sesenta y cinco pesos durante el último año; que en todo ese tiempo observó buena conducta; y que en mayo de 1945 se vio obligado a retirarse del puesto porque enfermó gravemente de paludismo, lo que lo imposibilitó físicamente para continuar trabajando, sin que se le hubieran pagado las correspondientes prestaciones sociales.

La sociedad demandada no aceptó el trabajo continuo del actor, pues manifestó que sólo lo había prestado ocasionalmente y con interrupción en la siguiente forma: en 1942 entró a realizar una labor de campo de escasa importancia y cuando terminó la zafra de ese año se eliminó el trabajo que desempeñaba; en 1943 al iniciarse la zafra entró a trabajar pero estuvo pocos días, al rededor de 45, pues se retiró a Ciénaga de Oro; en 1944 no trabajó; y en 1945 comenzó

trabajos pero se retiró antes de terminarse la zafra. Respecto de la enfermedad del demandante, la empresa manifestó que no había sido notificada de ella para haberlo atendido con sus servicios médicos, farmacéuticos y de enfermería. En resumen, no aceptó los hechos de la demanda, negó el derecho invocado y propuso las excepciones de inepta demanda, falta de derecho para pedir y prescripción.

El Juez de Circuito mencionado falló absolviendo a la compañía demandada por falta de pruebas. Apelada esa sentencia por el apoderado del actor, el Tribunal Seccional del Trabajo de Cartagena la revocó por medio de la suya de fecha primero de agosto del año pasado y, en su lugar, declaró infundadas las excepciones propuestas por la empresa y la condenó a pagar al demandante la suma de seiscientos cincuenta y un pesos con sesenta y un centavos moneda legal ($ 651.61), por los siguientes conceptos: por auxilio de enfermedad no profesional, cuarenta y tres pesos con treinta y dos centavos ($ 43.32); por horas suplementarias diurnas trabajadas en 1942, 1943 y 1944, doscientos diez y nueve pesos con treinta y siete centavos ($ 219.37); por horas extras diurnas trabajadas en 1945, sesenta y un pesos con cuarenta y dos centavos ($ 61.42), y por auxilio de cesantía durante catorce años de trabajo, de 1932 a 1945, trescientos veintisiete pesos con sesenta centavos ($ 327.60). Nada dijo acerca de la acción por perjuicios.

Interpuesto el recurso de casación por la compañía, admitido y fundado en tiempo, pasa a estudiarse la demanda que lo sustenta.

Primer cargo

Con el nombre de "causal principal" se formula este primer ataque a la sentencia recurrida, pues los demás se proponen por el recurrente como subsidiarios. Además, este motivo principal es de orden general y se refiere a la manera como ha debido ser dictado el fallo que impugna, mientras que los llamados subsidiarios sólo versan acerca de las consideraciones del sentenciador de instancia en relación con las acciones de cesantía y horas extras.

Por su carácter general, se estudia preferentemente este primer cargo.

Se acusa en él a la sentencia del Tribunal por violación de los artículos 14 ordinal c) de la Ley 10 de 1934, 3º, parágrafo 3º, 12 ordinal c) y 36 de la Ley 6ª de 1945, por aplicación indebida. Y a esa violación se llegó por haber desconocido el sentenciador lo dispuesto en los artículos 234 y 601 del Código Judicial, que en caso de duda mandan fallar en favor del demandado.

Para el recurrente, esa duda existía en relación con las pruebas del juicio y, principalmente, acerca de hechos fundamentales de la demanda, por haberlo así expresado el Tribunal en su auto para mejor proveer de 17de mayo de 1946 que ordenó la práctica de una inspección ocular a los libros de la empresa, con el objeto de buscar elementos de juicio capaces de disipar la confusión que las pruebas contradictorias llevaron a la mente del juzgador. Esa situación de incertidumbre la hace reflejar el recurrente del texto mismo de dicho auto, que, en lo pertinente, dice así: "Como de las pruebas testimoniales presentadas por las partes se desprende una abierta contradicción que crea confusión y duda para la inteligencia del fallador, en el sentido de establecer certeza acerca de los hechos fundamentales de la demanda, en cumplimiento del artículo 600 del Código Judicial, se **resuelve: Primero.** Practíquese una inspección ocular en los libros o roles que en esta ciudad o en Berástegui lleva la **Empresa Azucarera de Berástegui S. A.,** y por medio de los cuales se registra el movimiento de empleados y obreros, con el objeto de constatar: **Primero,** desde qué año y qué clase de empleo tienen o han tenido los señores ..... (testigos) ..... y **Segundo,** desde cuándo y hasta qué año y con qué sueldos trabajó el demandante Francisco Solano Esquivia para al mencionada Empresa...".

Expresada esa duda en forma tan clara, agrega el cargo, el fallador ha debido practicar la diligencia. Mas no verificada, no obstante que fue factible su realización, subsistía la duda y ha debido dictarse una sentencia absolutoria, de acuerdo con las normas procesales invocadas. Pero no sucede así, sino que el fallo fue condenatorio. "Por sí misma, la situación cambió de un momento a otro, a los ojos del fallador. Las pruebas del demandante, inicialmente estimadas contradictorias con las del demandado, repentinamente adquirieron la calidad de **plenas pruebas;** los hechos de la demanda, inicialmente confusos, de súbito se tornaron indiscutibles".

Y finaliza así el cargo: "Tratándose de una sentencia de derecho, si el Tribunal sufrió **confusión y duda** sobre los hechos de la demanda en vista de la abierta contradicción de las pruebas de una y otra parte —como lo confiesa expresamente en su auto de 17 de mayo del año pasado— el Tribunal no podía menospreciar el derecho de la empresa demandada a ser absuelta, sin violar normas fundamentales de procedimiento —arts. 234 y 601 del C. J.— y con ellas, todas las disposiciones sustantivas de derecho social falsamente aplicadas en el caso de autos".

"En consecuencia, el Tribunal —allá él— podía contradecir su

criterio sobre las pruebas. En derecho, estaba obligado a ser consecuente con su confesión de **duda,** sobre las pruebas y los hechos consiguientes. Y en consecuencia su dilema era forzoso: practicaba nuevas pruebas para evitar la **duda** o absolvía al demandado. No hizo lo uno ni lo otro. Luego, no falló en derecho".

Se considera:

El cargo versa acerca de la apreciación de pruebas hecha por el Tribunal en un auto, de fecha 17 de mayo de 1945, que es el que expresa la incertidumbre. En esa providencia el fallador las estimó contradictorias, por lo cual quiso terminar con la confusión que así se creaba, decretando una inspección ocular a los libros de la empresa.

Mas resulta que el recurso de casación en materia del trabajo no tiene por objeto toda clase de providencias dictadas en los juicios, sino únicamente las sentencias de segunda instancia, proferidas por los Tribunales Seccionales en litigios de cuantía superior a mil pesos, o inferiores a esa suma pero que decidan sobre asuntos fundamentales en derecho laboral. Así quedó establecido en el art. 3º de la regla 6ª de la Ley 75 de 1945, que creó dicho recurso en estos asuntos. De modo, pues, que no cabe aquí el ataque de una estimación hecha por el Tribunal fuera de la sentencia, es decir, en un simple auto ya sea interlocutorio o de sustanciación.

En el recurso de casación, lo ha dicho ya la Corporación siguiendo los fines de su creación, la doctrina de los expositores y la jurisprudencia nacional, se produce un debate entre la sentencia y la ley. Es el fallo lo que el recurso ataca. Y para que sea viable, debe producir el efecto de desquiciar los fundamentos de esa sentencia. Pero no puede aceptarse tal recurso con base en el ataque a un auto del fallador de instancia.

El recurrente guarda silencio acerca de lo que la sentencia recurrida expresa frente a la situación de duda que plantea el auto de 17 de mayo. Limita su acusación a la incertidumbre que se manifiesta en este último proveído, pero nada dice en relación con lo que sobre el mismo particular expone el fallo.

Este error de técnica en el recurso de casación es suficiente para desechar el cargo. Pero resulta que la sentencia, que es la acusable, sí encuentra plena prueba acerca de los hechos que constituyen la calidad de empleado del actor. En efecto, dice así sobre el particular: "Preciso, es, pues, manifestar que el Tribunal no participa de la apreciación hecha por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartagena al considerar que las exposiciones hechas sobre este punto por los testigos de ambas partes son abiertamente contradictorias y que

por lo mismo deben ser desechadas. Hay sí la contradicción anotada, pero en forma relativa y circunscrita a los tres últimos años de trabajo. Pero es el caso de atender al número de los testigos, a las condiciones en que cada uno de ellos se encuentra para deducir conforme a los principios de una sana crítica si legalmente hay plena prueba testimonial con relación a este hecho determinado. El Tribunal conceptúa que sí hay plena prueba acerca de que el demandante fue empleado de la empresa demandada desde el año de mil novecientos treinta y dos (1932) hasta mil novecientos cuarenta y cinco (1945), por virtud de contrato verbal y con la asignación mensual de sesenta pesos ($ 60.00) en los trece primeros años y de sesenta y cinco pesos ($ 65.00) en el último". Es decir, en la sentencia no se contempla situación de duda, sino que se halla certidumbre. Por lo tanto, la acusable era la apreciación del fallo y no la del auto.

Por otra parte, el auto para mejor proveer, en el que se expresaba la duda alegada por el recurrente, sólo fue dictado por el Magistrado ponente, cuando ha debido proferirse por todo el Tribunal, como se desprende del texto mismo del artículo 600 del Código Judicial que lo autoriza. Y por consiguiente, si la incertidumbre existió en un momento dado, antes de dictarse sentencia, sólo para el Magistrado sustanciador, bien puede suceder que no existiera en el momento de fallar, para toda la corporación. Y eso es lo que se deduce de la sentencia misma, según el párrafo que acaba de transcribirse.

Además, es norma fundamental de derecho procesal que las únicas providencias que vinculan al Juez son las sentencias definitivas. Si se incurrió en error en un auto, la autoridad judicial no puede cometer uno nuevo al someterse a lo resuelto en él, si en el momento de dictar la sentencia encuentra que debe rectificarlo. Así lo reconoció la Corte Suprema de Justicia cuando en sentencia de 17 de diciembre de 1935 dijo: "La Corte no se explica el criterio según el cual toda resolución ejecutoriada es una ley del proceso. Las únicas providencias que vinculan al Juez son las sentencias... El Juez no puede, de oficio ni a petición de parte, revocar, modificar o alterar un auto ejecutoriado (salvo si se decreta la nulidad de la actuación), no a causa de que por su ejecutoria se convierta en ley del proceso, sino porque el procedimiento es una relación en movimiento, integrada por una sucesión de actos encaminados a la obtención ya dicha de un acto jurisdiccional, el cual es, al mismo tiempo, fin del proceso y estructura de éste... Pero el error cometido por el Juez en una providencia que se dejó ejecutoriar, no lo obliga, como efecto de ella, a incurrir en otro yerro". (G. J. XLIII, pág. 632).

De modo, pues, que aun en el caso de que el auto para mejor proveer se hubiese proferido por todos los Magistrados del Tribunal, si al proferir el fallo hubiese llegado la corporación a la conclusión contraria, perfectamente podía enmendar el error porque aquel proveído no lo vinculaba en forma inexorable.

Como en este cargo no se ataca la sentencia, que es la decisión sujeta a este recurso extraordinario, se desecha.

Segundo cargo

Este es el que denomina el recurrente "Primera causal subsidiaria".

Se acusa en él la parte de la sentencia que condena a la empresa a pagar determinado número de horas extras de trabajo por los años de 1942 a 1945, por ser violatoria, por aplicación indebida, del parágrafo 3º del art. 3º de la Ley 6ª de 1945, sobre remuneración especial del trabajo suplementario.

El recurrente estima que hubo error de hecho del Tribunal, pues no otra cosa es la afirmación de que dio por demostrados hechos que no lo estaban, y sobre esta base falsa aplicó la ley sustantiva.

El error consiste, según la interpretación más exacta del cargo, en haber estimado la sentencia que las declaraciones de los testigos de la empresa alcanzaban a contradecir el hecho del tiempo en que fue empleado el demandante, pero sólo en cuanto al período comprendido entre 1942 y 1945. Y que como así lo reconoció el sentenciador, mal hizo en condenar al pago de horas extras por ese lapso.

Se considera:

El recurrente no hace alusión a la parte de la sentencia que a continuación del estudio que menciona, se refiere al valor de los testimonios aludidos. En efecto, dice poco después el fallo: "Hay sí la contradicción anotada, pero en forma relativa y circunscrita a los tres últimos años de trabajo. Pero es el caso de atender al número de los testigos, a las condiciones en que cada uno de ellos se encuentra, para deducir conforme a los principios de una sana crítica si legalmente hay plena prueba testimonial con relación a este hecho determinado. El Tribunal conceptúa que sí hay plena prueba acerca de que el demandante fue empleado de la empresa demandada desde el año de mil novecientos treinta y dos (1932) hasta mil novecientos cuarenta y cinco (1945), por virtud de contrato verbal y con la asignación mensual de sesenta pesos ($ 60.00) en los trece primeros años y de sesenta y cinco pesos ($ 65.00 en el último".

Por consiguiente, el sentenciador no hizo el reconocimiento de la contradicción de los testigos acerca de los tres últimos años en que alega el demandante que fue empleado, puesto que a continuación del párrafo en donde aludió a esa confrontación contradictoria, manifestó su estimación franca y clara de todas las pruebas cuando dijo que atendía a su número, a las condiciones en que cada uno de los declarantes se encontraba, para deducir, de acuerdo con principios de sana crítica y según la libertad de apreciación que la ley le otorga, que existía plena prueba en relación con ese lapso de los tres años. No existe, por lo tanto, el error de hecho anotado por la acusación.

Fuera, pues, de que no está probado este cargo, es de advertir que el sentenciador destina varios párrafos de su fallo a estudiar el asunto en referencia, bajo el título de "**horas extras**", y el recurrente no ataca ninguna de las consideraciones que al respecto hace allí esa providencia.

Por lo demás, el fallador no dice en ese capítulo sobre trabajo extraordinario qué disposiciones legales aplica para ordenar el pago de dinero por ese concepto, ni estudia la clase de labores realizadas por el actor para ver si ellas estaban excluídas de las normas comunes sobre duración de la jornada de trabajo. Es decir, no consideró si eran labores agrícolas relacionadas con la recolección o beneficio de frutos, que estuvieran exceptuadas de la jornada ordinaria y, por lo tanto, también de pago o remuneración suplementaria. (Decreto 895 de 1934 y Ley 6ª de 1945, art. 3º).

Pero el recurrente tampoco dice nada sobre el particular en la demanda de casación, ni formula cargo contra la sentencia por este aspecto.

Por lo tanto, no obstante que es este uno de los problemas jurídicos que surgen de los autos, no podrá estudiarse por el Tribunal Supremo por la carencia de acusación al respecto, toda vez que, como es sabido, el recurso de casación gira exclusivamente al rededor de los cargos que se formulan al sustentarlo.

Tercer cargo

En la demanda de casación se denomina "2ª causal subsidiaria" y ataca el fallo de segunda instancia, en cuanto condena a pagar auxilio de cesantía, por aplicación indebida del art. 14 ordinal c) de la Ley 10 de 1934. La transgresión indicada la hace consistir el recurrente en haberse incluído entre la orden de pago de dicho auxilio el período 1932 a 1937, "siendo así que ni la índole del trabajo que el actor dice haber prestado a la empresa en tal tiempo, ni la respectiva remuneración, aparecen demostradas en el proceso".

Y concreta así el cargo:

"La calidad de empleado que el actor invoca y el sueldo que pretende haber devengado en tal período, —circunstancias sin las cuales no puede en ningún caso condenarse por cesantía— no aparecen acreditadas en el juicio, con pruebas legalmente válidas. Para darlas por probadas, se tomó en cuenta lo dicho por los testigos del actor en declaraciones de nudo hecho y no lo que ellos afirmaron al respecto, al ratificar tales declaraciones en el juicio. La demostración es sencilla:

"Rubén Burgos, Arturo Pinedo Fuentes, Saturnino Zabaleta y Daniel Durante, afirmaron en sus declaraciones de nudo hecho (fls. 21 y 23), que de 1932 a 1945, el demandante desempeñó en la empresa el empleo de "apuntador de campo", con una asignación mensual de sesenta y cinco pesos ($ 65.00). En cambio, en la ratificación de estas declaraciones dentro del juicio (fls. 18 a 20), los mismos declarantes —excepción hecha de Rubén Burgos— **rectifican —motu propio—** sus primitivos testimonios, indicando en cambio lo siguiente: de 1932 a 1938, el demandante trabajó (no expresan ni el oficio ni la remuneración) al servicio de la "Empresa Azucarera de Berástegui"; de 1938 a 1945, desempeñó en la misma empresa, el empleo de "apuntador de campo". Haciendo la misma distinción —antes y después de 1938— declara un nuevo testigo del actor: Luis Burgos V".

"Así pues, las declaraciones —según su texto en las diligencias de ratificación— nada acreditan que pueda servir de base a la cesantía por los años de 1932-1937".

"Ahora bien: un Juez que para fallar, se atiene a lo dicho por testigos en declaraciones de nudo hecho, y no a lo que los exponentes afirman al ratificarlas en el juicio, incurre en error de derecho en la apreciación de las pruebas, ya que según el art. 639 del C. J., no es permitido apreciar como pruebas, sino declaraciones que hayan sido ratificadas en juicio, y por tanto, conforme a los términos de su ratificación".

"Según lo expuesto, las únicas declaraciones valederas en autos, sólo establecen la clase de empleo y la remuneración del actor, al servicio de la empresa, por los años 1938-1945. Respecto a los años anteriores, las declaraciones de nudo hecho que obran en el expediente, no pueden tenerse como pruebas. La ilegalidad del fallo por este aspecto es patente".

Se considera:

La sentencia del Tribunal de Cartagena acepta que el demandante trabajó al servicio de la compañía demandada, como empleado, desde el año de 1932 hasta el de 1945, en virtud de contrato verbal, con

base en las declaraciones de los testigos señores Arturo Pinedo, Saturnino Zabaleta, Daniel Durante y Luis Burgos V.

Como el cargo expresa que los declarantes corrigen sus dichos en la diligencia de ratificación de sus exposiciones y que, por lo tanto, se contradicen con las que habían dado extrajuicio, excepto el primero que se ratifica completamente en la de nudo hecho, y el último que declara por primera vez en el juicio, pasan a estudiarse esos testimonios para ver cuáles estimó el Tribunal en relación con el tiempo trabajado por el demandante y su remuneración, si los rendidos extrajudicialmente o los producidos en el litigio.

Declaraciones de Arturo Pinedo Fuentes:

Extrajuicio	En el juicio
Que es cierto y le consta que el actor fue apuntador de campo de la empresa demandada desde 1932 a 1945, con un sueldo de $ 65.00 mensuales	Hago constar que en la declaración pasada tuve un error al decir que todo el tiempo lo pasó como apuntador de campo de la empresa demandada, pues los trece años que trabajó en ella fueron repartidos así: del año de 1932 al de 1938, trabajó en el Ingenio y del año de 1938 al de 1945, trabajó en la empresa como Apuntador de campo. En este último cargo devengó un sueldo de $ 65 mensuales.

Declaraciones de Saturnino Zabaleta:

Extrajuicio	En el juicio
Que durante 13 años el demandante desempeñó el cargo de Apuntador de Campo de la empresa demandada, es decir, de 1932 a 1945 y que durante ese tiempo devengó un sueldo de $ 65.00 mensuales.	El actor trabajó de 1932 a 1938 en el Ingenio de la empresa demandada y de 1938 a 1945 como Apuntador de Campo de la misma empresa. En este último cargo devengó un sueldo de $ 65.00 mensuales.

Declaraciones de Daniel Durante V.

Extrajuicio	En juicio
Me consta que el demandante trabajó en la empresa demandada durante trece años, de 1932 a 1945, como Apuntador de Campo, y que durante ese tiempo devengó un sueldo de $ 65.00 mensuales.	Me consta que el actor trabajó en la empresa demandada 13 años, así: del año de 1932 a 1938, en el Ingenio y del año de 1938 al de 1945 como Apuntador de Campo de la misma empresa. En este último devengó $ 65.00 mensuales.

A simple vista se observa que el recurrente tiene razón cuando afirma que los tres testigos mencionados dan cuenta de unos hechos en la declaración que rindieron extrajuicio y de otros muy distintos cuando fueron a ratificar la de nudo hecho. O mejor: al proceder a ratificarse en la primera exposición, aclararon los errores en que habían incurrido en ésta.

En la declaración de nudo hecho afirman que el actor trabajó durante trece años al servicio de la compañía como Apuntador de Campo y en la ratificación, dentro del juicio, dividen ese lapso de los trece años en dos períodos: uno en el que trabajó en el Ingenio (pero sin que ninguno de los testigos diga en qué clase de oficio), de 1932 a 1938, y otro que va desde 1938 hasta 1945 en el que sí desempeñó el cargo de Apuntador de Campo. En cuanto a la remuneración, en la exposición de nudo hecho afirman que durante los 13 años fue de $ 65.00 mensuales, pero en la ratificación aclaran que este sueldo lo devengó el actor en el período segundo, o sea en el de Apuntador de Campo, únicamente.

El Tribunal de Cartagena apreció en su sentencia las declaraciones de los testigos referidos, rendidas extrajuicio, pero no consideró las expuestas dentro del litigio. Tuvo en cuenta únicamente las de nudo hecho y no hizo alusión a las importantes aclaraciones que se contienen en la diligencia de ratificación. Así se deduce de la simple transcripción del párrafo respectivo de su fallo, que dice:

"De las declaraciones rendidas por los señores Arturo Pinedo, Saturnino Zabaleta y Daniel Durante V. ante el Juez Municipal de Ciénaga de Oro, de nudo hecho y posteriormente ratificadas, ante el mismo, sobre este punto, dicen dichos testigos: el primero, o sea Pinedo expone: "Sí es cierto y me consta que el señor Francisco Solano Esquivia fue apuntador de campo en la Empresa Azucarera de Berástegui desde el año de 1932 a 1945 y me consta por el hecho de

haber trabajado el que declara en ese entonces en la misma Empresa; el segundo, o sea Zabaleta dice: "sí me consta que durante 13 años el señor Francisco Solano Esquivia desempeñó el cargo de apuntador de la Empresa Azucarera de Berástegui, es decir del año de 1932 a 1945 y esto me consta por haber trabajado yo también en dicha Empresa; y el tercero, o sea Durante V. dice: "sí me consta por ser empleado de la Empresa Azucarera de Berástegui durante 13 años, es decir, desde 1932 a 1945, desempeñó el señor Francisco Solano Esquivia en la Empresa Azucarera de Berástegui, el puesto de apuntador de campo".

Se pregunta ahora el Tribunal Supremo si el sentenciador de segundo grado ha debido apreciar únicamente las de nudo hecho o si más bien ha debido estimar las rendidas dentro del juicio.

Ya ha dicho esta corporación que el juzgador de instancia en litigios del trabajo goza de libertad para apreciar las pruebas, pues para ellos no rige la tarifa legal que valora los medios probatorios (art. 3º regla 4ª Ley 75 de 1945). Pero también ha expresado que unos son esos medios probatorios o pruebas, otros los requisitos legales para que se produzcan y reciban en juicio y muy diversas las reglas sobre su mérito o valor judicial.

"La Ley 75 de 1945, que estableció el recurso en esos litigios —ha expresado esta entidad— dispuso en su art. 3º que los asuntos atribuídos por la ley a la jurisdicción especial se continuarían iniciando y tramitando conforme al procedimiento verbal del Código Judicial y de acuerdo con las reglas que a continuación expresa, entre las cuales está la 4ª que a la letra dice: "La tarifa legal de pruebas no será estrictamente obligatoria en la apreciación de las que se aduzcan ante la justicia del trabajo, pero los fallos serán siempre en derecho".

"Esta disposición vino a consagrar para los juicios del trabajo el principio conocido entre los expositores con el nombre de la "Libre apreciación judicial de la prueba", por oposición al que rige en materia civil en nuestro país, que recibe la denominación de "principio legal-moral". Según éste, el legislador establece **a priori** los elementos de convicción que pueden hacerse valer en juicio y les fija el grado de fuerza probatoria en las pruebas, pero deja una facultad más o menos amplia al Juez para formar su convencimiento; en aquél, en cambio, el Juez forma libremente su convicción acerca de los hechos alegados por las partes, a través de las pruebas, pero sin sujetarse a reglas fijas sobre su apreciación o mérito probatorio. Como dice Goldschmidt, "siendo la **verdad** que se persigue sólo relativa, es

decir, simple verosimilitud, debe, sustituírse al patrón objetivo para apreciar la prueba, por uno subjetivo: el convencimiento del Juez" (Derecho Procesal Civil, pág. 256)".

"No hay que confundir, por lo tanto, "los medios legales de prueba", que son los que de antemano fija la ley y se convierten así en los únicos medios probatorios admisibles para el Juez, con "las reglas probatorias" que se refieren única y exclusivamente a su apreciación, para señalarle previamente su mérito o valor probatorio, ni tampoco con "las disposiciones formales", que se refieren en primer término a la recepción de ellas y aseguran el cumplimiento del principio de inmediación, o sea, las que consagran un rito procesal determinado para su producción y recibimiento".

"Tanto en el sistema que rige la prueba en materia civil, como en el que regula la del trabajo en Colombia, están instituídos los llamados "medios legales de prueba", pues nuestra legislación no acepta sino los que determinan el Título 21 del Libro 4º del Código Civil y el Título XVI del Libro II del Código Judicial, según lo dispone el art. 593 de éste, en armonía con el 1745 de aquél, que no sólo se aplican a los juicios civiles, sino también a los del trabajo, por analogía, toda vez que no se ha dictado aún el Código Procesal en materia laboral".

"También son aplicables a los juicios civiles y del trabajo las normas legales sobre producción y recepción de pruebas, que estatuye el Código Judicial por la misma razón de falta de normas procesales en materia del trabajo. Ambos están sujetos, pues, a las "llamadas disposiciones formales" o rito procesal para recepción de pruebas".

"En lo único que difieren, según se deduce de lo expuesto, en materia de pruebas, es en la aplicación de las llamadas "reglas probatorias", pues en los civiles rige una tarifa legal previamente señalada para que el Juez forme, de acuerdo con ella y con cierta libertad de apreciación, su convencimiento (art. 593 y ss. del C. J.); al paso que en los del trabajo, por mandato expreso de la regla 4ª del art. 3º de la Ley 75 de 1945, "la tarifa legal de pruebas no será estrictamente obligatoria en la apreciación de las que se deduzcan ante la justicia del trabajo", aunque, según esa misma disposición, "los fallos serán siempre en derecho". (Casación, juicio de Ricardo Zapata Bustos contra Hernán Caicedo Buenaventura, "GACETA DEL TRABAJO" Nos. 2 a 4, págs. 76 y 77)".

Como rigen, según se deja visto, en los litigios del trabajo, las normas legales sobre producción y recibimiento de pruebas establecidas en los juicios civiles, es claro que las declaraciones de unos

testigos, para que puedan aceptarse y apreciarse en aquéllos, deben ser ratificadas dentro del término probatorio, como lo dispone el art. 693 del Código Judicial, que no hace, al efecto, sino establecer la manera cómo deben recibirse en juicio las declaraciones rendidas fuera de él.

Es decir, el artículo citado no va hasta fijar el mérito de las pruebas, a señalar la tarifa para las declaraciones de testigos, sino que primordialmente dispone cómo se allegan al expediente unas determinadas, o sea, da una norma sobre su recibimiento en juicio. Por lo tanto que sea aplicable a los juicios del trabajo.

Y es lógico que así sea, porque ese precepto no hace más que reconocer la igualdad de las partes ante la ley y desechar al propio tiempo toda posibilidad injurídica de sorpresa de uno de los litigantes para con el otro. Merced a él se reconoce el derecho de cada parte de contrainterrogar a los testigos que presente la contraria y, por lo mismo, se evita el asalto que constituiría en poder presentarse en estos litigios unas declaraciones de testigos recibidas sin conocimiento de la contraparte. Además, garantiza el cumplimiento del importante principio procesal conocido con el nombre de "principio de inmediación", porque es de desear que sea el Juez del conocimiento el que reciba las declaraciones de los testigos que más tarde le servirán para dictar su fallo y no que los interrogue un Juez ajeno a la controversia. Y sólo con la ratificación en el juicio de las exposiciones recibidas extrajuicio o de nudo hecho, se cumple tan alta finalidad. Por lo mismo que sólo deban tenerse en cuenta los testimonios rendidos dentro del litigio.

Violó el Tribunal, en consecuencia, el artículo que se estudia e incurrió en evidente error de hecho que se desprende del cargo, porque estimó que de esos testimonios resultaba claramente demostrada la calidad de Apuntador de Campo, con sueldo mensual de $ 65.00 del actor, durante 13 años, cuando en verdad sólo prueban que desempeñó ese oficio y con tal sueldo de 1938 a 1945, es decir, durante ocho años solamente. No puede aceptarse que también lo fuera de 1932 a 1938 porque los testigos excluyen expresamente ese período y, además, no dicen qué labores realizó en el Ingenio en este lapso, ni su remuneración. La calificación de un trabajador como empleado u obrero no corresponde a los testigos, que sirven para probar hechos, pero que son ineficaces en cuanto opinan o conceptúan.

Debe, pues, casarse parcialmente la sentencia en cuanto a este aspecto de la acción sobre cesantía, porque al reconocer ese auxilio en el primer período indicado violó además el Tribunal el art. 14 ord. c)

de la Ley 10 de 1934, también invocado por el recurrente, que en ese tiempo lo reconocía solamente a los empleados particulares, pues no resulta demostrada esta calidad del demandante y su sueldo sino en el segundo lapso expresado.

Entendiendo que entró en 1938 a trabajar como Apuntador de Campo, según lo declaran los testigos expresados, y, además, el señor Luis Burgos, cuya exposición no debía ser objeto de acusación por el recurrente, puesto que no había declarado extrajuicio, se tiene que hasta el año de 1945, en que aparece terminado el contrato de trabajo, laboró ocho años. Y como el Tribunal de Cartagena estima en su fallo que esas labores duraron cuatro meses y medio en cada uno de esos años, se tiene que en total fueron treinta y seis meses los trabajados durante esos ocho años. Por lo tanto, tiene derecho a tres meses de sueldo, como auxilio de cesantía, a razón de un mes por cada doce de los servidos, de acuerdo con la Ley 10 de 1934 y su Decreto reglamentario Nº 652 de 1935. Y como los testigos ya citados dicen que en el tiempo en que el demandante Solano Esquivia trabajó como apuntador de campo devengó un sueldo mensual de $ 65.00, o sea, por todos los ocho años indicados, se tiene que con base en esa remuneración debe pagarse el auxilio. No hay necesidad, por lo tanto, de obtener promedio ninguno, como lo hizo erradamente el Tribunal de instancia.

En resumen, el valor total del auxilio de cesantía es de $ 195.00, por los tres meses indicados y a razón de $ 65.00 cada uno.

Cuarto cargo

En la demanda de casación se propone como "3ª causal subsidiaria" y versa también acerca de la acción de cesantía, por estimar el recurrente que el trabajador se retiró voluntariamente y no tiene derecho a ese auxilio, según la Ley 10 de 1934, sino por el último lapso de tres años, de acuerdo con la Ley 6ª de 1945 que sí lo concede en caso de retiro voluntario, aunque sólo por dicho período.

Pero como el cargo anterior, acerca de la misma acción, se encuentra demostrado y este último se propone como subsidiario, es decir, para el caso de que el anterior o los anteriores no prosperen, es el caso de respetar la voluntad del recurrente que le da ese carácter de supletorio a este cargo y, por lo tanto, no podrá estudiarse. Y así habrá de procederse no obstante que este motivo es uno de los más importantes de la demanda de casación, porque ataca el reconocimiento de la cesantía por razón de retiro del trabajador, que en ese escrito se estima como voluntario. Pero la falta de técnica expresada

en la sustentación del recurso al proponerlo como subsidiario de los primeros, hace que no sea posible entrar a considerarlo por haber prosperado el inmediatamente anterior.

La Corporación no había considerado hasta ahora ninguna demanda que contuviese cargos principales y subsidiarios, pero respeta la determinación al respecto del recurrente y, por lo tanto, se ha ceñido a ella.

Las anteriores consideraciones son suficientes para que el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASE PARCIALMENTE la sentencia de fecha 1º de agosto del año pasado, proferida en el presente asunto por el Tribunal Seccional del Trabajo de Cartagena, en cuanto reconoce y manda pagar por razón de auxilio de cesantía, a favor del demandante y a cargo de la empresa demandada, la suma de trescientos veintisiete pesos con sesenta centavos ($ 327.60) moneda corriente, y, en su lugar, declara que la "Empresa Azucarera de Berástegui, S. A." compañía domiciliada en Cartagena, debe pagar al señor Francisco Solano Esquivia, vecino de Ciénaga de Oro, la suma de ciento noventa y cinco pesos ($ 195.00) moneda legal, por dicho concepto. No la casa en cuanto a lo demás.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase al Tribunal de origen.

Cástor Jaramillo Arrubla. — Diógenes Sepúlveda Mejía. — Luis Alberto Bravo. — Guillermo Martínez R., Secretario.

I. JORNADA DIURNA Y NOCTURNA. — II. SITUACION JURIDICA DE LOS TRABAJADORES QUE REALIZAN SIMULTANEAMENTE FUNCIONES DE EMPLEADO Y DE OBRERO. — III. OBJETO Y ALCANCE DEL MODELO DE CONTRATO DE TRABAJO. IV. PRESCRIPCION DE LA ACCION PARA EL COBRO DE SALARIOS.

I.—Antes de la vigencia de la Ley 6ª de 1945, cuyo artículo 3º, subrogado ahora por el artículo 1º de la Ley 64 de 1946, señaló como jornada nocturna el tiempo transcurrido entre las ocho de la noche y las cuatro de la mañana, no existía ninguna disposición que fijara los límites entre esta jornada y la diurna, distinta al artículo 13 del Decreto 1632 de 1938, reglamentario de la Ley 53 del mismo año. Este último precepto, en virtud del principio que consagra el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, principio que no pugna con la naturaleza especial del derecho del trabajo, era aplicable en casos análogos, a falta de disposición expresa.

II.—Cuando el trabajador desempeña simultáneamente funciones en que predomina el esfuerzo intelectual y funciones en que prevalece el esfuerzo físico, para clasificarlo, en orden a establecer su situación jurídica frente a la empresa donde presta sus servicios, debe aplicarse al conjunto de tales funciones un criterio igual al que sirve para analizar cada una de ellas. Si, por ejemplo, para determinar si los cargos de vigilante de cuadrilla o de fontanero son propios de empleado o de obrero, se indaga la proporción de los factores intelectual y material, es apenas lógico que se siga el mismo derrotero para definir la relación total, esto es, que se averigüe si la labor de empleado fue la principal y la de obrero la secundaria, o viceversa.

III.—El modelo de contrato de trabajo está destinado a servir de pauta para la celebración del mismo, pero, además tiene por objeto suplir la voluntad de las partes, cuando ella no se ha expresado en debida forma. Ha de sujetarse, desde

luego, a las leyes que regulan la materia. Mas como la legislación del trabajo consigna apenas el mínimo de garantías que corresponden al trabajador, puede el modelo contemplar mejores condiciones en favor de éste, del propio modo que las partes gozan de libertad para estipularlas. En todo caso, no hay que perder de vista que la providencia del Departamento del Trabajo por medio de la cual se expide el modelo, una vez aprobada por el Ministro del ramo, es un acto administrativo que obliga en determinadas circunstancias y debe acatarse mientras no sea anulado por la autoridad competente.

IV.—En materia de prescripción de la acción para el cobro de salarios la cuestión capital consiste en fijar el momento desde el cual comienza a contarse. El Tribunal Supremo ha examinado las tesis opuestas que se sostienen en torno a dicho problema, y si bien reconoce el fundamento real y humano de aquella conforme a la cual la prescripción extintiva de las acciones del trabajador debe contarse a partir de la terminación del contrato de trabajo, considera, por otra parte, que además de las razones de orden práctico aducidas en contrario como la que se refiere a la dificultad de conservar elementos probatorios durante quince o más años, según lo anota la Suprema Corte de Justicia de México, entre nosotros, a falta de disposición expresa, hay lugar a aplicar el artículo 2535 del Código Civil, de acuerdo con la regla de hermenéutica de que trata el artículo 8º de la Ley 153 de 1887. Y como los salarios, sea que correspondan a jornada ordinaria o a horas extras, se hacen exigibles en el día de pago acordado en el contrato individual o sindical o en la convención colectiva o en el reglamento de la empresa o en el que resulta de la costumbre del lugar, desde allí empieza a correr el término de la prescripción para su cobro.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Bravo)

Bogotá, mayo treinta y uno de mil novecientos cuarenta y siete.

El recurso de casación que va a decidirse fue interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia de segunda

instancia que profirió el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali en el juicio de Antonio Hurtado sobre pago de horas extras.

Antecedentes

Desde el año de 1932 hasta el mes de diciembre de 1943, el demandante señor Antonio Hurtado prestó sus servicios a la empresa de Energía Eléctrica "La Florida", S. A. domiciliada en Popayán, en los cargos de vigilante de la cuadrilla de peones y "recorredor" o "deshojador" del tanque que provee de agua a las máquinas. Como vigilante de la cuadrilla de peones trabajaba de las siete (7) a las once (11) de la mañana y de las doce (12) a las cuatro (4) de la tarde. Como recorredor del tanque, comenzaba labores a las cinco y media (5½) de la tarde y las continuaba hasta las once (11) de la noche, y muchas veces hasta el amanecer, especialmente en época de invierno. También ejecutaba estas labores de cinco (5) a seis (6) de la mañana, todos los días. El sueldo máximo que devengó el señor Hurtado fue de cincuenta pesos ($ 50.00) mensuales. El contrato de trabajo no se extendió por escrito.

En diciembre de 1943 la Empresa asignó a otro trabajador las funciones de recorredor del tanque conservando a Hurtado en el puesto de vigilante de peones, con el sueldo anotado.

A raíz de la división de funciones, el señor Hurtado, considerando que la empresa le debía la remuneración correspondiente al servicio que prestó en horas extras, solicitó y obtuvo la intervención del Inspector Seccional del Trabajo, por vía de conciliación, pero en vista de que no se llegó a ningún acuerdo, decidió acudir a las autoridades judiciales.

Las instancias

La demanda inicial de este juicio contiene las peticiones que, para mayor claridad, se transcriben a continuación:

"**Primero:** la Sociedad de Energía Eléctrica La Florida debe al señor Antonio Hurtado, mayor de edad y vecino de este distrito, la suma de dos mil cuatrocientos treinta y nueve pesos con veinte centavos ($ 2.439.20), por concepto de seis y media horas extras ejecutadas y trabajadas por el señor Hurtado al servicio de la Empresa mencionada y no pagadas por ésta, trabajo nocturno, en cada día, entre el día diez (10) de diciembre de mil novecientos treinta y nueve (1939) y el día diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres (1943)".

"**Segundo:** La Misma Sociedad de Energía La Florida debe al mis-

mo señor Hurtado la suma de quinientos setenta pesos cuarenta centavos ($ 570.40), valor de las horas extras trabajadas por Hurtado al servicio de esa Empresa, y no pagadas por ésta, en cada uno de los días domingos y fiestas nacionales, trabajo nocturno, durante el período comprendido entre el día diez de diciembre de 1939 y el día diez de diciembre de 1943".

"**Tercero:** La Sociedad de Energía Eléctrica La Florida, pagará al señor Antonio Hurtado, o a su orden, o a quien legalmente represente sus derechos, las expresadas y determinadas cantidades de dinero que se fijan en las declaraciones anteriores —primera y segunda de esta sentencia (sic) tres días después de ejecutoriada esta sentencia".

"**Cuarto:** La Sociedad de Energía Eléctrica La Florida pagará las costas y costos que ocasione esta acción, en su realización judicial, previa casación que de ellas hará el señor Secretario".

La primera instancia cursó en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Popayán por los trámites del procedimiento verbal de que trata el título 46 del Libro II del Código Judicial y se decidió favorablemente al demandante. No conforme con el fallo, el apoderado de la Empresa demandada interpuso recurso de apelación. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, entidad que conoció del recurso, declaró nula la actuación desarrollada desde el auto admisorio de la demanda, exclusive, en adelante, conforme a lo dispuesto en el numeral 2º del art. 448 del C. J. en armonía con el art. 332 de la misma obra, por no aparecer suficientemente acreditada la constitución, existencia y representación de la sociedad demandada. Devuelto el asunto, el Juzgado reanudó la actuación. Después de una nueva declaración de nulidad por repetición del vicio relativo a la personería de la empresa, el mismo Juzgado, admitiendo en parte la excepción de prescripción que en la respectiva audiencia propuso el demandado, condenó a éste a pagar a Hurtado $ 1.498.68, "por concepto de cinco y media horas suplementarias y nocturnas trabajadas por él en días ordinarios a partir del 24 de diciembre de 1941 hasta el 10 de diciembre de 1943", y $ 570.40, "por concepto de horas extras y nocturnas, trabajadas por él en cada uno de los días domingos y de fiesta nacional o religiosa" en igual lapso. No condenó en costas.

Contra la sentencia de primer grado interpuso apelación la sociedad demandada para ante el Tribunal Superior de Popayán.

En virtud de lo dispuesto por el art. 4º de la Ley 75 de 1945, dicho Tribunal pasó el negocio al Seccional del Trabajo de Cali, que decidió, con un salvamento de voto, revocar el fallo apelado, aunque en verdad apenas lo reformó, disponiendo lo siguiente:

"1º—La Sociedad de Energía Eléctrica "La Florida" S. A., de la ciudad de Popayán, representada por su Gerente, doctor Bernardo Mejía, está obligada a pagar al señor Antonio Hurtado, por concepto de cinco y media horas suplementarias trabajadas en forma nocturna, en días ordinarios y de vacancia, entre el 10 de diciembre de 1941 y el 10 de diciembre de 1943 la cantidad de mil trescientos noventa y tres pesos con once centavos ($ 1.393.11)".

"2º—La misma Sociedad de Energía Eléctrica "La Florida" S. A., representada por su Gerente doctor Bernardo Mejía, pagará al señor Antonio Hurtado la cantidad a que se refiere la declaración anterior, tres días después de ejecutoriada esta sentencia".

3º—Decláranse prescritas las obligaciones correspondientes a la remuneración de trabajo extraordinario realizado por Antonio Hurtado en la empresa nombrada antes del 10 de diciembre de 1941".

"4º—No se hace condenación en costas".

El Tribunal motivó así su sentencia:

"La labor que correspondía al demandante señor Hurtado no era de las llamadas ocasionales o discontinuas, como tampoco de dirección o vigilancia ni de confianza o manejo.

El señor Hurtado trabajaba, además de la jornada máxima legal, seis horas y media;

El señor Hurtado ejecutaba su trabajo extraordinario en jornada nocturna, entendiendo por tal la que comienza a las cinco y media de la tarde, hora "en que se inician el crepúsculo y la noche";

Según el Decreto 897 de 1934 el trabajo extraordinario nocturno debe pagarse por el patrono con un recargo del cincuenta por ciento (50%) en los días comunes y del doble en los de fiesta;

El sueldo mensual que devengaba el señor Hurtado no comprendía el trabajo extraordinario que llegase a realizar;

La prescripción alegada por la empresa sólo puede referirse al tiempo anterior a diciembre de 1941, y no se extiende, por tanto, a la mesada que se hizo exigible el 9 de enero de 1942.

El recurso

De los varios cargos que formula el recurrente en la demanda de casación, el Tribunal Supremo encuentra fundado uno y a éste concretará su examen de conformidad con el artículo 538 del C. J.

Sostiene el recurrente que la sentencia es violatoria, por infracción directa, del art. 8º de la Ley 153 de 1887, porque a falta de una norma de derecho positivo que en el estatuto sobre la jornada máxima de trabajo definiera las horas extras diurnas y nocturnas, ha-

ciendo la precisa distinción de unas y otras, ha debido aplicar, para diferenciar esas dos clases de horas, la norma contenida en el inciso final del art. 13 del Decreto 1632, que considera como horas nocturnas las transcurridas entre las siete de la noche y las seis de la mañana.

Se considera:

Antes de la expedición de la Ley 6ª de 1945, cuyo artículo 3z, subrogado ahora por el artículo 1º de la Ley 64 de 1946, señaló como jornada nocturna el tiempo transcurrido desde las ocho de la noche hasta las cuatro de la mañana, no existía ninguna disposición que fijara los límites entre la jornada diurna y la nocturna, distinta al art. 13 del Decreto 1632 de 1938, reglamentario de la Ley 53 del mismo año, sobre protección a la maternidad, que dijo: "Se considerarán horas nocturnas las transcurridas entre las siete de la noche y las seis de la mañana".

En las convenciones internacionales de trabajo aprobadas por el Congreso de Colombia, únicamente se encuentra el precepto contenido en el art. 2º del convenio sobre el trabajo nocturno de las mujeres. adoptado en la primera reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo reunida en Washington el 20 de octubre de 1929, que dice así:

"Para la aplicación de la presente convención, el término "noche" significa un período por lo menos de once horas consecutivas, comprendiendo el intervalo transcurrido entre las diez de la noche y las cinco de la mañana. En los países en que no se aplique ningún reglamento público al empleo nocturno de la mujer en los establecimientos industriales, la palabra "noche" podrá provisionalmente, y durante un período máximo de tres años, significar, a discreción del Gobierno, un período de diez horas solamente, que comprenderá el intervalo que media entre las diez de la noche y las cinco de la mañana". Este precepto fue reproducido en el convenio número 6 sobre el trabajo nocturno de niños en la industria, adoptado también en la reunión de Washington.

A falta, pues, de disposición expresa vigente en la época a que se refiere el juicio, el Tribunal ha debido aplicar el art. 13 del Decreto 1632 de 1938, que regula una materia semejante, en atención al principio que entre nosotros está consagrado por el atr. 8º de la Ley 153 de 1887, principio que no pugna con la naturaleza especial del Derecho del Trabajo.

Siendo fundado el cargo en estudio, el Tribunal Supremo infirmará la sentencia acusada y en su lugar procederá a dictar la decisión correspondiente, para lo cual tiene en cuenta:

Según las declaraciones de los señores Misael Torres, Dionisio Caldón y Gerardo Bastidas, visibles a folios 79 a 83 del cuaderno principal, que llenan los requisitos legales, Antonio Hurtado desempeñó de manera continua, durante más de cuatro años, hasta el 10 de diciembre de 1943, bajo la dependencia de la Empresa de Energía Eléctrica "La Florida", de Popayán, los cargos de vigilante de peones y de recorredor o deshojador del tanque de decantación.

De tales declaraciones se deduce que dichos cargos no implicaban el desempeño de labores agrícolas ni atribuciones de supervigilancia o dirección, propias sólo de altos empleados, ni facultades de confianza o manejo, inherentes a aquellos que manejan fondos, como los pagadores y cajeros. En cuanto a la alegación de la parte demandada en sentido contrario, se observa que carece de respaldo probatorio.

Tampoco es posible clasificar esas ocupaciones entre las llamadas intermitentes, pues de una parte, las empresas de energía eléctrica son típicas industrias de trabajo continuo, y de otra, la labor misma de vigilante de peones y aún más la de deshojador de un tanque, en dichas empresas, requieren atención sostenida y asidua actividad física. A este respecto conviene recordar que la Conferencia de Londres reunida en 1926, en la que se hizo una interpretación del convenio de Washington relativo a la jornada máxima de trabajo, restringió el concepto de intermitencia a ciertas labores sedentarias, por ejemplo la de los porteros.

En consecuencia, el caso que se estudia no está comprendido en las excepciones de que tratan los ordinales a), b) y c) del art. 2º de la Resolución Nº 1 de 1934, dictada por la Oficina General del Trabajo (hoy Departamento Nacional del Trabajo).

De las declaraciones de los señores atrás mencionados (folios 79 a 83) resulta también que Antonio Hurtado prestó sus servicios diariamente así: ocho horas ordinarias, entre las siete de la mañana y las cuatro de la tarde, y siete horas extraordinarias, entre las cinco de la tarde y las doce de la noche. La parte demandada no objetó esta afirmación.

Los servicios aludidos deben entenderse prestados en días comunes, pues aunque las empresas de energía eléctrica, como es la demandada, están exoneradas de dar descansos dominicales a sus empleados y obreros y por tanto puede presumirse que éstos trabajan en domingos y demás días de fiesta, ocurre que en el presente caso los testigos no se refirieron expresamente a tales días. Por otra parte, en las planillas de que trata el dictamen pericial del folio 39, que

si bien quedó incluído en la parte anulada del juicio, fue presentado nuevamente como prueba por el apoderado del demandante en la última audiencia llevada a cabo en el juzgado de primera instancia, aparecen relacionados los días de fiesta, y las horas extras de estos días en que trabajó Hurtado, con la anotación del respectivo pago.

Como ya se dijo, el demandante señor Hurtado desempeñó simultáneamente bajo la dependencia del mismo patrono dos cargos bien distintos: En el de vigilante de la cuadrilla de peones, le correspondía la función predominante intelectual de controlar la actividad de la cuadrilla, de velar por la cumplida ejecución de las tareas a ella asignadas. En cambio, en el de fontanero o recorredor o deshojador del tanque, tocábale de modo principal limpiar las basuras que pudiesen obstruír las parrillas, lo que supone mayor esfuerzo físico que mental. Se tiene, pues, que el señor Hurtado reunía la doble calidad de empleado y obrero al mismo tiempo.

Siendo así, ¿cómo clasificarlo, en orden a establecer su situación jurídica frente a la empresa donde prestó sus servicios?

La cuestión es fácil de resolver, desde luego que no sería razonable aplicar al conjunto de las funciones un criterio diferente al que sirve para analizar cada una de ellas, tomadas aisladamente. Si, pues, para determinar si los cargos de vigilante de cuadrilla y de fontanero son propios de empleado o de obrero, se indaga la proporción de los factores intelectual y material, es apenas lógico que se siga igual derrotero para definir la relación total, esto es, que se averigüe si la labor de empleado prevaleció sobre la de obrero. Y como consta que Hurtado se ocupó en la primera las ocho horas de la jornada ordinaria y sólo siete horas extraordinarias en la segunda, siendo aquélla la principal y ésta la accesoria, debe considerársele como empleado.

Ahora bien: las horas suplementarias en que trabajó el señor Hurtado ofrecen un carácter mixto en cuanto abarcan tiempo diurno y nocturno, entendiendo por éste el que comienza a las siete de la noche, conforme al art. 13 del Decreto 1632 de 1938, aplicable por analogía. Y no obstante que la Resolución Nº 1 de 1934, para el efecto del recargo sobre el salario hora normal no distingue entre jornada diurna y nocturna esa determinación se hace indispensable en tratándose de un contrato con un empleado particular, que no se extendió originalmente, ni se formalizó por escrito y que, de consiguiente, en virtud de lo dispuesto en el parágrafo del art. 13 de la Ley 10 de 1934, se presume celebrado de acuerdo con los términos del modelo que redactó la Oficina General del Trabajo y en el cual están previstos dos tipos de recargo: uno del 25% para las horas suplementarias diur-

nas, igual al que señala la Resolución Nº 1 de 1934 y otro del 50% para las horas suplementarias nocturnas.

El modelo de contrato de trabajo está destinado a servir de pauta para la celebración del mismo, pero, además tiene por objeto suplir la voluntad de las partes, cuando ella no se ha expresado en debida forma. Ha de sujetarse, desde luego, a las leyes que regulan la materia. Pero como la legislación del trabajo consigna apenas el mínimo de garantías que corresponden al trabajador, del propio modo que las partes gozan de libertad para estipular mejores condiciones, puede el modelo contemplarlas. En todo caso no hay que perder de vista que el modelo, una vez expedido por el Departamento del Trabajo es aprobado por el Ministro, es un acto administrativo que obliga en determinadas circunstancias y que es preciso acatar mientras no sea anulado por la autoridad competente.

La empresa demandada, lejos de comprobar que hubiese pagado lo que reclama el señor Hurtado, alegó sin fundamento, como ya se vio, que el demandante estaba excluído de la jornada legal de trabajo, y por tanto, habrá de ser condenada a efectuarlo. Pero al hacer la respectiva liquidación sólo se computará el número de horas extraordinarias a que se contrae la afirmación de no pago hecho por el demandante y que aparece comprobado, o sean las transcurridas de las cinco y media de la tarde a las once de la noche en cada día común. Las horas extraordinarias de los días de fiesta no se tendrán en cuenta por las razones que se expresan en otro lugar de esta providencia.

En cuanto al lapso que haya de comprender la condenación, es de observar que el demandante circunscribe su petición de salarios por horas extras "a sólo el período que no esté prescrito, conforme a las leyes" (demanda, hecho 15, folio 9 del cuaderno principal). Será pues, necesario, establecer cuáles de esos salarios no han prescrito.

La disposición vigente hoy sobre el particular es la del artículo 4º de la Ley 165 de 1941, que dice así:

"Amplíase a cuatro años el término de prescripción de las acciones que corresponden al trabajador para el cobro de su salario y de la indemnización especial por acidente de trabajo".

La referida disposición, que rige desde el 24 de diciembre de 1941, modificó el artículo 2543 del Código Civil, que señalaba una prescripción de dos años para la acción de "los dependiente y criados" por su salario.

En esta materia la cuestión capital consiste en fijar el momento desde el cual comienza a contarse la prescripción.

Dos tesis opuestas se han sostenido con mucha autoridad en tor-

no a dicho problema. Una de ellas es la que expusieron en los términos siguientes los doctores Emilio Ferrero, Félix García Ramírez y Gerardo Molina, como árbitros, con ocasión de la diferencia surgida entre el doctor Marco Botero de la Calle y el Banco Agrícola Hipotecario.

"El artículo 2535 del C. C. establece que "la prescripción que extingue las aciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones". Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible". Reconocemos que la prescripción en el Derecho del Trabajo es corta en todo el mundo, por lo cual la pregunta, para compaginar esta norma con el derecho común, es la de a partir de qué momento la obligación es exigible. Puede pensarse que esa exigibilidad, según el Derecho Civil, es desde que se presta el servicio, pero con más fuerza es cierto que el derecho común sólo es aplicable en materias sociales cuando no contraría la naturaleza del Derecho del Trabajo. Este es un derecho autónomo, y su finalidad es proteger a las clases económicamente subalternas. Teniendo en cuenta que estas clases, como lo indica nuestra realidad social, son por lo general incultas, que no toman razón de la existencia de sus derechos, sería injusto que el Estado las castigara con una prescripción corta, contada a partir del día en que prestaron el servicio".

"Por otra parte, mientras el trabajador está al servicio del patrono, no tiene la plenitud de sus derechos para exigir el pago de una prestación, pues eso puede considerarse como un irrespeto, como un acto que puede dar lugar a hostilidades. El derecho de exigir prestaciones contra la voluntad del patrón, es en este caso algo teórico, inoperante, no es efectivamente un derecho si por éste entendemos una prerrogativa, una facultad dotada de poder de coacción. Por ese motivo se estima en las modernas corrientes del Derecho del Trabajo que la prescripción de corto tiempo sólo debe contarse a partir del día en que termina la relación de trabajo, que es cuando el trabajador recobra su libertad. La [illegible]
el caso en que las partes son iguales, no así cuando se encuentran en una relación de dominio o subordinación como ocurre en el Derecho del Trabajo. Este principio ha sido aceptado en el derecho de muchos países como ocurría en el artículo número 539 del Código Civil portugués, el cual fijaba en un año el plazo de prescripción de las acciones de los domésticos y agregaba que el plazo se contaría desde la separación de éstos. Igual principio estableció para todas las acciones derivadas del contrato de Trabajo la Ley Española de noviembre de

1931. También nuestra jurisprudencia empezó a aceptar este principio, como se ve en la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que obra en los autos (José Antonio Sierra contra Cosme del Castillo) y en la del Juzgado 5º Civil de Circuito (de Pedro Suárez contra Gaseosas Posada & Tobón S. A.) de 14 de junio de 1942 y abril 1º de 1944, respectivamente".

"En un plano teórico, inclusive puede considerarse, como lo hacen algunos expositores, que la institución de la prescripción no debería aplicarse en materia de trabajo, porque los derechos derivados de éste son de orden público e irrenunciables. Es cierto que la prescripción también es de orden público y que busca la seguridad de las situaciones, pero no es menos cierto que ella busca regular las relaciones de derecho privado y que se basa en la renunciabilidad de los derechos, de acuerdo con el postulado de que el que deja de ejercer un derecho durante cierto tiempo está renunciando a él. En cambio en el Derecho del Trabajo hay una finalidad más alta, la protección de la sociedad y de la raza, por lo cual sus normas son universalmente irrenunciables, y no se concibe por parte del asalariado el abandono de sus derechos. Sin embargo, nosotros respetamos la institución de la prescripción y no llevamos esta teoría hasta sus últimas consecuencias, pero basándonos en nuestra realidad social, dictaminamos que aquélla sólo debe contarse desde la terminación del contrato, porque antes el derecho del empleado u obrero a reclamar no es un derecho efectivo".

La otra es la que sustentó la Sala del Trabajo de la Suprema Corte de Justicia de México en la ejecutoria de Tomasa Godinez y Coagraviados, que cita el profesor Mario de la Cueva en su obra "Derecho Mexicano del Trabajo". Dijo así esa alta Corporación:

"Se refiere el segundo de los agravios a la forma de computar la prescripción, pues mientras la autoridad responsable sostiene que, conforme a los artículos 328 y 7º transitorio de la Ley Federal del Trabajo, la prescripción corre a partir de la fecha en que las obligaciones se hicieron exigibles, sostienen los recurrentes que el plazo sólo puede empezar a contarse desde la terminación del servicio, o sea, desde que el contrato ha dejado de tener vigencia. Esta Sala ha sostenido en varias ejecutorias la segunda de las tesis mencionadas, por estimar que debía aplicarse el artículo 1161 del Código Civil, en primer lugar, porque la legislación del trabajo no puede ser menos liberal que el derecho civil y, en segundo, porque se estimó que no era posible que los trabajadores, mientras estaban al servicio del patrono, presentaran en contra de éste demandas, exigiéndoles el pago

de salarios o el cumplimiento de otras prestaciones, pues que esto traería consigo una fuente constante de discordias; pero, por las razones que en seguida se expresan, considera esta Sala necesario modificar su jurisprudencia, estableciendo que la prescripción, de acuerdo con los artículos 328 y 7º transitorio de la Ley Federal del Trabajo, corre desde el momento en que se hacen exigibles las respectivas obligaciones. En numerosas ejecutorias se ha afirmado que el derecho del trabajo es independiente del civil y que, en esa virtud, no es posible aplicar, a propósito del primero, las disposiciones consignadas en el segundo; por tal razón, se hace indispensable considerar nuevamente el problema de la prescripción para decidir si, de conformidad con los principios fundamentales que rigen el derecho del trabajo, puede estimarse que, dentro de ellos, se encuentra el relativo a que la prescripción sólo corre a partir de la fecha de cesación del servicio. El derecho del trabajo tiene un contenido esencialmente económico y si bien es verdad que su función principal es de proteger a la clase trabajadora, elevando sus condiciones de vida, también lo es que, determinar las obligaciones de los patronos, implica una intervención en los fenómenos de la producción, intervención que está necesariamente limitada por las posibilidades y exigencias de las industrias; en otros términos, al intervenir el Estado en el fenómeno de la producción en beneficio de la clase trabajadora, no puede desconocer la situación de las empresas, ni ignorar las consecuencias fatales que, para su existencia, puede acarrear determinado principio; ahora bien, se ha venido notando que, al amparo de la tesis sustentada por esta Sala, se han presentado una serie de demandas en las que se reclama el cumplimiento de obligaciones anteriores en muchos años, en ocasiones a partir de 1917, fecha en que entró en vigor la legislación del trabajo; y en la mayor parte de los casos prosperan esas reclamaciones, por la única razón de que no funciona la prescripción, pues es imposible, exigir que los empresarios conserven los elementos probatorios durante quince, veinte o más años; y esa condenación es perjudicial para la estabilidad de las industrias, que nunca sabe cuál pueda ser la verdadera situación, ya que en cualquier momento pueda surgir una demanda por pago de horas extras y otra prestación, como ya se dijo, de diez, quince o más años y el perjuicio lo resiente no sólo la empresa sino la sociedad en general y aún los mismos trabajadores, puesto que la fuente de trabajo puede ser arruinada en un momento dado merced a una de esas demandas, destruyéndose así un medio de vida para los obreros y de riqueza para la sociedad. Finalmente el argumento que se ha hecho valer en el sentido de que no es posible que los trabajadores, mien-

tras están al servicio del patrono, presenten en su contra las reclamaciones a que tuvieren derecho, tampoco se justifica en la práctica, puesto que constantemente se nota que los obreros demandan de sus patronos las violaciones en que estos incurren en el cumplimiento de los contratos y de la ley, sin que esas demandas alteren substancialmente, la disciplina o la armonía en el taller ni produzcan tampoco consecuencias enojosas para los trabajadores y no sólo, sino que la tesis que se viene combatiendo tiene el inconveniente de que si los trabajadores se ajustaran a ella, autorizarían al patrono a que, de manera permanente violara la ley, a reserva de exigirle años después, la responsabilidad consiguiente, situación que es contraria a la finalidad perseguida por el derecho del trabajo, cuyo objetivo es, no tanto que los trabajadores obtengan determinadas cantidades de dinero, sino que el servicio se preste en las condiciones y forma prescritas por la ley y los contratos, finalidad ésta que se logra mejor cuando los trabajadores, tan pronto se produzca una violación formulan la demanda correspondiente".

Este Tribunal ha reconocido en fallo del 24 de los corrientes el fundamento real y humano de la tesis conforme a la cual la prescripción extintiva de las acciones del trabajador se cuenta a partir de la terminación del contrato de trabajo. Pero además de considerar que son atendibles las razones aducidas por la Suprema Corte de Justicia de México estima que, entre nosotros, a falta de disposición expresa, debe darse aplicación al artículo 2535 del Código Civil, de acuerdo con la legal hermenéutica consignada en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887.

Y como los salarios, sea que correspondan a jornada ordinaria o a horas extras, se hacen exigibles en el día de pago acordado en el contrato individual o sindical o en la convención colectiva o en el reglamento de la empresa o en el que resulta de la costumbre del lugar, desde allí empieza a correr el término de la prescripción para su cobro.

En el asunto aquí estudiado hay que distinguir dos períodos: el que precedió al 24 de diciembre de 1941, fecha en que dejó de regir la prescripción de dos años, y el posterior a esa fecha, amparado por la prescripción de cuatro años.

Cuando se propuso la demanda el 17 de mayo de 1944, ya habían prescrito los salarios que se hicieron exigibles dentro del primer período. De consiguiente la liquidación no comprenderá sino veinticuatro mesadas incluído todo el mes de diciembre de 1941, y nueve días correspondiente al segundo período, teniendo en cuenta que el

señor Hurtado, cuyo retiro del cargo de fontanero se efectuó el 10 de diciembre de 1943, había ingresado a la empresa un primero de enero y debía recibir su salario por mensualidades vencidas. (Planillas fol. 37).

El sueldo mensual del señor Hurtado en los últimos años fue de cincuenta pesos ($ 50.00) o sea un salario —día de un peso con sesenta y seis centavos ($ 1.66) un salario— hora de veinte centavos y siete milésimos ($ 0.207). En veinticuatro meses y nueve días hay seiscientos diez y nueve días (619) comunes. En este lapso trabajó hora y media diaria extra en jornada diurna y cuatro horas extras de jornada nocturna, esto es, novecientas veintiocho y media horas extras diurnas y dos mil cuatrocientas setenta y seis horas extras nocturnas. Con un recargo del 25% para las primeras y del 50% para las segundas se obtiene un resultado de mil siete pesos con doce centavos (1.007.12).

Por lo expuesto, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Seccional de Cali en este negocio; reforma la que dictó el Juzgado 2º Civil del Circuito de Popayán, y falla lo siguiente:

1º—Declárase fundada en parte la excepción de prescripción propuesta por la empresa demandada;

2º—La Sociedad de Energía Eléctrica La Florida S. A. de la ciudad de Popayán representada por su Gerente, doctor Bernardo Mejía, está obligada a pagar al señor Antonio Hurtado tres días después de ejecutoriada esta sentencia, por concepto de cinco horas y media de trabajo extraordinario ejecutado en jornada diurna y nocturna en días comunes durante veinticuatro meses y nueve días, la cantidad de mil siete pesos con doce centavos ($ 1.007.12) moneda corriente.

Sin costas en ninguna de las instancias ni en el recurso de casación.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase al Tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo. — Cástor Jaramillo Arrubla. — Diógenes Sepúlveda Mejía. — Bertha Salazar Velasco, Of. Mayor.

PRUEBAS. A QUIEN CORRESPONDE PRODUCIRLAS

Sabido es que en materia probatoria es principio universal el de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla. La vieja máxima: **Onus probandi incumbit actori**, al través de todas las legislaciones de todos los lugares y de todas las épocas ha sido tenida como conforme con la razón y con los demás elementales dictados de la justicia. Siendo la prueba el medio legal que sirve para demostrar la verdad de los hechos que se alegan ante las autoridades judiciales, es preciso que la prueba se produzca para que la autoridad pueda calificarla.

Carece de apoyo legal el fallo que invierte arbitrariamente la posición de las partes en el proceso, echando la carga de la prueba al demandado, e infringe en forma directa el precepto contenido en el artículo 1757 del Código Civil que es disposición sustantiva.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Sepúlveda Mejía).

Bogotá, mayo treinta y uno de mil novecientos cuarenta y siete.

Con fecha siete de febrero de mil novecientos cuarenta y seis profirió el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá sentencia definitiva, en el juicio que por diversas prestaciones sociales adelantó Ismael Umaña contra Bernardo Uribe Ochoa, ambos vecinos de esta ciudad.

La parte resolutiva del fallo es la siguiente:

Primera.—Condénase al señor Bernardo Uribe O., mayor y vecino de Bogotá, a pagar a favor del señor Ismael Umaña, el valor de las siguientes prestaciones:

a) El valor de la cesantía que le corresponde de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia, teniendo en cuenta el tiempo de servicios que se compruebe y el sueldo efectivo devengado, sueldo dentro del cual habrá de avaluarse e incorporarse lo recibido por concepto de alimentación y pieza.

b) El valor de las vacaciones correspondientes al tiempo de servicio y al sueldo que logre comprobarse para la cesantía, pero teniendo en cuenta que en todo caso no padrá pasar de lo concerniente a un mes de sueldo, menos el valor de cincuenta y cinco pesos ya pagados.

Procedimiento: Las cuantías de que tratan las condenaciones anteriores, deberán ser determinadas por el procedimiento señalado en el artículo 553 del C. Judicial.

Segundo.—Por improcedentes e infundadas decláranse no probadas las excepciones propuestas.

Tercero.—Absuélvase al demandado de todos los demás cargos de la demanda.

Cuarto. Sin costas.

Apelado este fallo para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, esta Corporación dictó su sentencia el doce de agosto siguiente, y por medio de ella modificó la de primera instancia, así:

1º—Condénase a Bernardo Uribe O. a pagar al señor Ismael Umaña el auxilio de cesantía correspondiente a tres años y ochenta y siete días, comprendidos entre el primero de septiembre de 1941 y el 27 de noviembre de 1944.

2º—Condénase igualmente a Bernardo Uribe O. a pagar a Ismael Umaña el valor correspondiente a las vacaciones de los dos primeros años de trabajo de éste, comprendidos entre el primero de septiembre de 1941 y la misma fecha del año de 1943;

Parágrafo.—Los pagos anteriores se harán sobre la base de agregar al sueldo mensual en dinero que es de $ 110.00, el valor que resulte por concepto —también mensual— de la alimentación y el alojamiento que el trabajador recibía. Estas cuantías se determinarán en la ejecución de la sentencia, lo que se hará en la forma ordenada por el artículo 553 del C. J.

3º—Confírmase en lo demás la sentencia apelada.

4º—No hay costas en la segunda instancia.

El apoderado de la parte demandada, no conforme con este fallo, en escrito fechado el 14 de septiembre del pasado año, interpuso el recurso de casación, alegando que en él se contemplan cuestiones fundamentales de principios en derecho del trabajo, y allí puntualizó las que considera que justifican el recurso.

Admitido éste y tramitado en forma legal, es llegado el momento de decidirlo, lo cual se hará mediante algunas consideraciones.

Estudio de los cargos:

El cargo de mayor importancia que se encuentra en la demanda presentada por el recurrente y que este Tribunal considera que de-

be ser estudiado con la debida preferencia, es el tercero, como que, éste sí, envuelve una cuestión fundamental en derecho.

El cargo se formuló así:

Con fundamento en la misma causal primera o sea el ser "la sentencia violatoria de la ley sustantiva por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea", acuso la sentencia recurrida, con los siguientes fundamentos:

"Dijo el Tribunal: "Por lo que hace al tiempo trabajado por Umaña, para efectos del reconocimiento de la cesantía, es de observar que el tiempo fijado en la demanda no se ha **contraprobado** por el demandado, debiendo por tanto aceptarse en su totalidad, esto es en tres años y ochenta días, lo que deberá ser tenido en cuenta por el Juez del trabajo respectivo en el momento de la liquidación".

"Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o éstas", enseña el artículo 1.757 del C. C.".

"El artículo 593 del C. de P. C., a su vez dispone: "Toda decisión judicial en materia civil se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados, de manera plena y completa, según la ley, por alguno o algunos de los medios probatorios especificados en el presente título y conocidos universalmente con el nombre de pruebas".

"Y para estimar el mérito de las pruebas éstas han de formar parte del proceso... (Art. 597 del C. J.).

Es cierto que el numeral 4º del art. 67 de la Ley 6ª de 1945 dispuso "que la tarifa legal de pruebas no es estrictamente obligatoria en la apreciación de las que se aduzcan ante la jurisdicción del trabajo; pero de éste no puede concluírse que el juzgador tiene libertad suficiente para inventar las pruebas, o presumirlas, que es lo mismo cuando éstas no forman parte del proceso, por no haberse producido legal y oportunamente, pues entonces estaríamos sujetos a la arbitrariedad, principio reñido en todo caso con la organización eminentemente legalista de nuestro sistema constitucional y jurídico".

Señala como violadas las disposiciones de los artículos 1757 del C. C. y 593 del C. Judicial.

Se estudia el cargo:

Para estudiar este cargo es forzoso examinar a lo largo del expediente los elementos que sirvieron de base para emitir el fallo, ya que, según el transcrito párrafo de la sentencia, se da por sentado que como no se estableció por el demandante el tiempo de servicio prestado, no habiéndose contraprobado por el demandado la afirma-

ción de la demanda, es forzoso concluír que el actor está en lo cierto. Vale decir que tiene, en sentir del fallador, completo mérito la aseveración del demandante y que la carga de la prueba en este caso correspondía a la parte demandada.

Según las voces de la demanda, Umaña entró a trabajar al servicio de Uribe O. desde el 1º de noviembre de 1941. Pero al contestar el demandado este hecho lo negó, manifestando que se atenía a lo que pudiera comprobarse en el juicio. Es claro que de las piezas del expediente sí aparece que Umaña trabajó al servicio de Uribe O.; pero también es cierto que en parte alguna se estableció por el demandante desde cuándo empezó a trabajar.

Debe aquí decirse que fuera de la afirmación del propio actor no hay ningún elemento en el juicio de donde pueda deducirse con absoluta seguridad que el trabajador Umaña hubiera empezado a servir desde la fecha que él señala, pues el único testigo que depuso en su favor no dijo nada en tal sentido.

Tampoco hay dato alguno que permita establecer cuándo le fue entregado el pliego de instrucciones que se dice dio lugar al rompimiento del contrato; porque al paso que el demandante sostiene que le fue presentado en noviembre de 1944, y el demandado dice que esas instrucciones las tenía desde que empezó a trabajar, es lo cierto que ellas carecen de fecha. Al pie puede verse la de noviembre 30, puesta con lápiz y no seguramente por el señor Uribe O. ya que en seguida hay una firma casi ilegible, que parece ser la del funcionario del trabajo ante quien inicialmente se querelló el demandante, según puede verse en el documento que figura al folio 11, que da cuenta de la diligencia verificada ante el Inspector del Trabajo, que se halla agregado al expediente.

La sentencia no cita ninguna disposición legal en apoyo de la tesis de que por no haberse contraprobado el tiempo de servicio señalado por el demandante, su afirmación es verdadera.

Se considera:

Sabido es que en materia probatoria es principio universal el de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla. La vieja máxima: **Onus probandi incumbit actori,** al través de todas las legislaciones de todos los lugares y de todas las épocas ha sido tenida como conforme con la razón y con los más elementales dictados de la justicia. Siendo la prueba el medio legal que sirve para demostrar la verdad de los hechos que se alegan ante las autoridades judiciales, es preciso que la prueba se produzca para que la autoridad pueda calificarla.

La obligación de probar, dice Lessona, no está determinada por la cualidad del hecho que se ha de probar, sino por la condición jurídica que tiene en el juicio aquél que la invoca. "No importa que la prueba pueda ser fácil para el demandado y difícil para el actor; si el hecho que se ha de probar constituye extremo de la acción, debe probarlo el actor y no el demandado". Y el tratadista colombiano Alzate Noreña se expresa así: "El objeto de la prueba no son los derechos sino los hechos: a las partes corresponde suministrar los datos de los hechos, y el Juez aplicará el derecho que resulte de conformidad de ellos con la norma jurídica. En consecuencia, al que pretende un derecho le basta que alegue y pruebe los hechos que lo producen; y como en la lucha jurídica toda acción, por lo general, produce una reacción, si la parte demandada alega hechos que den lugar a principios para la acción contraria, debe probarlos. "Es este evento el que da lugar a la máxima **reur excipiendo fit actor".**

Según los principios expuestos al demandante le correspondía probar los hechos en que basó su demanda y uno de ellos, —el primero— fue el de que empezó a trabajar el 1º de septiembre de 1941.

No sabe este Tribunal ciertamente cuál sea el verdadero apoyo de la apreciación hecha por el fallador en el párrafo de la sentencia acusada, porque ni dentro de las normas del decreto 969 de 1946, que en el momento de dictar el fallo ya había sido suspendido por el Consejo de Estado, se encuentra asidero para ella. "El Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento", dice el art. 34 del aludido decreto, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta observada por las partes en el proceso".

"En todo caso, en la parte motiva de la sentencia el Juez indicará los hechos y circunstancias que causaron su convencimiento".

Es esta disposición un desarrollo de la regla 4ª del art. 3º de la Ley 75 de 1945 que determina que: "la tarifa legal de pruebas no será estrictamente obligatoria en la apreciación de las que se aduzcan ante la justicia del trabajo, pero los fallos serán siempre en derecho".

Pártese de la base de que en el proceso obran pruebas acerca de los hechos alegados por las partes, y se entrega a la apreciación del Juez un instrumento de convicción que le permite formar su certeza sin sujeción a la tarifa legal. Pero que esto sea así, no puede seguirse que en donde no hay prueba alguna, ni elementos de ningún género para formar el convencimiento, sea lógico llenar el vacío pro-

batorio mediante un cambio de posición de las partes en el proceso, con el argumento de que por no haberse aportado la prueba del hecho afirmado por el demandante, debió el demandado contraprobar la afirmación de aquél.

Como el fallador no expresa en qué hechos funda su convencimiento, sino que se atiene a la afirmación del demandante en cuanto al tiempo de servicio prestado, para obrar con acierto, es conveniente examinar las piezas del expediente para ver si de ellas resulta siquiera una presunción al respecto, o para saber si simplemente se trata de una errada apreciación de la sentencia recurrida; esto no obstante que tanto el fallo de primer grado como el del Tribunal admiten que no se estableció ese tiempo de servicio.

Obra en el expediente, al folio 11, la diligencia sentada ante la Inspección del Trabajo de Cundinamarca, en la cual aparece que el señor Umaña compareció ante dicha oficina para reclamar de Bernardo Uribe el pago de algunas prestaciones. Allí se habla de tres años de trabajo y se señala como fecha inicial el 1º de septiembre de 1941. Dice el demandante que el pliego de instrucciones afecta su categoría de administrador "dadas las condiciones en que venía desempeñando su trabajo con anterioridad".

La parte demandada niega que Umaña haya sido administrador del Hotel Claridge; pero acepta que fue empleado, cuando afirma que abandonó el puesto a pesar de las insinuaciones que se le hicieron para que no se retirara. En lo relativo al tiempo de servicio no hizo objeción alguna.

Pero tampoco se estableció allí nada a este respecto.

En el 1º de la demanda se afirma: el señor Umaña fue empleado particular del señor Uribe, primeramente en el café Colombia de esta ciudad desde el 1º de septiembre de 1941, y de allí pasó a la administración del Hotel Claridge hasta el 27 de noviembre de 1944.

El demandado contestó así: al primero. Le niego mi asentimiento. Me atengo a lo que resulte probado.

Entre las pruebas pedidas por el actor se solicitó el testimonio de los señores Horacio Forero y Luis Alberto Ruiz para que declararan: 2º Si les consta y por qué les consta que el señor Ismael Umaña trabajaba como administrador del Hotel Claridge de esta ciudad, como empleado del señor Bernardo Uribe O. para lo cual harán una relación pormenorizada sobre circunstancias, tiempo (se subraya) y modo como tuvieron conocimiento de los hechos sobre los cuales se les interroga...

Solamente el testigo Forero compareció a rendir su declaración.

Al punto 2º contestó: "Con ocasión de que yo trabajaba en el Café Nacional en esta ciudad aproximadamente en el año de 1933 (sic) el señor don José Uribe, hermano de don Bernardo, me propuso que me fuera a trabajar al Café Colombia, debiendo entenderme sobre este particular con don Bernardo Uribe. Como yo entrara a trabajar a dicho café en reemplazo que en el mismo tenía el señor Ismael Umaña se me dio por parte de don Bernardo las instrucciones de llevar diariamente al Hotel Claridge el producido de las ventas al cuarto del administrador, y se me indicó como tal el que ocupaba el señor Umaña, el cual encontraba yo diariamente, por eso concluyo que él era administrador; también me consta que por esa época el señor Umaña trabajaba al servicio de D. Bernardo Uribe, debido a las funciones que teníamos que desempeñar diariamente cada uno en su lugar, no me consta cuáles serían las funciones desempeñadas por el señor Umaña.

En la sentencia de primer grado se lee lo siguiente: "Ahora bien: comprobada la existencia de un contrato de trabajo sin que por otra parte aparezca el término de duración, no quiere ello decir que en el supuesto de una condenación en abstracto, tal término no pueda determinarse.

Por eso en la parte dispositiva del fallo condenó a pagar el valor de la cesantía que le corresponde de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia, teniendo en cuenta el tiempo de servicios que se compruebe y el sueldo efectivo devengado, etc....

Pero ya en la sentencia de segundo grado, la condenación se hizo no **in genere** sino concretamente, pues el Tribunal consideró que por no haberse contraprobado el tiempo fijado en la demanda debe aceptarse en su totalidad. Y ese es el punto que la demanda de casación enfoca, por hallarlo contrario a las disposiciones legales que se han citado antes.

Ciertamente en el derecho laboral colombiano la tarifa de pruebas no es estrictamente obligatoria para el fallador, lo que quiere decir que hay un ancho margen de apreciación para que el Juez pueda llegar al convencimiento necesario sobre la verdad de los hechos materia de la controversia. Pero esto mismo está diciendo que es necesario que las pruebas existan, esto es, los medios de prueba que como se ha dicho en providencias de este Tribunal no deben confundirse con las reglas probatorias (Sentencia de 27 de noviembre de 1946). El fallador puede formar su convencimiento, su certeza sobre los hechos, mediante el examen libre que hace de las pruebas aducidas al juicio; pero es necesario que ellas se produzcan, porque sin éstas, es imposible de toda imposibilidad que pueda hacer tal apreciación.

Pero de que la tarifa de pruebas no sea obligatoria no puede seguirse que por afirmarse un hecho en la demanda, sin producirse la respectiva prueba para establecerlo, sea procedente dar por sentado aquello que no se ha probado; pero ni siquiera se compadece con nuestro sistema procesal tratar de que el hecho omitido se pruebe después mediante el procedimiento especial que señala el artículo 553 del C. J., al cual hubo de recurrir el Juez de primera instancia ante la circunstancia de no haberse probado el tiempo de servicio prestado por el demandante.

Y se dice esto porque el Código Judicial solamente permite acudir a tal procedimiento cuando de frutos, intereses, daños y perjuicios se trate, como puede corroborarse si en conexión se pone la aludida disposición con la del artículo 480 de la misma obra que hace enumeración taxativa de los casos en que puede hacerse la fijación del importe de la condenación en la ejecución de la sentencia.

Y no valdría objetar que en derecho laboral no debe buscarse el equilibrio de las partes en el proceso, sobre la consideración de que una de ellas es económicamente inferior, y que, por otra parte, al Juez le corresponda ejercer en cierta manera la tutela del derecho del trabajador, porque las facultades de que está investido el funcionario que administra la justicia, aun cuando obre dentro de una zona de mayor amplitud que aquella en que se mueve cuando se trata del derecho puramente civil, no es tan absoluta como para dar por establecido un hecho sin que se haya demostrado por medio de alguna prueba, así fuere ella deficiente o incompleta. Porque si bien es cierto que de las diligencias que forman el juicio resulta evidente que Umaña fue empleado de Uribe O., en lo que hace al tiempo de servicio no hay más elemento que la afirmación de la demanda.

Los medios de prueba son establecidos por el legislador, y son los instrumentos apropiados para obtener el convencimiento de los hechos generadores del derecho que las partes invocan en juicio. Estos medios no pueden desestimarse por el Juez y es por lo que, aún en tratándose de la libre apreciación, de la estimación en conciencia permitida en ciertos juicios, debe expresarse por el fallador el fundamento en que basa su convicción. Pero, como es obvio, debe existir el elemento probatorio para que pueda ser motivo de apreciación, cualquiera que él sea.

En verdad que la jurisprudencia en materia laboral admite en ciertos casos que el fallador obre dentro de una zona de mayor ámbito, en lo relativo a las pruebas, y en favor del trabajador, cuando se parte de la base de la existencia de un hecho demostrado, el cual flu-

ya como consecuencia, otro que no lo está o no ha sido posible establecer por el demandante, en cuyo evento, si el demandado lo llegase a negar, a éste correspondería la carga de la prueba, porque ya obraría un elemento presuncional a favor del trabajador.

Si, por ejemplo, se acredita suficientemente haberse trabajado durante un año, y se demanda el reconocimiento de vacaciones, si el demandado niega deberlas, a él corresponderá demostrar que las pagó, pues la presunción actúa en favor del trabajador.

Pero en el caso que se analiza, la demostración de la existencia de un contrato de trabajo no envuelve necesariamente la presunción respecto al tiempo de servicio, y éste sí tiene que ser establecido en forma completa por el demandante, dado que se trata de hacer efectivo el derecho a la cesantía, que, como es obvio, guarda una estrecha y definitiva vinculación con el tiempo de servicio, es decir, emerge de éste. Y esa prueba se echa de menos en el expediente, por lo cual resulta inaceptable que debiera ser producida por el demandado.

En resumen, lo que aparece en este negocio es que, aun cuando no hay duda de que el demandante fue empleado del demandado, no se estableció tiempo de servicio, pues la sola afirmación del demandante no es suficiente; ni tampoco se probó la causa del retiro, porque si es verdad que se trajo a los autos el pliego de instrucciones dadas por don Bernardo Uribe O. a Umaña, no se sabe cuándo fueron entregadas, pues al paso que éste afirma que las recibió en noviembre de 1944, el demandado sostiene que le fueron dadas desde que empezó a trabajar. Ya se dijo que esas instrucciones carecen de fecha.

Por último, tampoco se estableció la clase de servicio que prestó el demandante, pues se dice por una parte que fue el de administrador, y por la otra el de Jefe de personal.

No hay, pues, elementos de juicio para que al ser casada la sentencia recurrida, pueda este Tribunal, al dictar la sentencia de instancia, hacer condenación alguna contra el demandado, por la carencia de pruebas que se deja anotada.

Carece, pues, de apoyo legal el fallo que invierte arbitrariamente la posición de las partes en el proceso, echando la carga de la prueba al demandado, e infringe en forma directa el precepto contenido en el artículo 1757 del Código Civil que es disposición sustantiva.

Estas breves consideraciones son suficientes para que la sentencia recurrida sea infirmada, pues no habiéndose establecido el tiempo de servicio del demandante no hay base para señalar la obligación que se deriva de éste, y, como consecuencia, habrá de caer toda la providencia recurrida.

Por lo expuesto, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá y en su lugar resuelve: no hay lugar a hacer las declaraciones pedidas en la demanda, por falta de pruebas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase al Tribunal de origen.

Diógenes Sepúlveda Mejía. — Cástor Jaramillo Arrubla. — Luis Alberto Bravo. — Bertha Salazar Velasco, oficial Mayor.

CLASIFICACION DE TRABAJADORES. A QUIEN CORRESPONDE HACERLA.

La clasificación de un trabajador, esto es, la determinación de si es empleado u obrero, no es cosa que la ley permita hacer al mismo trabajador ni menos al patrón o empresario. Ello corresponde a los funcionarios judiciales o administrativos del ramo, según fuere el caso.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Bravo)

Bogotá, junio seis de mil novecientos cuarenta y siete.

Luis Rincón, por conducto de apoderado, demandó ante el Juzgado sexto Civil del Circuito de Bogotá a la Empresa denominada **"Fábrica de Pastas El Gallo, Faccini & Marengón"**, para que previos los trámites de un juicio verbal se le condenara al pago de lo siguiente:

"Primero. — La suma de dos mil sesenta y un peso con cincuenta centavos m. c. ($ 2.061.50) por concepto de auxilio de cesantía por todo el tiempo que trabajó como empleado de la Fábrica "Pastas El Gallo, Faccini & Marengón, o sea desde el mes de julio de 1927 hasta el mes de octubre de 1944 mes en que fue despedido, sin justa causa, o sea durante un lapso de diez y siete (17) años y tres (3) meses de trabajo continuo".

"Segundo. — La suma de un mil cuatrocientos veinticinco pesos ($ 1.425) por concepto de horas extras dos horas diurnas de 7 a 8 de la mañana y de las 5 p. m. a las seis de la tarde, y dos horas nocturnas o sea de las seis de la tarde a las 8 de la noche, durante diez y ocho meses en los años de mil novecientos treinta y siete (1937), mil novecientos treinta y ocho (1938), mil novecientos treinta y nueve (1939), trabajo ejecutado con motivo de la reorganización de la Empresa.

"Tercero. — La suma de setecientos ochenta y ocho pesos ($ 788), por concepto de horas extras diurnas y nocturnas y descanso dominical, por trabajo verificado desde las cinco de la tarde hasta las doce de la noche, como vigilante y organizador en la exposición nacional en

el edificio del hospicio, durante seis días comunes; y por el trabajo de los domingos de las doce del día a las doce de la noche, continuamente, en el lapso de tres meses en la Exposición Nacional".

"**Cuarto.** — La cantidad de seiscientos cuarenta y cinco pesos ($ 645.00) por concepto de vacaciones que la Empresa adeuda a mi poderdante".

"**Quinto.** — Que se condene en las costas del juicio".

El actor fundó su demanda en varios hechos, de los cuales se enumeran a continuación los principales:

Rincón entró a trabajar como empleado de la fábrica en el mes de julio de 1927 (punto 1º);

Fue despedido por el gerente, señor Marengón, sin justa causa, en el mes de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944) (punto 2º);

Sus funciones en la fábrica eran: "atender los talleres, armar y cuidar de que las máquinas funcionaran correctamente y atender la dirección general de ellas en mi calidad de mecánico constructor; chofer mecánico pues tenía que trabajar con la camioneta todos los sábados.....; vigilante de la empresa cuando los administradores, gerentes, se iban a su hacienda, y ello se efectuaba en los meses de diciembre y enero de cada año; director de la sección de guillotinas y fabricación de cartuchos y de empaques; director del pabellón en las exposiciones; revisar las casas de propiedad de los gerentes y ordenar sus reparaciones; hacer los arreglos con los obreros; hacer los presupuestos de gastos de tales arreglos, etc.". Agrega que "también estaba hecho cargo de las llaves de la fábrica cuando los administradores se ausentaban" y que "recibía el dinero y lo entregaba cuando ellos estaban ausentes"; (puntos 3º y 7º);

Devengaba un sueldo de tres pesos con sesenta y cinco centavos ($ 3.65) diarios y un sobre-sueldo de diez pesos ($ 10.00) mensuales (punto 4º);

No le fueron pagadas sus vacaciones y tuvo que trabajar durante los quince días a que tenía derecho cada año. (punto 11º).

La Empresa demandada se opuso a las pretensiones del demandante y alegó que éste había trabajado a su servicio como obrero, y no como empleado particular, y que recibió todas las prestaciones que le correspondían en su calidad de obrero.

El Juez de primera instancia decidió la controversia condenando a la entidad demandada al pago de la cantidad de mil ochocientos diez y seis pesos con cuarenta y tres centavos ($ 1.816.43), por concepto de auxilio de cesantía y de setenta y ocho pesos con ochenta y tres

centavos ($ 78.83), por concepto de vacaciones. El Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, a donde subió el expediente en virtud de apelación que interpuso la parte demandada y también por vía de consulta, reformó el fallo del Juez en el sentido de condenar a la Empresa demandada a pagar la suma de trescientos cincuenta y cuatro pesos con setenta y cinco centavos ($ 354.75), por vacaciones, y lo confirmó en todo lo demás.

Contra la sentencia de segunda instancia interpuso recurso de casación la parte demandada. Agotada su tramitación, el Tribunal Supremo procede a decidirlo.

La sentencia acusada

El Tribunal Seccional motiva su decisión en lo que se refiere a cesantía y vacaciones, en los términos siguientes:

Cesantía. — "Dadas las funciones que el actor tenía que desempeñar, durante el tiempo que estuvo al servicio de la fábrica de pastas "El Gallo", las cuales se hallan claramente demostradas a lo largo del expediente, tanto por las declaraciones de los cuatro deponentes, dos presentados por la parte demandante y dos por la demandada, como de la propia confesión del demandado durante la diligencia de absolución de posiciones en las respuestas a las preguntas tercera y cuarta vistas a los folios 6 y siguientes, no queda duda alguna de que en la labor realizada por Rincón, primaba el esfuerzo intelectual sobre el simplemente físico o material; una persona como él, que tenía el cargo de mecánico de una empresa de responsabilidad, seria e importante, no puede ser cualquier latonero, remendón, antes bien, tiene que ser un individuo de responsabilidad, de vastos conocimientos en el ramo de la mecánica en general, para lo cual, es indispensable y obvio que haya hecho estudios especiales sobre la materia; la mejor comprobación de lo anterior, la constituye el hecho de haber desempeñado dicho cargo por espacio de diecisiete años, al servicio de la misma empresa, sin que se le hubiere tachado de incompetente".

"Sobre este mismo punto, el señor Juez **a-quo,** hace un largo y detenido análisis, que este Tribunal no puede menos de aceptar, en todas sus partes, y en especial en su conclusión, es decir, en cuanto hace relación a que Rincón fue un empleado de la Empresa demandada, y en ningún caso tuvo la categoría de obrero".

"Un argumento más que podía citarse a fin de darle mayor fuerza a lo sostenido anteriormente, es el hecho, práctico, de que no existe en el Departamento Nacional del Trabajo una sola clasificación de trabajadores en la cual no figuren los mecánicos en la categoría de

empleados, no hay una sola en que hayan sido clasificados como simples obreros".

"En estas condiciones, no cabe la menor duda, de que para este caso concreto, tenemos que remitirnos a las disposiciones de la Ley 10 de 1934, que hace relación a las prestaciones para los empleados particulares".

"Aun cuando la parte demandada ha manifestado que el despido de Rincón obedeció a mala conducta de éste, es lo cierto, que quien argumenta así, no presentó prueba alguna para justificar su afirmación, ni siquiera expuso el hecho ejecutado por Rincón y que la Empresa considerara un acto de mala conducta. En estas circunstancias, hay que considerar el retiro de Rincón, de la fábrica de pastas "El Gallo", como un acto unilateral del patrón y sin justa causa para ello, y le es aplicable la disposición consagrada en el ordinal c) del art. 14 de la ley antes citada, o sea, que Rincón tiene derecho al auxilio correspondiente a un mes de sueldo por cada año trabajado, o fracción sobre la base del promedio devengado en los tres últimos años".

Vacaciones. — "El demandante reclama el valor de todas las vacaciones que dejaron de dársele, pero en las posiciones que absolvió a petición del demandado, confesó haber recibido por este concepto un descanso de sólo cuatro días por cada año".

"Estando como está definida la calidad de empleado de Rincón, es claro que tenía derecho a disfrutar de quince días de vacaciones por cada año de servicio, esto al tenor del ordinal a) del art. 14 de la Ley 10 de mil novecientos treinta y cuatro, lo que implica, que al actor le quedaron debiendo lo correspondiente a once días de vacaciones por cada año de servicio".

"Queda por definir ahora, desde qué tiempo le están debiendo los once días por cada año, correspondientes a vacaciones, si desde la vigencia de la Ley 10 de 1934, que fue la norma legal que vino a instituír esta prestación para los empleados particulares; tal como lo dispone el parágrafo del art. 18 del Decreto 652 de 1935 reglamentario de la ley mencionada, o si por el contrario es el caso de acoger la tesis sostenida por el señor Juez del conocimiento, consistente en afirmar, que el demandante tiene derecho solamente a las vacaciones correspondientes a los dos últimos años de servicios, fundándose en lo dispuesto en el art. 20 del Decreto 652 de 1935 reglamentario de la Ley 10 de 1934, el cual hace referencia al fenómeno de la acumulación de vacaciones hasta por dos años".

"Este Tribunal, no puede propiciar la tesis sostenida por el señor Juez **a-quo**, por cuanto es doctrina generalmente aceptada y por consi-

guiente discutida, la de que las vacaciones de los trabajadores, son una prestación social, sea que se concedan en tiempo o que sean compensadas en dinero, y en ningún caso puede pensarse que esta prestación social pueda considerarse como salario o parte de él".

"También es verdad, que de acuerdo con el artículo 20 del Decreto 652 de 1935, las vacaciones pueden acumularse hasta por dos años, pero es entendido, que esta acumulación, es para cuando se trata de vacaciones concedidas en tiempo, mas en ningún caso y por ningún motivo, cuando se trata de compensar en dinero, esta prestación".

"No sería justo desde ningún punto de vista, que cuando la concesión de las vacaciones depende de la voluntad del patrono y en ningún caso de la del trabajador, éste fuera a perder el derecho a ellas, sufriendo con esto un notorio perjuicio y en cambio, proporcionándole un beneficio, o mejor, un enriquecimiento sin causa al patrono que no ha sabido o no ha querido dar cumplimiento a las disposiciones legales sobre la materia".

"Para las prestaciones sociales existe la prescripción señalada en el art. 2636 del Código Civil, de modo pues, que si la acción es entablada por vía ejecutiva, la prescripción será de diez años; y si es seguida por el procedimiento ordinario, será de veinte años la prescripción".

"La prescripción señalada en el art. 4º de la Ley 165 de 1941, es únicamente para lo relacionado con salarios y para las indemnizaciones especiales por accidentes de trabajo; dicha disposición fue consagrada por el legislador de manera taxativa".

"Está demostrado, que Rincón durante el tiempo que estuvo al servicio de la fábrica "Pastas el Gallo", y que fue desde el año de 1927 hasta el 23 de octubre de 1944, solamente disfrutó de vacaciones a razón de cuatro (4) días por cada año. Ahora bien. Como la prestación social sobre vacaciones fue instituída por el legislador por medio de la Ley 10 de 1934 en su artículo 14, ordinal a), y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 652 de mil novecientos treinta y cinco, reglamentario de la Ley mencionada, dice expresamente: Que el derecho que tienen los empleados a las vacaciones se considerará existente solamente desde la vigencia de la Ley 10 de 1934, es obvio que desde tal fecha, o sea desde el 20 de noviembre de 1934, fecha de la sanción, empieza a correr el derecho para el trabajador y la obligación para el patrono".

El recurso

Dentro de la causal primera del artículo 520 del C. J., expone el recurrente cinco cargos, que se examinarán a continuación, siguiendo el orden lógico de los mismos.

Primer cargo. — El señor Rincón trabajó como obrero de la fábrica y no como empleado, pues los oficios que ejecutaba eran puramente mecánicos y en ellos predominaba el factor material sobre el intelectual, circunstancia reconocida por el propio demandante en los recibos que expidió a favor de la Empresa, visibles a los folios 20, 21 y 23 del cuaderno principal, recibos que el Tribunal no apreció a pesar de que tienen el carácter de instrumentos auténticos por figurar en el expediente sin que el demandante los hubiera objetado en ninguna forma.

Se considera:

La clasificación de un trabajador, esto es, la determinación de si es empleado u obrero, no es cosa que la ley permita hacer al mismo trabajador ni menos al patrón o empresario. Ello corresponde a los funcionarios judiciales o administrativos del ramo, según fuere el caso.

Por otra parte, el Tribunal sí tuvo en cuenta las pruebas aducidas por las partes para establecer la naturaleza de las labores que desempeñó el demandante, como se deduce de los apartes de su fallo que atrás se transcribieron. Pero la conclusión a que llegó en ese particular es intocable, en virtud del principio de la libre apreciación judicial de la prueba que, para los juicios del trabajo, consagró la regla cuarta del art. 3º de la Ley 75 de 1945.

En consecuencia se rechaza el cargo.

Segundo cargo. — El retiro del señor Rincón se efectuó el día 23 de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro, cuando estaba en vigencia el Decreto 2350 de ese año, estatuto legal que reformó la Ley 10 de 1934 y fijó los derechos de los trabajadores. El Tribunal sentenciador ha debido, pues, aplicar al caso de autos las normas de dicho Decreto, entre las cuales está la obligación para el patrono de pagar a sus trabajadores, sean empleados u obreros, en caso de despido sin justa causa comprobada, el auxilio de cesantía a razón de un mes de salario por cada año de trabajo y proporcionalmente por las fracciones de año, computando el tiempo anterior sólo hasta por cinco años. Y como hizo condenación por todo el tiempo que el actor dijo haber prestado servicios en la empresa, o sean dieciseis años, diez meses y veintitrés días, violó, por infracción directa, el artículo 8º del Decreto 2350 de 1944.

Se considera:

En una nación democrática como la nuestra, cuya Carta Fundamental establece que el trabajo gozará de la especial protección del Estado, la función legislativa en esa materia, supone un constante

proceso de extensión y superación de las garantías concedidas a las clases asalariadas. Tal es el caso del Decreto 2350 de 1944 que otorgó prestaciones sociales a sectores antes desamparados o bien mejoró las ya existentes. Entenderlo en el sentido de que, quizá con la mira ideal de uniformarlas, de hacerlas iguales para obreros y empleados, mermara las que respecto de éstos ya estaban consignadas en la Ley 10 de 1934, es un error que se demuestra con la simple transcripción de la parte inicial del art. 8º del referido Decreto:

"Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán también al patrono, **además de las que le impongan leyes especiales** (se subraya), o convenciones de trabajo, las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros".

Al hablar de leyes especiales se refirió sin duda el Decreto no sólo a aquellas que tratan de prestaciones no contempladas por él, como el seguro colectivo de vida, la protección a la maternidad, etc. sino también a las que ya regulaban prestaciones semejantes en forma más favorable para los trabajadores, como la Ley 10 de 1934, sobre derechos de empleados particulares, que estableció un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicios que presten o hayan prestado, sin ninguna limitación retrospectiva de tiempo.

En otros términos, el Decreto 2350 de 1944 en su art. 8º señaló las prestaciones sociales comunes a empleados y obreros, sin perjuicio de dar a unos u otros un tratamiento más ventajoso, si estuviere autorizado o previsto en leyes especiales o en convenciones colectivas.

Ahora bien: en el asunto que se estudia, el señor Rincón que sirvió a la empresa demandada como empleado particular durante mucho más de cinco años, resulta más favorecido por la disposición especial contenida en el art. 14 de la Ley 10 de 1934 que con la aplicación del art. 8º del Decreto 2350 de 1944, y por tanto el Tribunal obró acertadamente dándole preferencia a la primera de estas disposiciones.

En consecuencia no prospera el cargo.

Tercer cargo. — La sentencia violó por aplicación indebida el art. 14 de la Ley 10 de 1934. Cuando se efectuó el retiro del demandante ya estaba en vigencia el art. 8º del Decreto 2350 de 1944 que reformó a aquél y limitó a cinco años de salario el valor del auxilio de cesantía, ya se tratara de empleados particulares o de obreros.

Se considera:

Ciertamente la regla primera del parágrafo del art. 8º del Decreto 2350 de 1944 señaló un límite máximo de cinco años para liqui-

dar el auxilio de cesantía por tiempo de trabajo anterior al citado Decreto, pero dejando a salvo lo dispuesto sobre cómputo de tiempo en leyes especiales o convenciones colectivas de trabajo, conforme a la parte inicial del mismo artículo.

En lo demás, este cargo aparece examinado en el aparte precedente. No es admisible.

Cuarto cargo. — Violó la sentencia, por aplicación indebida, el art. 14 de la Ley 10 de 1934. Este precepto se refiere a empleados particulares y de consiguiente no beneficia al demandante, que es un obrero y no un empleado particular.

Se considera:

Este cargo fue examinado y hallado sin fundamento en los apartes 1º y 3º

Quinto cargo. — El fallo acusado violó, por interpretación errónea, el artículo 20 del Decreto 652 de 1935, reglamentario de la Ley 10 de 1934 y el artículo 4º de la Ley 165 de 1941. Con base en el artículo 14, ordinal a), de la Ley 10 de 1934 el Tribunal condenó a la Empresa a pagar a Rincón vacaciones a razón de quince días por cada año de servicios, a partir de la vigencia de dicha ley, sin tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 20 del Decreto 652 de 1935 no se pueden acumular sino dos turnos de vacaciones y sólo cuando se trate de empleados encargados de labores técnicas o de confianza para los cuales es difícil conseguir reemplazo. No siendo acumulables las vacaciones más que por dos años, únicamente puede compensarse en dinero el valor correspondiente a las de ese tiempo.

Por otra parte estima el recurrente que el Tribunal perdió de vista que el pago de vacaciones remuneradas no es otra cosa que el pago de un salario y que como tal está sujeto a la respectiva norma de prescripción, o sea la contenida en el art. 4º de la Ley 165 de 1941.

Se considera:

No hay razón de orden jurídico para sostener que el término de prescripción de las vacaciones, ya sea que se conceda en descanso o que se compensen en dinero, esté subordinado a la acumulación en tiempo que en ciertas circunstancias permite la ley. Al respecto dijo esta Corporación en sentencia de fecha 24 de mayo último:

"No es aceptable tampoco la jurisprudencia que había venido sentando en Colombia la justicia ordinaria, antes de establecerse la jurisdicción especial del trabajo, en el sentido de que la prescripción extintiva de la acción de vacaciones comprendía el mismo lapso que el autorizado por la ley para acumularlas, porque uno es el derecho de los empleados particulares, según el Decreto 652 de 1935, acumu-

lar vacaciones por una sola vez cuando se trata de servicios técnicos o por mayor lapso cuando el trabajador reside en lugar distinto del de su familia, y otro muy diverso es el término para la extinción del derecho a disfrutar de su descanso anual, por el no ejercicio de la acción correspondiente. La acumulación se autoriza en casos de excepción, al paso que la prescripción de la acción de vacaciones rige como regla general. La acumulación es la suma de vacaciones permitida en ciertos casos por la ley, al paso que la prescripción de esa acción es el plazo señalado por las normas legales para que pueda ella ejercitarse válidamente. Aquella se refiere al descanso y ésta al tiempo para demandarlo. Son, pues, de naturaleza muy diversa, surgen en momentos diferentes y tienen fines completamente distintos. Por lo tanto, que se rectifique la jurisprudencia de la justicia ordinaria a que se hace alusión, por ser manifiestamente equivocada". (Carlos Julio Ruiz contra Da Via Hermanos, Sociedad Limitada").

De consiguiente el Tribunal sentenciador al dejar de aplicar el artículo 20 del Decreto 652 de 1935, que versa sobre acumulación de vacaciones, al caso de autos, no incurrió en violación de la ley. Pero en cambio es evidente que interpretó erróneamente el artículo 14 de la Ley 10 de 1934, ordinal a), al condenar a la Empresa demandada al pago en dinero de vacaciones correspondientes a nueve años, pues dicha disposición trata del derecho al descanso remunerado y no de su compensación en dinero. Por otra parte ni aquél ni ésta pueden reconocerse sin la limitación que establece el artículo 4º de la Ley 165 de 1941, sobre prescripción de las acciones para el cobro del salario, en armonía con el 5º del Decreto 484 de 1944, sobre prescripción del derecho a las vacaciones, que si bien se refiere a los trabajadores públicos, debe extenderse, a falta de norma expresa, a los empleados particulares en virtud de la regla de hermenéutica conforme a la cual cuando no existe ley que contemple exactamente el caso controvertido se aplicará la que regule materias análogas.

Acerca de estos puntos se dijo en la sentencia ya citada: "Es verdad que no existe disposición legal expresa que ordene ese pago (compensación en dinero), en tratándose de empleados particulares, en la Ley 10 de mil novecientos treinta y cuatro ni en su decreto reglamentario número 652 varias veces mencionado. Existe sí para los trabajadores del servicio oficial, pues el inciso 2º del artículo 4º del Decreto 484 de 1944, que modificó el número 1.054 de 1938, reglamentario del artículo 2º de la Ley 72 de 1931, sobre vacaciones remuneradas de los trabajadores públicos, dispone que "cuando el trabajador quede definitivamente fuera del servicio antes de disfrutar de las

vacaciones causadas, tiene derecho al pago de la remuneración correspondiente a ellas".

"Es natural que si no se ha gozado de ese descanso ordenado por la ley y ya el empleado ha dejado de servir a la empresa o patrón, no puede reconocerse ese derecho a las vacaciones en forma distinta de su pago de dinero, porque no existe oportunidad para disfrutarla, tal pago debe efectuarse de conformidad con la remuneración ordinaria correspondiente...".

"...Para el Tribunal Supremo es verdad que no existe disposición legal expresa en la Ley 10 de 1934 ni en el Decreto 652 de 1935, que señala el término de prescripción de la acción de vacaciones de los empleados particulares. En cambio, sí existe para la misma acción de los trabajadores oficiales. En efecto, el artículo 5º del Decreto 484 de 1944, ya citado, reglamentario de la ley sobre vacaciones de los trabajadores públicos, dice que "el derecho a las vacaciones se extingue como el salario por prescripción de cuatro años, con sujeción a las disposiciones legales sobre la materia"; y como la prescripción del salario, de acuerdo con el artículo 4º de la Ley 165 de 1941, es de cuatro años, es este el lapso señalado por la ley para la extinción de esa acción de los trabajadores oficiales".

"Es regla fundamental de hermenéutica en nuestra legislación la de que cuando no exista ley que contemple exactamente el caso controvertido, se aplicará la que regule materias semejantes (Ley 153 de 1887, artículo 8º). Por consiguiente, para regular la prescripción de la acción de vacaciones de los empleados particulares, se dará aplicación al artículo 5º del Decreto 484 mencionado, que fija en cuatro años la de igual acción de los trabajadores oficiales, y debe entonces aceptarse que para la extinción de aquella rige el mismo plazo de cuatro años".

"Pero el Tribunal de Bogotá no procedió de acuerdo con esta interpretación que no solamente es elemental sino lógica y jurídica sino que dio aplicación al artículo 2536 del Código Civil que fija en diez años la prescripción de la acción ejecutiva y en veinte la de la ordinaria y, por lo tanto, reconoció al demandante las sumas de dinero correspondientes a los siete años de servicios que prestó a la compañía demandada. No dijo expresamente ese Tribunal cómo consideraba la acción de vacaciones de los empleados particulares, si como ejecutiva o como ordinaria, para efectos de esa prescripción, pero aplicó en todo caso aquella norma general del Código Civil, aunque no se sabe en qué forma, ni por cuál de los dos conceptos de prescripción que contempla...". (Carlos Julio Ruiz contra "Da Via Hermanos Sociedad Limitada", mayo 24 de 1947).

En cuanto al momento en que empieza a correr la prescripción de las vacaciones, en la misma sentencia se expuso lo siguiente:

"Ya se dejó visto que el derecho a vacaciones es el que se otorga a quien trabaja un año continuo, con el fin de que obtenga un adecuado descanso. Nace, pues, en el momento de cumplirse ese año de labores. Y el derecho a compensar las vacaciones en dinero es el que adquiere el asalariado cuando termina el contrato de trabajo sin que haya disfrutado de ese descanso. Nace, por lo tanto, cuando no se ha gozado de vacaciones, en el momento de extinguirse el contrato de trabajo.

"El derecho a descansar, a las vacaciones, es de carácter principal y el de compensarlas en dinero, es supletorio, porque sólo se otorga éste cuando aquél ya no puede ejercitarse o disfrutarse en su forma peculiar. Son de igual naturaleza porque nacen de hechos semejantes, principalmente del de haberse cumplido determinado tiempo de trabajo, aunque por su mismo carácter diverso de principal y subsidiario surgen a la vida jurídica en momentos diferentes. Aquél sólo existe cuando se cumple un año de trabajo y éste cuando no es posible obtener aquél por haberse extinguido el contrato de trabajo".

"Durante la vigencia de ese contrato sólo son concebibles las vacaciones como descanso o cesación remunerada del trabajo, como suspensión de labores para que el asalariado recupere sus fuerzas perdidas, pero, por lo mismo, ese derecho implica la continuación del contrato una vez terminado el período de descanso. Sólo, pues, existe el derecho a vacaciones, es decir, a descansar, durante la vigencia del contrato de trabajo, o dentro de él. Cuando éste termina y no se gozó de aquel derecho, ya existe una imposibilidad de orden físico para que el descanso se lleve a efecto; por consiguiente, se reemplaza con un derecho similar, que no puede ser otro que satisfacer en dinero, en forma compensatoria, el tiempo que ha debido disfrutarse en vacaciones y, sin embargo, se empleó en continuar trabajando. De lo contrario, el patrono obtendría una evidente utilidad al contrariar la ley, se lucraría indebidamente con el trabajo obtenido durante el tiempo de vacaciones y se consagraría una fuente de enriquecimiento sin causa, pues si el descanso es remunerado, y el asalariado trabajó durante ese lapso con un salario ordinario, el patrono obtuvo por igual suma un trabajo que no hubiera logrado si cumple con el deber legal de conceder durante ese tiempo las vacaciones".

"Por ser de naturaleza idéntica ambos derechos, se extinguen o prescriben en igual término; pero, por nacer en momentos diferentes, la prescripción de ellos se cuenta, como es obvio, desde momentos

también diversos y termina, por consiguiente, en tiempos muy distintos".

"Siendo de cuatro años esa prescripción —según se vio atrás— para el derecho a las vacaciones debe regir igual disposición que para el derecho de compensarlas en dinero. El primero nace desde la fecha en que se cumple un año de trabajo continuo y termina por lo tanto, cuatro años después de esa fecha. Al paso que el segundo surge a la vida legal y entra al patrimonio jurídico del trabajador cuando se extingue el contrato de trabajo, sin que, naturalmente, se hubiera disfrutado del correspondiente descanso ya causado, y vence cuatro años después.

"De acuerdo con lo expuesto, se llega a la conclusión de que sólo se pueden reclamar y pagar en dinero las vacaciones no prescritas, es decir, aquellas causadas, no disfrutadas y que todavía eran exigibles al momento de terminarse el contrato, porque su pago en dinero, una vez extinguido el pacto de trabajo, tiene un carácter compensatorio y debe ser, por consiguiente, igual a lo que trata de compensarse. De modo que si al finalizar el contrato se tiene que el trabajador no ha disfrutado de vacaciones durante seis años, por ejemplo, el patrón le debe el valor en dinero correspondiente a las no prescritas, o sea a las de los últimos cuatro años, porque las anteriores prescribieron".

"Esto es cuando no hay lugar a acumular, pues cuando se tiene ese derecho y se efectúa la acumulación, sin que se disfrute del descanso, la acción para reclamar las vacaciones, como tales, prescribe en los mismos cuatro años, pero con la natural diferencia de que este plazo principia a contarse desde que se causaron las últimas vacaciones comprendidas dentro de la acumulación. Y su compensación en dinero, en caso de que termine el contrato de trabajo sin haberlas disfrutado, comprende las que se permitieron acumular, como es obvio, y la prescripción de la acción para el cobro de la suma correspondiente principia a contarse como en las demás acciones de esta misma clase, o sea, desde que se extingue el pacto de trabajo...".

Hay lugar, pues, a casar parcialmente la sentencia recurrida, en lo relativo a la acción por vacaciones, no obstante las deficiencias que se observaron en la formulación del cargo.

En consecuencia se procede a dictar el fallo que sustituya la parte infirmada.

Según las posiciones absueltas por el señor Marengón en su carácter de gerente de la empresa demandada (folios 6 a 9 del cuaderno principal) el demandante señor Rincón sólo gozó de las vacaciones que se le concedían a los obreros, "a razón de cuatro días por año".

Y conforme a las mismas posiciones devengó un salario de tres pesos con sesenta y cinco centavos ($ 3.65) diarios más un sobresalario de diez pesos ($ 10.00) mensuales. Los anteriores datos concuerdan con lo que afirmó el demandante, también al absolver posiciones (folios 30 y 31).

Como se dijo al examinar el primer cargo de la demanda de casación, el sentenciador clasificó al señor Rincón como empleado, en vista de las pruebas aducidas por las partes, y el Tribunal Supremo no puede tocar esa conclusión. Habiendo tenido la calidad de empleado tenía derecho a quince días de vacaciones por cada año de servicio (artículo 14 de la Ley 10 de 1934, ordinal a). Por tanto la entidad demandada debe compensarle en dinero once días por cada año de servicios, pero únicamente respecto de los últimos cuatro años, ya que este lapso es el que corresponde a la prescripción de la acción de vacaciones de los empleados particulares, de acuerdo con la interpretación que en esta providencia se hizo de las normas pertinentes.

En cuatro años son cuarenta y cuatro días de vacaciones sin pagar. Sobre la base de un salario de tres pesos con noventa y ocho centavos ($ 3.98), se obtiene un resultado aritmético de ciento setenta y cuatro pesos con doce centavos ($ 174.12), moneda corriente.

Por lo expuesto, el Tribúnal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Seccional de Bogotá proferida en el presente juicio, en cuanto condenó a la entidad demandada a pagar al demandante la suma de trescientos cincuenta y cuatro pesos con setenta y cinco centavos ($ 354.75) moneda legal, por concepto de vacaciones causadas y no disfrutadas; en su lugar, reforma el numeral primero, parte tercera, de la sentencia del Juzgado sexto civil del circuito de Bogotá, dictada en el mismo juicio, en el sentido de fijar en ciento setenta y cuatro pesos con doce centavos ($ 174.12) moneda corriente la cantidad que la Fábrica de Pastas "El Gallo, Faccini & Marengón" con domicilio en Bogotá, está obligada a pagar al señor Luis Rincón, por el concepto expresado. NO CASA la sentencia acusada en lo demás.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la "Gaceta del Trabajo" y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo. — Cástor Jaramillo Arrubla. — Diógenes Sepúlveda Mejía. — Guillermo Martínez R., Secretario.

I. IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS DEL TRABAJADOR. II. CARTA O FINIQUITO DE PAGO.

I. — Es un hecho evidente que el trabajador no puede renunciar a los beneficios que la ley le otorga. En la práctica ésto no suscita dificultad alguna cuando se trata de la renuncia anticipada de esos beneficios. Toda estipulación que menoscabe esos derechos del trabajador, hecha con antelación a la realización del trabajo, esto es, antes de causarse el derecho, tiene un objeto ilícito. En cuanto a los derechos concretos del trabajador, esto es, a aquellos que son el resultado del cumplimiento del contrato de trabajo, de la prestación del servicio, y respecto de los cuales no falta sino su reconocimiento y pago, la jurisprudencia se ha orientado en el sentido de que siendo la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador una medida de protección que la ley ofrece a éste contra los posibles abusos de los patronos, tampoco debe admitirse su menoscabo en forma alguna, así se trate de arreglos con toda la apariencia de licitud. Por esto la transacción, en tratándose de derechos laborales, en cuanto se demuestre que ha sido operada en forma que lesione los intereses del trabajador por no ajustarse a los mandatos legales, viene a ser considerada como una renuncia de tales derechos, y, por consiguiente, contraria a las normas que consideran de orden público el derecho social.

II. — El finiquito expedido por el trabajador, es decir la declaración que éste haga en el sentido de que se halla a paz y salvo con su patrono o empleador, no siempre puede considerarse como que contiene una renuncia de sus derechos, que la ley le protege, porque bien puede ocurrir que la suma recibida por el trabajador corresponda a las respectivas prestaciones, y mucho más, si hay algunas de ellas susceptibles de diferendo, de litigio, las cuales podrían llegar a no ser reconocidas por la justicia. La renuncia, pues, debe aparecer clara, sin lugar a dudas de las cláusulas de la convención respectiva.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Sepúlveda Mejía)

Bogotá, junio nueve de mil novecientos cuarenta y siete.

Ramón Uribe Durán demandó ante el Juzgado segundo del Circuito del Socorro a la señora Elvia Sarmiento v. de Durán a fin de que le reconociese y pagase auxilio de cesantía por 13 años de trabajo, vacaciones relativas a ocho años de servicio, horas extras diurnas y nocturnas, dominicales y días de descanso remunerado. En total la cantidad de ocho mil quinientos veintiocho pesos con cuarenta y nueve centavos.

El Juzgado del conocimiento desató la litis y solamente condenó al pago de la suma de doscientos cuarenta y cinco pesos con dieciocho centavos. Pero como las partes no se conformaron con el fallo, interpusieron el recurso de apelación para ante el Tribunal Superior de San Gil, el cual hubo de pasar el expediente al Tribunal Seccional del Trabajo de Bucaramanga, correspondiendo a éste dictar la sentencia de segundo grado.

En efecto, con fecha doce de junio de 1946 el aludido Tribunal dictó en estrados su sentencia, y por medio de ella reformó la de primera instancia, e hizo las siguientes condenaciones:

Por vacaciones correspondientes a tres años	$ 90.00
Auxilio de cesantía por doce años	775.00
Trabajo dominical	608.00
Trabajo en días de descanso obligatorio	68.00
Horas extras de trabajo diurno	331.56
Horas extras de trabajo nocturno	397.87
Total	$ 2.270.43

El apoderado de la parte demandada interpuso contra este fallo el recurso de casación para ante este Tribunal Supremo, el cual recibió la tramitación legal y se halla en estado de recibir la respectiva sentencia.

Los cargos de la demanda. — Primer cargo

a) Por ser violatorio de la ley sustantiva, por indebida aplicación de ésta, a causa de la apreciación errónea de determinada prueba.

"Al folio 105 y ss. del cuaderno primero de este juicio, obra un do-

cumento privado en que se contiene una cláusula que está marcada con el número 11 y que copié al folio 4 de este escrito. Allí se dice: fuera de esta prima, el señor Uribe D. declara que no tiene obligación activa pendiente de ninguna especie ni por ningún concepto, a cargo de la sucesión del doctor Julio César Durán".

"Dicho documento está suscrito por Uribe Durán, y posteriormente a la presentación de la demanda por parte de su apoderado, el señor Uribe D. reconoció el documento judicialmente (F. 108) diciendo: "'El documento que se me pone de presente y que acabo de leer, suscrito por la señora Elvia Sarmiento v. de Durán y yo, con fecha primero de julio de mil novecientos cuarenta y uno, en esta ciudad, es exacto, legal y corriente en todas y cada una de sus cláusulas, y la firma que lo acredita, al final de dicho documento y que textualmente dice: "Ramón Uribe D. fue puesta allí de mi propio puño y letra y es la misma que acostumbro en todos mis actos públicos y privados....".

b) Por esa misma apreciación errónea de la prueba, el Tribunal violó el art. 1625 del C. C. según el cual las obligaciones se extinguen por el pago. Como el demandante suscribió espontánea y libremente una declaración de pago, las obligaciones que en cualquier momento pudieran haber pesado sobre el doctor Durán o su sucesión, a favor de Uribe Durán, se extinguieron, y entonces se violó la disposición citada por falta de aplicación. Y también el art. 1636 de la misma obra, que señala los casos en que es nulo el pago hecho al acreedor.

c) Como al documento en referencia, y en especial a su cláusula undécima, no se les dio por el Tribunal el valor que tienen se infringieron las disposiciones de los artículos 1757, 1761 y 1765 del mismo Código.

d) "Como al mismo contrato se le desconoció su vigencia y su eficacia en cuanto a la cláusula undécima, se violó el art. 1602 de la misma obra y también el siguiente".

Se estudia el cargo.

El problema sometido a la consideración de este Tribunal consiste en determinar qué valor puede asignársele a la cláusula undécima del contrato celebrado entre la señora Elvia Sarmiento v. de Durán y el demandante, y en virtud de la cual este ciudadano hace la declaración de hallarse a paz y salvo con la sucesión del doctor Julio César Durán, por todo concepto, para entrar a formalizar un nuevo contrato de trabajo con la expresada señora.

Al analizar este punto el Juez de primera instancia hace el si-

guiente razonamiento: "Ha hecho especial hincapié el procurador del demandante sobre el principio de la irrenunciabilidad de las prestaciones por parte del asalariado, y que en tal virtud la declaración contenida en la cláusula undécima del convenio celebrado por los litigantes no tiene ningún valor por cuanto ella implica una violación al principio de que aquellos derechos del empleado son intangibles. Claro que el Juzgado desconoce ese postulado expresado por la doctrina y por los Legisladores; pero en el caso concreto de Uribe Durán no aparece ameritado que éste hubiera expresamente renunciado a determinados derechos. El hecho de que el demandante al expresar en un acto espontáneo de su voluntad que nada le debe la sucesión del doctor Julio César Durán, por ningún motivo, es algo que pueda desestimarse por el juzgador por presumirse que ello implica una renunciación de sus derechos protegidos por la Ley? El Juzgado considera peligrosa esta consideración porque en el caso contemplado el demandante no ha hecho la manifestación de que no quiere hacer valer el derecho que le asiste. Esto sí sería renunciar y violar la disposición de orden público. En ninguna disposición ni ningún Tribunal ha pretendido sentar la doctrina de que extrajudicialmente al patrón le esté vedado pagar las prestaciones a los obreros. Porque con la tesis sostenida por el demandante se ha querido plantear el dilema de que tan sólo cuando el patrono sea sentenciado por providencia ejecutoriada, pueda exonerarse de desembolsar las sumas demandadas por sus empleados. Nada más ajeno a la realidad y contrario al derecho, porque si el mismo demandante confiesa que su pretendido deudor nada le debe, que ya está a paz y salvo y si esa confesión no tuviera ningún valor ¿en qué situación de inferioridad ante la ley quedaría el empresario? Ningún principio legal podría invocar entonces éste para resolver los conflictos en que se viera envuelto con motivo de sus relaciones con los asalariados.

"No es posible para el sentenciador presumir que Uribe Durán al autorizar la cláusula undécima estuviera violando el principio de orden público que caracteriza el derecho social; y no es posible interpretar así esa clásula porque entonces llegaríamos a una situación diametralmente opuesta a la consagrada expresamente por la propia manifestación del demandante en cuyas palabras no existe ni el más leve asomo de una renunciación violatoria del Derecho del Trabajo".

A su turno el Tribunal considera que esa declaración del señor Uribe D. equivale a una renuncia de sus derechos, por no haberse especificado el **quamtum**, en relación con cada una de las prestaciones

a que el pago de la suma de **mil** pesos se refirió. Son éstas las breves palabras del Tribunal, pues la sentencia no hace más consideraciones sobre el particular:

"Para que la excepción que se comenta fuera procedente, se necesitaría la constancia escrita en la cual se determinara claramente cuál es la cantidad de dinero que recibe por cada una de las prestaciones y a qué período de trabajo se refieren. Se declara pues improbada la excepción de pago; igualmente no hay lugar en el presente caso, a que se opere el fenómeno de la compensación auncuando tuviera cabida en este juicio, porque, como bien se sabe, para que sea posible se requiere, entre otras cosas, que las dos partes sean recíprocamente deudoras, cosa que no ocurre en el presente caso".

En suma, el Tribunal Seccional se limita a sostener que es inaceptable el finiquito que contiene la mencionada cláusula undécima porque no hace ninguna discriminación acerca de las prestaciones que se consideran canceladas con la expresada suma de mil pesos.

Se considera:

Irrenunciabilidad de derechos sociales

Al examinar el alcance de este cargo será forzoso estudiar la cuestión relativa a la irrenunciabilidad de los derechos consagrados por la ley en favor de los trabajadores.

Es indiscutible que la legislación del trabajo es de orden público. Sobre la base de que el trabajador en la generalidad de los casos necesita de la protección del Estado para que su actividad no sea objeto de explotación por parte del empresario o patrono, que se supone mejor capacitado para defenderse socialmente en sus relaciones con el trabajador, la ley opera con un sentido tutelar en favor de éste, y, en previsión de que sus mandatos sean mal aplicados o dejen de aplicarse, consagra el principio de la irrenunciabilidad de los derechos y garantías establecidas en su favor.

De manera que es un hecho cierto que el trabajador no puede renunciar a los beneficios que la ley le otorga. Y esto en la práctica no suscita dificultad alguna cuando se trata de la renuncia anticipada de esos beneficios. Toda estipulación que menoscabe esos derechos del trabajador, hecha con antelación a la realización del trabajo, esto es, antes de causarse el derecho, tiene un objeto ilícito, y no es necesario insistir acerca de este aspecto de la cuestión.

En cuanto a los derechos concretos del trabajador, esto es, a aquellos que son el resultado del cumplimiento del contrato de trabajo, de la prestación del servicio, y respecto de los cuales no falta sino su

reconocimiento y pago, la jurisprudencia se ha orientado en el sentido de que siendo la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador una medida de protección que la ley ofrece a éste contra los posibles abusos de los patronos, tampoco debe admitirse su menoscabo en forma alguna, así se trate de arreglos con toda la apariencia de licitud. Por esto, la transacción, en tratándose de derechos laborales, en cuanto se demuestre que ha sido operada en forma que lesione los intereses del trabajador por no ajustarse a los mandatos legales, viene a ser considerada como una renuncia de tales derechos, y, por consiguiente, contraria a las normas que consideran de orden público el derecho social.

Pero en el caso que se estudia no puede hablarse de una transacción en el sentido jurídico del vocablo. En parte alguna se ha demostrado que el contrato de trabajo celebrado por el señor Uribe Durán con la señora Elvia Sarmiento v. de Durán y en el cual se hizo constar que aquél recibía la suma de **mil pesos** como prima por los servicios prestados al doctor Durán, y que no tenía obligación activa pendiente con la sucesión de éste, envuelva una verdadera transacción. Porque de autos no resulta que ese contrato se hubiera celebrado con el propósito de zanjar un diferendo para terminar un pleito o para evitarlo ni tampoco hay de dónde inferir que el contratante Durán hubiera obrado bajo la presión de la otra parte, haciendo renuncia en ese momento de los derechos de que fuera titular. Si se aceptare lo contrario se llegaría a la conclusión de que en ningún caso podría el patrono reconocer y pagar directamente las prestaciones de sus trabajadores, puesto que si el recibo correspondiente para acreditar el pago se mira como una renuncia de esos derechos, sería forzoso en todos los casos ocurrir a la vía judicial para poder atender a la cancelación de las respectivas prestaciones. De esta manera no resultarían, ciertamente, mejor protegidos los derechos del trabajador, pues que a las obligadas dificultades de todo litigio, gravaríase su interés con gastos inevitables, como honorarios, etc., que, en la mayor parte de los casos, según lo ha demostrado la realidad, son altos cuando de esta clase de negocios se trata, además de la consiguiente demora para la solución de ellos. De suerte que, en principio, debe darse validez al finiquito que expide el trabajador, si no ha sido obtenido en forma dolosa o por cualquier modo indebido, y si en realidad no ha menoscabado derechos claros e indiscutibles. De otra manera la inseguridad rodearía todo intento de atender al pago de las prestaciones del trabajador, así se haga dentro de los más estrictos mandatos de la ley.

Pero, se alega, en el supuesto de que tenga valor el finiquito que contiene la cláusula undécima del contrato celebrado entre la señora Elvia Sarmiento v. de Durán y el demandante, que no puede imputarse al pago de la cesantía, pues ese derecho no se había causado aún, desde luego que el trabajador no se había retirado del trabajo, o no había sido despedido. Esta argumentación es inválida si se considera que precisamente por la circunstancia de celebrarse un nuevo contrato de trabajo por la señora Sarmiento v. de Durán, formalizado esta vez por escrito y en estipulación de condiciones distintas, era la oportunidad de liquidar el primero celebrado verbalmente con el patrón fallecido, para poder dar cumplimiento al último. Y mal podría interpretarse que la suma de que se trata fue entregada a título de mera liberalidad, dejando pendiente el pago de las prestaciones a que tenía o debía tener derecho Uribe Durán.

La tesis del Tribunal sobre irrenunciabilidad de los derechos que emanan de las leyes sociales es inobjetable; pero para que ella pueda tener base suficiente, es necesario que en cada caso aparezca que ha habido renuncia de esos derechos, que ésta emerja sin lugar a duda de las cláusulas de la convención respectiva; pero en manera alguna se puede partir del supuesto de que todo finiquito, es decir, toda declaración hecha por el trabajador en el sentido de que se halla a paz y salvo con su empleador contiene una renuncia de los derechos que la ley protege.

En este negocio no es pertinente estudiar si la transacción es o no lícita en tratándose de derechos y garantías laborales, pues nada autoriza para suponer que entre la señora Elvia v. de Durán y el demandante se operara tal contrato, o, mejor dicho, que ella se desprenda de los términos del convenio cuya cláusula undécima hace referencia al reconocimiento de una suma líquida de dinero y que contiene la declaración de que se viene hablando.

Concretamente por lo que hace al finiquito, es preciso dejar establecido que, en principio, no envuelve transacción, y que solamente mediante el examen de las circunstancias que rodean cada caso puede determinarse si a su expedición le precedió o no una renuncia de derechos, que lo haría inválido.

En el Código del Trabajo de Chile existe una disposición análoga a la del artículo 18 de la Ley 10 de 1934, que dice así: "Los derechos otorgados por las leyes del trabajo son irrenunciables".

La jurisprudencia de ese país es abundante en el sentido de atribuírle valor a un finiquito en virtud del cual el trabajador declara libre de obligaciones a su patrón, por servicios prestados.

"La irrenunciabilidad de derechos y beneficios que establece la ley, no obsta para que el Tribunal atribuya completa eficacia al finiquito por el cual el empleado declara a su empleador libre de todo cargo y responsabilidad derivada de la terminación del contrato de servicios". (Sentencia del Tribunal de alzada de Santiago).

"El hecho de estar el empleado en su puesto al firmar el finiquito, no le priva de mérito probatorio, por cuanto lo que el Código de Trabajo prohibe es toda estipulación que importe renuncia de derechos o beneficios que en él se establecen, pero no de los que tengan relación con servicios prestados o devengados". (Corte Suprema de Santiago).

"Si se negare valor a un finiquito por el hecho de haber sido otorgado cuando el empleado estaba en servicio y que se refiere a prestaciones anteriores a él, habría que suponer que el legislador no contempla sino empleadores que no cumplen sus obligaciones, o sea, empleadores y empleados que no podrían liquidar sus derechos y obligaciones sino por la vía del litigio judicial, lo que es inadmisible; pues un finiquito, sustancialmente, no es otra cosa que un recibo escrito, que da constancia de pagos realizados, es decir, prestaciones de lo debido efectuadas antes de toda controversia judicial, y esta es la finalidad requerida universalmente por el legislador, porque es la que por excelencia rechaza prácticamente el desorden entre los ciudadanos, al cumplir éstos buenamente sus obligaciones sin necesidad de la coacción, que sólo ampara el derecho resistido". (Sentencia de la Corte Suprema de Santiago de Chile).

También la jurisprudencia española ha consagrado el hecho de que el finiquito no conlleva necesariamente renuncia de los derechos del trabajador. Así puede verse, por ejemplo, en sentencia de 18 de enero de 1933, y en relación con el artículo 57 de la Ley sobre contrato de trabajo, que expresa que es nulo todo pacto que limite en daño de cualquiera de las partes el ejercicio de los derechos civiles o políticos, así como la renuncia, hecha por el trabajador, antes o después de la celebración del contrato, de las indemnizaciones a que tenga derecho por accidentes en el trabajo, perjuicios ocasionados por incumplimiento del contrato o cualesquiera otros beneficios establecidos por la ley. Allí se dijo:

"El recibo de cancelación de todas las cuentas existentes entre patrono y obrero no puede considerarse pacto nulo ni que contiene renuncia de derechos, sino que es finiquito de cuentas, que ha de producir efectos legales".

En otra decisión se lee: "Ya se dé al documento por el que el ac-

tor se declara completamente liquidado sin derecho a reclamación alguna, el carácter de una declaración de pago, constitutiva de un elemento de prueba, ya el de una renuncia de derechos, siempre será forzoso estimar que no tiene por sí solo valor decisivo, sino sometido a la apreciación del juzgador en concurrencia con los demás elementos probatorios aportados, y lo que es más, nulo en el segundo supuesto, por establecerlo así la legislación social, cuyo espíritu y letra niegan la eficacia a la renuncia de derechos reconocidos a favor de los obreros".

De esta jurisprudencia resulta más fácil comprender, por qué no puede reputarse en todo caso que una carta de pago o finiquito envuelva precisamente una renuncia de derechos. Porque bien puede ocurrir que la suma recibida corresponda al valor de las respectivas prestaciones y muchísimo más si hay algunas de ellas susceptibles de diferendo, de litigio, y que podrían llegar a no ser reconocidas por la justicia.

De esta manera considerada la cuestión, bien puede decirse que para poder determinar si la declaración contenida en la cláusula undécima del convenio celebrado entre el demandante y la señora Elvia v. de Durán envuelve una renuncia de los beneficios otorgados por la ley en favor de aquél, en lo relativo a los servicios prestados al doctor Durán, es inadmisible, legalmente, o, si por el contrario, es válida, y puede dársele algún mérito, es forzoso estudiarla en relación con los antecedentes del convenio, vistos al través de las diversas piezas del expediente.

Fue por causa del fallecimiento del doctor Julio César Durán, antiguo empleador del demandante, por lo que la señora viuda de aquél celebró un nuevo contrato y se hizo constar por escrito. Esa sola circunstancia indica que al consignarse en el convenio una declaración referente a las obligaciones de la sucesión del fallecido doctor Durán, en lo tocante con los servicios prestados por el demandante, se daba por terminado el anterior, y de allí resulta claro el ánimo de dejar cancelada una siutación. De suerte que en esta parte no es exacta la apreciación del Tribunal, en cuanto afirma que no había nacido el derecho a reclamar la correspondiente cesantía por parte de Durán en el momento de formarse el nuevo convenio, puesto que de los términos de éste fácilmente se desprende que el propósito fue el de dar vida a una relación jurídica distinta, sobre bases claramente estipuladas.

Ahora bien: las prestaciones indiscutibles esto es, que no era necesario discutir o controvertir en juicio, en favor del demandante,

representaban una suma tal en el momento de celebrarse el nuevo convenio que al recibirse por concepto de ellas la suma de **mil pesos,** ¿pudiera entenderse que se hacía renuncia de una parte de ellas? La respuesta no podría darse en forma categórica. Tales prestaciones, al decir de la demanda, posterior a la firma del aludido convenio, se referían a cesantía, horas extras, vacaciones, etc. ¿Eran todas ellas indiscutibles?

Para demostrar lo aventurado de una afirmación semejante bastaría observar que como Durán desempeñaba el cargo indudablemente directivo de administrador del almacén de botellería del doctor Julio César Durán, y aun cuando nada se alegó acerca de esa condición por la parte demandada, es lo cierto que no habría podido por esa causa reclamar el pago de horas extras, y según la liquidación que se ofrece en la sentencia, quizá al descontar el monto de esas horas no podría considerarse que con el pago de la cantidad de **mil pesos** se obtuviera en favor del empleador ventaja alguna que envolviera renuncia de derechos por parte del empleado. Inclínase pues el ánimo a considerar que no hubo renuncia de derechos al hacerse la declaración que contiene la cláusula undécima del contrato celebrado por la señora Elvia Sarmiento v. de Durán y el demandante.

Pero supuesto que la expresada cantidad fuera inferior al valor de las prestaciones, ¿será jurídico desestimar la cláusula referida, por el hecho de no contener especificación alguna acerca de las prestaciones que cobijaba, y hacer una condenación prescindiendo en absoluto de dica suma? No parece ser esto lo acertado y justo, aunque, desde luego, lo indicado, para mayor claridad, es que esa especie de declaraciones se haga en forma discriminada.

Dado lo anterior se tiene que el cargo es fundado en cuanto al hecho de no haberse considerado el finiquito otorgado por el demandante, lo que hará que la sentencia sea casada parcialmente.

Segundo cargo

El segundo cargo de la demanda no puede ser considerado en este fallo porque es sencillamente una alegación para establecer la contradicción en que dice que incurre el Tribunal al rechazar la cláusula undécima del contrato, en cuanto al valor del finiquito como medio de extinción de las obligaciones de la sucesión y aceptarla en cuanto al hecho de que el demandante recibió tal cantidad aparte del valor de su sueldo.

Al formular este cargo no se invoca ninguna causal legal ni se cita la disposición violada.

Tercer cargo

El tercer cargo se formula así:

"Para los juicios de trabajo sí rige hoy la causal segunda de casación. En efecto, habiéndose declarado inexequible el Decreto 969 de este año, que la excluía malamente presumiendo que la falta de consonancia entre lo pedido y lo fallado sólo puede referirse a la cuantía, sobre casación aquí rigen las reglas generales. En consecuencia acuso la sentencia con base en esa causal segunda del artículo 520 del C. C. (sic) por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes".

Y ello porque se demandó a la sucesión del doctor Julio César Durán en cuanto a las prestaciones reclamadas, y el fallo condenó no a esa sucesión, sino a la señora Elvia Sarmiento v. de Durán como "representante legal de la sucesión de ésta", y es bien sabido que de acuerdo con la demanda, la sucesión está representada de distinta manera: es a saber, por ella y por una hija legítima. Por otra parte, a la señora Elvia se le demandó personalmente en cuanto a las prestaciones causadas posteriormente al primero de julio de 1941, y sin embargo la condena en todas sus partes pesa sobre ella "como representante legal de la sucesión" del doctor Durán.

Se observa:

El Decreto 969 de 1945 que cita el recurrente no ha sido declarado inexequible, pues, entre otras cosas, fue demandado ante el H. Consejo de Estado por ilegal y no por inconstitucional y solamente suspendido provisionalmente. El Consejo de Estado no tiene a su cargo la misión de declarar la inexequibilidad de los decretos extraordinarios que se reputan contrarios a la Constitución.

Pero el recurrente dice que acusa la sentencia por la causal segunda del artículo 520 del C. J. "por no estar en consonancia el fallo con las pretensiones deducidas oportunamente por los litigantes". Pues se demandó a la sucesión del doctor Julio César Durán en cuanto a las prestaciones reclamadas y el fallo condenó, no a la sucesión sino a la señora Elvia Sarmiento v. de Durán como representante legal de la sucesión de éste, y es sabido, dice, que la sucesión está representada por la expresada señora y por una hija legítima.

Esta causal no es de recibo para el caso que se contempla, pues es sabido que la jurisprudencia constante de nuestra Corte Suprema de Justicia, acogida por el Tribunal Supremo del Trabajo en diversos fallos indica que ella no puede referirse sino a aquellos negocios en que se ha resuelto sobre puntos ajenos a la controversia (extra pe-

tita); por haberse dejado de resolver sobre algo que ha sido materia del juicio (ultra petita), etc.

De suerte que no cabe examinar este cargo en la forma en que ha sido producido.

Cuarto cargo

"Acuso la sentencia por la causal sexta del artículo 520 del C. de P. C., por haberse incurrido en la segunda causal de nulidad del artículo 448 ibídem.

"En efecto, la señora Elvia de Sarmiento tiene personería en parte, pero en parte carece de ella dentro del juicio. En parte, porque fue demandada personalmente y en su propio nombre. Pero en cuanto la demanda y el juicio se refieren a la sucesión, no está demostrada su personería. Ni siquiera está demostrada en la forma legal la muerte del doctor Durán, ni consta que la señora Elvia y su hija sean herederas de aquél ni consta que sean todas las herederas, y es bien sabido que cuando se dirige una demanda contra una sucesión hay que demostrar esas circunstancias y dirigir la demanda contra todos los herederos.

"La señora Elvia no se apersonó como heredera, sino en su propio nombre. Con ella se entendía el juicio en cuanto se refería a sus obligaciones personales, pero no en cuanto a las de la sucesión, cuya existencia —la de la sucesión— no se demostró, como no se demostró su calidad de representante de ella".

Se examina el cargo.

Afirma el demandante que el juicio está afectado de nulidad porque se adelantó contra la señora Elvia Sarmiento v. de Durán, en su propio nombre, y como representante de la sucesión del finado doctor Julio César Durán y guardadora de su hija menor. Que no hay en el expediente prueba alguna de la existencia de tal sucesión, pues ni siquiera se ha demostrado el fallecimiento del doctor Durán y la calidad de herederos de la demandada y de la señorita hija.

El cargo es de una gran importancia, en realidad; mas examinando los folios del proceso se observa que en parte alguna se consideró ese aspecto del problema debatido; ni la sentencia de primer grado se refiere a él, ni la que es objeto del recurso de casación lo toma en consideración. De donde resulta que se trata de un motivo nuevo que aparece presentándose al estudio de este Tribunal en virtud de la demanda que se analiza.

A este respecto es uniforme la opinión de los expositores en cuanto hace inadmisible el estudio de las cuestiones nuevas en casación dado que en este recurso no se realiza una revisión del juicio sino que

la actividad del Tribunal se limita a hacer una confrontación entre la sentencia acusada y la ley que se dice infringida para poder establecer si ha sido o no violada por aquella.

"El Tribunal de casación, dice Garsonnet, decide si en un caso particular, el derecho y la ley se aplicaron correctamente y tal como debieron serlo a los sujetos de un acto o situación jurídica, idénticos al acto o a la situación que se les había sometido". Y comenta de la Plaza: "Lógicamente se deduce de ello, que el recurso extraordinario en cuanto sensura una actividad **in judicando**, no puede rebasar los límites en que se ejercitó; y tal ocurría si, extemporáneamente se resolviese tesis distinta de la que en instancia, por determinación voluntaria de las partes, sometieron éstas al juzgador".

Quiere esto decir que si el punto que se plantea al Tribunal de casación no ha sido objeto del debate en ninguna de las instancias, y, especialmente, si no ha sido tratado en la sentencia que se acusa, aparece revistiendo la condición de motivo nuevo en el recurso, que lo hace en principio inadmisible. Por excepción los motivos nuevos cuando tocan con el orden público, no se reputan como tales. "No dejaremos de observar que, en la doctrina extraña, no se reputan como cuestiones nuevas las que afectan al orden público; y ello, porque, no pudiendo renunciarse ni expresa ni tácitamente los derechos que viven bajo su amparo, es lícito hacer valer éstos en cualquier estado de la causa y, desde luego, por primera vez, ante el Tribunal de Casación. (Comentario de Miguel de la Plaza. — La Casación civil, pág. 164).

Aplicando estas opiniones al caso de que se trata, se tiene que la cuestión relativa a la representación de la señora Elvia Sarmiento v. de Durán, es completamente nueva en el recurso de casación, pues en la demanda presentada ante el Juez del Socorro se observa que se le señaló como representante de la sucesión del finado doctor Julio César Durán y, al mismo tiempo, como guardadora de su hija menor, sin que esa representación hubiera sido objeto en alguna de las instancias del juicio de reparo alguno. Por consiguiente, el cargo no puede hacerse valer en este recurso de casación, y, por tanto, es el caso de desecharlo.

Quinto cargo

Por último acuso de nuevo la sentencia con fundamento en la causal 1ª del artículo 520 citado, es decir, por violación de la ley sustantiva por falta de apreciación y por apreciación errónea de determinadas pruebas procesales.

"En efecto, por no haberse apreciado o por haberse apreciado erróneamente las pruebas relacionadas con la mala conducta de Uri-

be Durán como empleado, se violó el artículo 14 de la Ley 10 de 1934".

Busca esta acusación que se considere al empleado Uribe Durán como despedido por causa de mala conducta, con lo cual no tendría derecho a cobrar auxilio de cesantía. Las pruebas no se individualizan por el recurrente a fin de facilitar su examen por el fallador; mas es indudable que de los diversos testimonios que obran en el expediente surge acreditada no precisamente la mejor conducta por parte del demandante. Y aun de su propia deposición aparece que no fue ejemplar su comportamiento; pero es lo cierto que no se acreditó que el despido fuera originado por esa mala conducta, y que, por lo que hace a la primera etapa de servicios, esto es, mientras trabajó el demandante al doctor Durán, no solamente no se le despidió por esa causa sino que se celebró con él un nuevo contrato de servicios, lo que indica que no fue ese el motivo determinante de su retiro.

Tampoco puede servir este cargo para la infirmación del fallo, ya que, por otra parte, el Tribunal es autónomo en la apreciación de las pruebas, y solamente cuando esa apreciación conduzca a un ostensible error de hecho, cabe la acusación contra aquél, por violación de la ley, originada por este error.

En mérito de las consideraciones expuestas, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Bucaramanga, que ha sido objeto de este recurso, en cuanto condena al pago de prestaciones sociales a favor del demandante y a cargo de la demandada por el lapso anterior al primero (1º) de julio de mil novecientos cuarenta y uno (1941), fecha del contrato escrito celebrado entre ellos y NO LA CASA en cuanto a lo demás. En consecuencia, las prestaciones sociales que debe pagar la señora Sarmiento v. de Durán al señor Ramón Uribe Durán, por razón del presente litigio, son las que reconoció la sentencia de primera instancia, más la cantidad de sesenta pesos ($ 60.00) moneda legal por razón del auxilio de cesantía correspondiente a la segunda etapa de los servicios prestados por el demandante, iniciada desde el primero de julio de mil novecientos cuarenta y uno (1941); por lo tanto, la suma total debida por la demandada al demandante es la de **trescientos cinco pesos con diez y ocho centavos ($ 305.18)** moneda legal.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase al Tribunal de origen.

Diógenes Sepúlveda Mejía. — Cástor Jaramillo Arrubla. — Luis Alberto Bravo. — Guillermo Martínez R., Secretario.

I. DESDE CUANDO DEBE CONTARSE EL TERMINO DE LA PRESCRIPCION EXTINTIVA DE LAS ACCIONES EN DERECHO LABORAL. — II. CALIDAD DE VIGILANTES, PASANTES O CELADORES QUE PRESTAN SERVICIOS EN ESTABLECIMIENTOS DE EDUCACION

I. — Es doctrina constante del Tribunal Supremo del Trabajo que la prescripción extintiva de las acciones que consagra la legislación laboral debe contarse desde que el derecho se hizo exigible, porque así lo ordena el artículo 2535 del Código Civil, que se aplica por analogía en los litigios del trabajo, de acuerdo con las normas de hermenéutica del derecho positivo, ya que no existe disposición legal que autorice contarla desde la terminación del contrato de trabajo.

II. — Las personas encargadas de la vigilancia de educandos en establecimientos que tienen internado, atienden una actividad de confianza, en un sentido moral, puesto que a ellas se entrega nada menos que la responsabilidad sobre la conducta de los vigilandos, que es factor primordial en la formación espiritual del personal puesto bajo cuidado del respectivo celador o vigilante.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Sepúlveda Mejía)

Bogotá, junio diecisiete de mil novecientos cuarenta y siete.

Mediante la representación que le confiriera Mercedes Puentes Amaya de Rodríguez, el doctor Carlos Arturo Ramírez demandó ante el Juez Séptimo del Circuito Civil de Bogotá a las señoritas Isabel y Soledad Casas, a efecto de obtener el reconocimiento y pago de diversas prestaciones sociales.

Según las voces de la demanda, la señora de Rodríguez solicitó el pago de las siguientes cantidades:

La de mil setecientos diez pesos con noventa y seis centavos ($ 1.710.96), por concepto de cesantía, correspondiente a un lapso de servicios comprendido entre el mes de febrero de 1929 y diciembre de 1942.

La de cuatro mil ochocientos veintisiete pesos con sesenta y seis centavos ($ 4.827,66), por razón de horas extras trabajadas en el desempeño de su empleo de vigilante del Colegio de propiedad de las señoritas Casas;

La de mil setecientos ochenta pesos con setenta y nueve centavos ($ 1.780.79), por lo referente a dominicales.

El litigio se desarrolló inicialmente ante el expresado funcionario, pero una vez en función los juzgados especiales del trabajo, pasó el expediente al conocimiento del Juez primero del ramo, a quien le correspondió dictar la respectiva sentencia, después de algunas incidencias que ante el anterior funcionario tuvieron lugar y que prolongaron un tanto el juicio.

La sentencia de primera instancia condenó a las demandadas, señoritas Casas, al pago de las siguientes cantidades:

Por auxilio de cesantía	$ 1.137.50
Horas extras trabajadas en días ordinarios	1.625.00
Domingos trabajados	282.80
Horas suplementarias en días domingos	325.75

Pero no conforme el apoderado de las expresadas señoritas con la providencia del Juez de primera instancia, interpuso el recurso de apelación para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, y éste, después de tramitar el negocio, dictó su sentencia con fecha 10 de julio de 1946, y al efecto confirmó la de primer grado en varios puntos, y la reformó en cuanto lo referente al pago de los domingos.

El recurso

Tanto el apoderado de la parte demandante como el representante de las señoritas Casas interpusieron el recurso de casación para ante este Tribunal Supremo, por no hallarse de acuerdo con las decisiones adoptadas por el Tribunal de instancia, y en virtud de tal recurso ha subido el negocio al conocimiento de esta entidad, siendo llegado ya el momento de decidirlo, pues se ha agotado su tramitación legal.

Antecedentes

La señorita Mercedes Puentes Amaya entró a trabajar al servicio de las señoritas Soledad e Isabel Casas, como vigilante, en el Colegio de propiedad de éstas que funciona en esta ciudad. Tuvo lugar su in-

greso al expresado plantel desde los comienzos del año de 1929. Fuera del servicio de vigilancia, la señorita Puentes dictaba en el Colegio una clase de bordados.

Todo marchaba sin dificultades hasta que a mediados del año de 1942 la señorita Puentes decidió contraer matrimonio con el señor Felipe Rodríguez, hecho que tuvo lugar en la parroquia de Chapinero el día 19 de julio, según lo expresa la partida correspondiente que se trajo a los autos.

Conforme a las afirmaciones formuladas en las audiencias públicas por los apoderados de las partes, se entiende que este matrimonio dio lugar a que la señora de Rodríguez no continuara en el desempeño del puesto de vigilante del colegio de las señoritas Casas, porque, al decir del representante de éstas, se hizo incompatible el cumplimiento de las obligaciones anexas al empleo con el de los deberes conyugales. No obstante la misma señora de Rodríguez afirma que no fue esa la causa de su retiro del colegio, porque a pesar de su nuevo estado, trabajó durante medio año más; pero que, más tarde, las señoritas Casas, no volvieron a recibirla.

Sea de ello lo que fuere, es lo cierto que el retiro de la expresada empleada dio origen al litigio que hoy tiene a su estudio este Tribunal en virtud del recurso que contra la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, interpusieron ambas partes.

Hallábase vigente el Decreto 969 de 1946, sobre procedimientos en asuntos laborales, cuando se dictó en estrados la sentencia del Tribunal; pero su motivación fue hecha posteriormente, el día veintitrés de julio, esto es, trece días después de haberse proferido, pues la audiencia se verificó el 10 del expresado mes.

El doctor Luis Caro Escallón, apoderado de la parte demandante, en el acto de la notificación de tal providencia, interpuso el recurso de casación, pero como el representante de la parte demandada no concurrió a la audiencia, sólo después de la notificación de la sentencia, el día 27 de julio interpuso el recurso cuando ya habían transcurrido más de quince días de dictada aquélla. Y esta circunstancia da pie al doctor Caro para sostener que el doctor Uribe Cualla, apoderado de las señoritas Casas, interpuso el recurso fuera de tiempo, y, por otra parte, no hay constancia de que se le hubiera concedido, pues el acto del Tribunal apenas dispone la remisión del expediente a esta superioridad.

Pero, considerando que una sentencia no puede carecer de parte motiva y auncuando el procedimiento que adoptaba el Decreto 969 permitía dictar la parte resolutiva antes que aquélla, es lo cierto que

no puede estimarse que existía la providencia sino cuando ya se había hecho su motivación, y, por lo demás, como es en esta parte de ella en donde se hacen obrar los argumentos que sostienen el fallo, apenas es lógico concluir que para poder recurrir de éste, es preciso conocer los fundamentos legales en que se apoya. Lo que quiere decir que, dentro de una razonable aplicación de las normas procesales, debe entenderse que el término para interponer el recurso de casación empezó a correr en este caso, desde el momento en que se dio conocimiento de la motivación respectiva, pues ésta es inseparable de la parte dispositiva, como se ha dicho antes.

Por estas razones, el Tribunal Supremo del Trabajo, obrando con amplitud, dio por legalmente interpuesto el recurso del doctor Uribe Cualla, y se ocupará de él más adelante.

Demanda del doctor Caro Escallón

El doctor Caro Escallón acusa la sentencia con invocación de la causal primera del art. 520 del C. J. por violación del art. 4º de la Ley 165 de 1941, por errónea interpretación. Sostiene en síntesis, que la prescripción de cuatro años que señala esta disposición para el cobro de los salarios no debe aplicarse en la forma en que lo hizo el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, considerando que tal término corre desde el mismo momento en que se hace exigible la obligación, sino que es al terminar el contrato de trabajo cuando debe empezar a contarse ese plazo de la prescripción. Como razón de hecho aduce la de que si el empleado cobra inmediatamente que se hace exigible la obligación las horas extras a que crea tener derecho, dará lugar al consiguiente despido lo que hace más aconsejable que se reserve ese derecho para después de expirado el respectivo contrato de trabajo. Pero a esta objeción se replica fácilmente diciendo que en el contrato de trabajo no hay por qué suponer que una de las partes, (el patrono) parta de la base de que la otra (el empleado) renuncia aparentemente al cobro de su trabajo extraordinario para poder mantener vigente el contrato; porque hay que presumir el conocimiento de las disposiciones legales por las partes contratantes, y, especialmente, por los patronos.

Las razones que aduce el recurrente en favor de la tesis contraria a la del Tribunal son sin duda alguna muy bien inspiradas; pero ellas son más bien de orden práctico que jurídico, y las decisiones de la justicia deben acomodarse a la realidad legal. Si, pues, el art. 4º de la expresada Ley 165 de 1941 no dice desde cuándo debe entenderse que empieza a correr el término de la prescripción, hace bien el Tribu-

nal en armonizar esta disposición con la norma general de derecho civil del art. 2535, según la cual "se cuenta el tiempo de la prescripción desde que la obligación se ha hecho exigible"; esto es desde que ha nacido el derecho a reclamar el pago correspondiente.

No cree el Tribunal Supremo que la sentencia acusada pueda caer por la supuesta violación del referido art. 4º pues los mismos términos de la demanda lo dejan a salvo desde el momento en que según las propias palabras del demandante: "no se trata de debate alguno en torno al art. en sí mismo, sino únicamente de interpretar desde cuando ha de comenzarse a contarse el plazo de prescripción que él indica". El ataque de la demanda es más bien por la aplicación de la parte final del art. 2535 del C. C.; pero esta disposición no se ha señalado como violada.

Este Tribunal se ha pronunciado ya sobre el particular, cuando en sentencia de 24 de mayo pasado dijo lo siguiente:

"Se ha discutido mucho por los expositores de Derecho de Trabajo y por las autoridades judiciales de diversos países, y aún se han adoptado tesis contrarias por las legislaciones de los pueblos más cultos acerca del momento desde el cual debe principiar a contarse la prescripción de las acciones consagradas por la legislación laboral.

Una tesis sostiene que a partir de la exigibilidad del derecho y así lo establece nuestro Código Civil cuando dice en su art. 2535 que la prescripción extintiva de las acciones y derechos "se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible". Y otra contraria afirma que sólo debe contarse desde la terminación del contrato de trabajo porque es en ese momento cuando el trabajador adquiere plena independencia del patrón, recobra su libertad económica y puede ejercitar por lo tanto, las acciones judiciales que tenga contra él, sin temor a represalias de ningún género; al paso que si debiera ejercitarla durante la ejecución de su contrato correría el riesgo de que el patrón demandado lo rompiese o diese por terminado por ese hecho.

Principalmente en España y Méjico este problema ha suscitado controversia pero la adpoción de la última tesis en el segundo de estos países originó situaciones difíciles para las empresas que obligaron a la Cuarta Sala del Trabajo de la Corte Suprema de Justicia de esa Nación a reconsiderarla para acoger la contraria".

Para el Tribunal Supremo no hay duda de que la teoría que propugna la prescripción extintiva de las acciones laborales se cuenta a partir de la terminación del contrato de trabajo; tiene un fundamento real como es el de que durante su vigencia no gozaría el trabajador de completa libertad para demandar a su patrón por el temor a

ser despedido por éste. Pero carece de base en la Ley y no debe, por lo tanto, acogerla.

"Por otra parte, la tesis de que esa prescripción debe contarse desde que el derecho se hace exigible es la que consagra el art. 2535 del Código Civil y como no existe disposición expresa sobre la materia en la legislación colombiana del trabajo, debe ser aplicada dicha norma por analogía a los litigios de esta última clase, de acuerdo con conocida disposición de hermenéutica de nuestro derecho positivo (art. 8º Ley 153 de 1887)".

Estas breves razones son suficientes para desestimar el cargo.

Demanda del doctor Uribe Cualla

Véase en seguida cómo formuló su demanda el doctor Uribe Cualla:

Dice así:

Admisibilidad del recurso

"El recurso de casación que por medio de este escrito paso a fundamentar es admisible, por razón de la cuantía, ya que ésta en el presente proceso pasa de la suma de $ 1.000.00 en cuyo evento es viable, de conformidad con el art. 67 de la Ley 6ª de 1945".

Causales de casación

"La Ley 6ª de 1945 consagró el recurso de casación para las sentencias que dicten los Tribunales Seccionales del Trabajo en los juicios cuya cuantía exceda de mil pesos ($ 1.000.00) pero no señaló normas concretas, en que legalmente se establecieran las causales de casación. En el particular ha venido rigiendo no un criterio restrictivo, sino uno más amplio y equitativo. Las razones de equidad han venido imperando sobre las normas jurídicas rígidas".

Como puede observarse, tanto al interponerse el recurso por el doctor Uribe Cualla, como al formular su demanda, cita en forma especial el art. 67 de la Ley 6ª de 1945, por considerar que por esta disposición fue establecido este medio de impugnación contra las sentencias proferidas por los Tribunales Seccionales del Trabajo. Al respecto conviene repetir aquí que el mencionado artículo 67 solamente contiene unas bases fijadas por el Legislador al Presidente de la República, para el caso de que dictara normas procesales en materia laboral antes del 20 de julio del expresado año. En realidad, fue por

el art. 3º de la Ley 75 de 1945 ordinal 6º por el que se estableció el recurso de casación en los negocios de trabajo. De manera que la cita del recurrente es del todo equivocada.

En cuanto a las causales de casación dice el dotcor Uribe Cualla que no fueron establecidas por la Ley 6ª mencionada, en lo cual tiene razón; como tampoco las señaló la Ley 75 de 1945, pues en ésta únicamente se dijo qué clase de sentencias son susceptibles del recurso. Por esta razón el Tribunal Supremo del Trabajo definió el problema ocurriendo a las disposiciones del Código Judicial para llenar los vacíos de que la legislación social adolece.

A este respecto dijo esta Corporación lo siguiente:

"La Ley 6ª de 1945 creó la Corte Suprema del Trabajo, como Tribunal de Casación. La Ley 75 del mismo año estableció el recurso de casación en materia del trabajo. Y el Decreto 969 de 1946 fijó las causales de casación en este ramo y el procedimiento a seguir en tal recurso.

Pero el 13 de julio último, el H. Consejo de Estado suspendió provisionalmente dicho Decreto, de modo que, siguiendo las normas generales de hermenéutica que consagra nuestra legislación para casos similares, debe la Corte aplicar en un todo, mientras se expide el Código Procesal del Trabajo, las disposiciones del Procedimiento Civil, acerca de las causales de casación, y el trámite en estos recursos, en cuanto no sean incompatibles con las características especiales del derecho del trabajo y de nuestras leyes sobre la materia. Se llena así un vacío de la legislación con los preceptos que regulan asuntos semejantes. (Ley 153 de 1887, art. 8º).

Los cargos de la demanda

Dice el recurrente:

"La sentencia acusada debe ser infirmada porque ella fue dictada bajo el imperio de una legislación que por mandato de autoridad competente quedó sin vigor. El Tribunal Seccional del Trabajo aplicó en la segunda instancia el procedimiento oral y mediante éste se dictó la sentencia recurrida. Es sabido que ese procedimiento consagrado en el Decreto Ejecutivo dictado en desarrollo de la Ley 6ª, fue declarado írrito y jurídicamente no tuvo eficacia. Por este primer aspecto el fallo debe ser casado a fin de que la actuación se retrotraiga y se sujete toda la segunda instancia al trámite procedente".

Al formularse este cargo no se dice por el recurrente cuál es la causal de casación que invoca, ni tampoco cuál es la disposición legal que estima violada. El cargo es simplemente el de que la segunda

instancia del juicio se ventiló por el procedimiento establecido en el Decreto 969 de 1946, decreto que ni siquiera menciona exactamente la demanda. Pero tal cargo no tiene viabilidad suficiente para alcanzar los efectos buscados, pues cuando se dictó la sentencia, el 10 de julio de 1946, se hallaba vigente el procedimiento allí establecido, pues solamente el día 13 de julio siguiente fue decidido el recurso de súplica que contra el auto que decretó su suspensión provisional, profirió la Sala Plena del H. Consejo de Estado.

Fuera de que el cargo es inocuo, no está bien formulado y, por consiguiente, no basta para producir la casación del fallo acusado.

Continúa así la demanda:

Segunda causal

"En el evento improbable de que se estimare procedente el procedimiento adoptado en el segundo grado del juicio, existen motivos que determinan la infirmación de la sentencia.

"Para exponer aquellos motivos, quiero referirme por vía de método a cada una de las condenaciones decretadas por el Juez del Trabajo de Bogotá en la sentencia de primera instancia, que merecieron la confirmación de parte del Tribunal Seccional en el fallo de segunda".

Auxilio de cesantía

Como cuestión primordial debe examinarse cuál fue la causa de la terminación por parte de la demandante de los servicios que venía prestando en el Colegio de que son directoras las demandadas, como vigilante o inspectora de alumnas; si en realidad hubo despido injustificado de ésta; o si por el contrario el retiro fue voluntario y la actora se puso en incapacidad de atender al cumplimiento de sus obligaciones anexas al empleo que ejercía en aquel instituto docente".

"Más adelante agrega:

"Yo sostengo que no hubo despido injustificado, sino únicamente ocurrió un retiro voluntario, y que este retiro se produjo porque la señorita Mercedes Puentes Amaya, al casarse, no podía simultáneamente en las horas de la noche atender a las alumnas en el dormitorio donde debía ella permanecer y cumplir en su casa, con su marido, las obligaciones conyugales bajo el mismo techo de su esposa. Eso es todo. Y todas las demás argumentaciones sobran y son impertinentes, inútiles y aun extravagantes".

Luego el demandante sostiene que la señora Puentes de Rodríguez ejercía un cargo de vigilancia o de confianza y que por esa ra-

zón no estaba sometida a la jornada legal, pues sus labores son de aquellas exceptuadas por el art. 2º de la Resolución Nº 1ª de 1934 del Departamento Nacional del Trabajo.

Igualmente afirma el recurrente que la sentencia debe casarse por lo que respecta a los servicios prestados en días domingos, y al efecto consigna este párrafo:

"Respecto de los domingos, además de no estar comprobada la prestación de los servicios en tal día, la sentencia debe también casarse en este punto, pues el Juez en el fallo de primer grado sostuvo la tesis de que "debe pagársele la remuneración doble de que habla la ley, teniendo en cuenta al efectuar la liquidación correspondiente el fenómeno de la prescripción", como consecuencia de esta otra teoría: "No estando pues, remunerado el domingo es claro que el que se ha trabajado debe remunerársele doblemente pero sin que pueda alegarse que ya en el sueldo mensual está incluída la remuneración sencilla a no ser que la presunción legal de que se ha hablado se destruya mediante prueba en contrario".

Como puede observarse, la demanda agrupa dentro de lo que llama causal segunda todas las alegaciones referentes a auxilio de cesantía, trabajo en horas extras y en días feriados. En realidad, no se determinan las verdaderas causales de casación que se invocan, ni tampoco se señalan en forma eficaz las disposiciones legales que se estiman violadas ni el concepto de la violación. No se sabe si se trata de infracción directa, aplicación indebida, errónea interpretación, etc., porque la demanda es más bien un alegato de instancia, ya que en forma alguna se ajusta a la técnica de casación que, según el art. 531 del Código Judicial es de rigor en el recurso.

A este respecto ha dicho este Tribunal lo siguiente:

"En forma clara y terminante expresa el art. 531 del Código Judicial que la demanda de casación debe contener un resumen de los hechos materia de la controversia; que debe señalarse la causal en que se apoye el demandante para pedir la infirmación del fallo acusado, con indicación precisa de los fundamentos que le sirven de base y con cita de las disposiciones legales que se estimen violadas".

"Una demanda de casación requiere, según lo anterior, ajustarse a determinados requisitos formales para que pueda ser considerada como tal y ser atendible. Porque no hay que perder de vista que la casación es un medio extraordinario de impugnación de las sentencias, es una verdadera acción para obtener su anulación; pero en ningún caso puede considerarse como una tercera instancia, que es con lo que suele confundírsele a menudo. Quiere ello decir que la demanda de

casación está sometida en su formulación a una técnica especial en cierto modo rigurosa, y fuera de la cual el recurso resulta inestimable".

"Son innumerables las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en las cuales se hace hincapié en la obligación que tiene el demandante en casación de ajustarse a la técnica respectiva para que su acción pueda prosperar".

Se considera:

Por lo que hace a la afirmación de que el retiro de la señorita Puentes fue voluntario, el demandante, como ya se ha dicho, no planteó el cargo en la forma que indica el ya citado art. 531 del Código Judicial; pues si se trata de producir u obtener la infirmación del fallo por no haberse demostrado que el retiro de la demandante del cargo que desempeñaba en el Colegio de las señoritas Casas no fue involuntario, es esta una cuestión que resultaría del examen de las pruebas respectivas, y, en tal caso, ha debido señalarlas el recurrente, precisándolas, si intentaba demostrar que se incurrió en algún error ostensible de hecho que hubiera conducido a la violación legal, bien por apreciación errónea o por falta de apreciación de esas pruebas.

Nada de esto hizo el recurrente, y como, en tesis general, el Tribunal de instancia es autónomo para apreciar las pruebas que se produzcan ante la jurisdicción del Trabajo, a fin de formar su convencimiento, y como, por otra parte, el recurso de casación es un medio extraordinario de impugnación de las sentencias, en el cual se examina solamente el contenido de éstas para confrontarlo con las normas que se dicen violadas, y en ningún caso es una revisión del juicio, se tiene que no puede estudiarse el cargo en la forma en que ha sido propuesto, y, de consiguiente, tampoco puede producir la anulación perseguida.

Horas extras

Ya se ha dicho que la demanda agrupó en un solo cargo lo relativo a cesantía, horas extras y trabajo dominical. Solamente al referirse a la condenación por concepto de horas extras cita el recurrente el art. 2º de la Resolución Nº 1ª de 1934; pero no expresa en qué forma se violó esa disposición. Se limita a sostener que la actora desempeñaba un cargo de vigilancia en el Colegio de las señoritas Casas, y que, por tal causa, se hallaba dentro de las excepciones consignadas en la mencionada disposición, lo que vale decir que dejó de aplicarse tal norma. Esta circunstancia hace que el Tribunal, no obstante los reparos hechos en relación con la manera como se formuló

la demanda de casación, entre a examinar este cargo, obrando con amplitud, ya que del contexto de la acusación no aparece claramente la causal invocada.

Se examina el cargo

La jornada máxima de trabajo fue establecida en Colombia en virtud del art. 2º de la Resolución Nº 1ª de 1934, aprobada por el Decreto 895 del mismo año. Tal jornada se fijó en ocho horas; pero en el aparte a) del mismo artículo se exceptuó el trabajo de las personas que ocupen puestos de supervigilancia o dirección, o de las personas empleadas en oficios de confianza o de manejo.

La jurisprudencia no ha sido uniforme al examinar determinadas funciones, como las de los vigilantes y celadores, en términos que unas veces se ha considerado que la jornada de estos trabajadores se hallaba comprendida dentro de las excepciones que contempla la aludida disposición, en tanto que, en otras ocasiones se ha restringido el alcance del precepto excepcional, sobre la consideración de que los términos **supervigilancia** y **dirección** son sinónimos; que ellos implican una actividad reguladora superior desde luego de mayor importancia que la de los simples vigilantes, que nada dirigen, y en quienes opera siempre el factor subordinación a una dirección ejercida por distinta persona. De allí que en la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia, de 24 de julio de 1940, se sentara la tesis de que los simples vigilantes o celadores no se hallaban comprendidos dentro de las excepciones del art. 2º de la citada Resolución. Pero, posteriormente, el Decreto 2350 de 1944, en forma expresa habló del trabajo de las personas que desempeñaren puestos de simple vigilancia para exceptuarlas de la jornada legal. Y más adelante vino a consagrarse en forma clarísima la misma excepción en el art. 3º de la Ley 6ª de 1945, como una interpretación definitiva, por vía de autoridad, de la anterior disposición.

Para este Tribunal es de gran importancia examinar cuidadosamente, en cada caso, las condiciones del trabajo realizado, para poder establecer si se trata de aquel que, por su naturaleza especial, no puede estar sometido a la jornada ordinaria. Y por esta razón habrá de considerar el aspecto que presenta el trabajo de los vigilantes o celadores que prestan sus servicios en el ramo de la educación pública o privada, en relación con la jornada legal.

Sencillo es sostener que un vigilante, Pasante, Celador, o como quiera designársele, no ejerce funciones de supervigilancia, si es que se le da a este término una acepción restringida o estrictamente ajustada al significado gramatical; es decir, que las funciones de

mera vigilancia no son propiamente de dirección, pues ya se ha dicho que para algunos intérpretes los términos supervigilancia y dirección son sinónimos; de la misma manera que las palabras confianza y manejo se hacen corresponder a idéntico concepto. Pero, si se analiza mejor su alcance, sin ceñirse demasiado al sentido literal, haciendo relación a la calidad de las actividades peculiares de las personas a quienes se refieren, fácilmente se puede comprender su significación legal.

Concretamente considerado el caso de los empleados que sirven cargos de vigilancia en los establecimientos de educación, en internados, mediante remuneración mensual, estaría fuera de toda lógica suponer que la intención al ajustarse el contrato respectivo, fuese la de que solamente se prestase el servicio durante las ocho horas de la jornada legal, y que esa vigilancia durante las horas restantes del día y las que para tal fin se requieren durante la noche, —cuando los empleados conviven con el alumnado, precisamente para llenar su cometido normalmente—, fuera objeto de una remuneración especial, como si se tratase de trabajo excepcional o extraordinario. Porque la realidad es que esa labor de vigilancia, que es actividad pasiva, y que sólo requiere la presencia de la persona en quien se deposita la suficiente confianza para mantener el orden y la debida compostura de los educandos, es justamente en las horas en que las labores educativas han cesado (horas de clase) cuando debe realizarse.

Resultaría extraño que un vigilante, celador, pasante, o como quiera designársele, encargado de vigilar el comportamiento de los alumnos, pudiese alegar que no vigila en las horas destinadas a tomar la alimentación o en las de la noche, por hallarse éstas fuera de la jornada legal. Una vigilancia así considerada no sería tal, pues no llenaría el objetivo propuesto, y no habría establecimiento de educación que de esa manera contratase los servicios de que se trata. Por otra parte, sabido es que la fijación de una jornada legal es el resultado de una convención internacional, a la cual se han ajustado la mayor parte de las legislaciones del mundo, y es por eso por lo que puede verse que en códigos avanzados, como el de Chile, las excepciones a la jornada legal se han hecho en forma más explícita que la contenida en la acotada disposición del artículo 2º de la premencionada Resolución Nº 1 de 1934.

En efecto, el art. 24 del expresado Código consagra la jornada de ocho horas. Y el 25, se produce en los siguientes términos:

"La disposición anterior no es aplicable a las personas que ocupan

un puesto de vigilancia, de dirección o de confianza, como mayordomos, capataces, llaveros, etc.; a las que desarrollan labores discontinuas o que requieran la sola **presencia** (se subraya), como peluqueros, empleados de hoteles, serenos, guardavías, etc. y demás que sean calificados en tal carácter por la Dirección General del Trabajo; y las que desempeñen funciones que por su naturaleza no estén sometidas a jornada de trabajo".

No es, pues, aventurado sostener que las personas encargadas de la vigilancia de educandos en establecimientos que tienen internado, atienden una actividad de confianza, en un sentido moral, puesto que a ellas se entrega nada menos que la responsabilidad sobre la conducta de los vigilados, que es factor primordial en la formación espiritual del personal puesto bajo el cuidado del respectivo celador o vigilante.

Estas breves consideraciones inducen al Tribunal Supremo a sostener que en el caso presente se está precisamente ante una de las excepciones que contempla la disposición comentada. Y por lo mismo será preciso casar parcialmente la sentencia acusada por lo que hace al trabajo en horas extras a que las condenaciones se refieren.

Dominicales

Por las razones expuestas anteriormente, en relación con la formación del cargo, el Tribunal debe abstenerse de estudiarlo, ya que no se citó siquiera la disposición legal que se estima quebrantada, ni el concepto de la violación, y apenas se sostiene que ese trabajo no fue debidamente comprobado.

En mérito de las consideraciones que quedan expuestas el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia objeto de este recurso, en cuanto condena a las señoritas demandadas a pagar el valor de las horas extras trabajadas por la demandante. En consecuencia, refórmase la sentencia de primer grado, en el mismo sentido, y se concreta la condenación al valor de las otras prestaciones, en un total de **mil setecientos cuarenta y tres pesos con veinticinco centavos m. l.** que es la cantidad que las demandadas deberán pagar a la señora Mercedes Puentes de Amaya.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase al Tribunal de origen.

Diógenes Sepúlveda Mejía. — Cástor Jaramillo Arrubla. — Luis Alberto Bravo. — Guillermo Martínez R., Secretario.

I. — REQUISITOS QUE DEBE CONTENER LA DEMANDA DE CASACION. — II. IDENTIDAD DE LOS LITIGANTES. — III. PERSONERIAS SUSTANTIVA Y ADJETIVA. — IV. LA CAPACIDAD PROCESAL O PARA COMPARECER EN JUICIO. — V. QUIEN DEBE ALEGAR LA FALTA DE CITACION O EMPLAZAMIENTO COMO NULIDAD.

I. — En repetidos fallos el Tribunal Supremo ha dicho que para que una demanda de casación pueda ser considerada como tal y atendible, es indispensable que se someta a determinados requisitos formales; es decir, que se halle formulada con sujeción a una técnica especial y en cierto modo rigurosa. Porque el recurso de casación es un medio extraordinario de impugnación de las sentencias, una verdadera acción para obtener su anulación, pero en ningún caso puede estimarse como una tercera instancia.

II. — La identidad de las partes debe quedar plenamente acreditada en todo juicio porque la estabilidad de las situaciones jurídicas debe descansar sobre ella como base firme. De lo contrario, no podría tener efecto la benéfica institución de la cosa juzgada, que, de acuerdo con los artículos 473 y 474 del Código Judicial, exige que en las controversias quede claramente definida la identidad de los litigantes. Por lo demás, sin esa identidad sería imposible exigir el cumplimiento de los fallos judiciales, toda vez que en ese caso podría alegar la parte obligada que no fue ella la demandada y condenada sino otra persona muy distinta.

III. — La personería que antiguamente denominó la jurisprudencia personería sustantiva se estudia en casación al través de la causal 1ª y la que contempla el artículo 448 del Código Judicial es la adjetiva que se plantea en este recurso por medio de la causal 6ª de casación.

IV. — La capacidad procesal o capacidad para comparecer en juicio es uno de los presupuestos procesales que debe estudiar todo fallador antes de analizar el problema de fondo; es un requisito fundamental de la acción que está íntimamente ligado con la identidad de las partes.

V. — La acusación por falta de citación o emplazamiento de una persona corresponde alegarla a la entidad o persona que se considera ausente del juicio, que no fue citada o emplazada debiendo serlo.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Jaramillo Arrubla)

Bogotá, junio dieciocho de mil novecientos cuarenta y siete.

El doctor Efraim Cañavera, obrando como apoderado de los señores Eudoro Romero, Ignacio Gómez, Domingo Chávez, Arcadio López, Gabriel Jiménez, Domingo Echeverría, Juan Amaya, Marco T. Suárez, José Mila, Reynaldo Becerra, Vicente Chávez, Trino Carreño, Aquilino Becerra, Antonio Alfonso, José D. Hernández, José L. Olaya, Juan Sabogal, Andrés Herrera, Andrés Espinosa, Jorge Baquero, Jorge E. Espinosa, Alfonso Cruz, Oliverio Rodríguez, Arturo Forero, Teodulfo Carrillo, Helí Mora, Luis A. Pulido, Rubén Ordóñez, Dimas Rey y José A. Romero, de quienes afirma que son mayores y vecinos de esta ciudad, demandó a los señores Juan F. Gil y Domingo Martínez y a la Cooperativa o Empresa de Transportes de Carnes, sociedad de hecho, para que se les condene a pagar a sus mandantes lo siguiente:

A seis de ellos, o sean Arcadio López, Arturo Romero, José Domingo Hernández, Jorge A. Espinosa, Alfonso Cruz y José A. Romero, el auxilio de cesantía como choferes por servicios en doce años a ochenta y dos pesos con cincuenta centavos que era su remuneración mensual. Y a todos los demandantes las horas extras por las sumas que menciona en concreto para cada uno más los perjuicios a que haya lugar y las costas del juicio.

Con posterioridad y en la primera audiencia, adicionó su demanda en el sentido de reclamar el auxilio por enfermedad y la indemnización por las consecuencias de la misma, correspondiente a José Leonidas Olaya y el de enfermedad de Vicente Chávez.

Como hechos fundamentales expresó que todos sus mandantes prestaban y habían prestado su fuerza de trabajo a la empresa demandada, de propiedad de los señores Gil y Martínez, también demandados, como choferes, ayudantes y repartidores de carnes dentro de Bogotá, transporte que tenían o tienen que hacer diariamente desde el Matadero Municipal hasta cada uno de los expendios públicos existentes en la citada ciudad. Que seis de ellos que menciona fueron des-

pedidos sin justa causa, sin que se les pagara cesantía ni las prestaciones. Y que todos sus mandantes prestaron servicios fuera de la jornada legal, sin que se les haya pagado ese trabajo extraordinario.

Los demandados Gil y Martínez negaron los hechos fundamentales, dijeron no constarles otros también básicos y se opusieron a las peticiones de la demanda. Agregaron que no eran propietarios de empresa ninguna, ni que tenían compañía entre ellos, sino que eran simplemente dueños de unos vehículos transportadores de carnes.

El Juzgado 1º del Trabajo de Bogotá decidió la controversia condenando a la "Cooperativa de Transportes el Cóndor" en liquidación y a los señores Juan F. Gil y Domingo Martínez, solidariamente, a pagar a los seis demandantes Arcadio López, Arturo Romero, José Domingo Hernández, Jorge A. Espinosa, Alfonso Cruz y José A. Romero, las cantidades que por auxilio de cesantía y horas extras se deduzcan en la liquidación que al efecto se realice según el art. 535 (sic) del Código Judicial, y absolvió a los demandados de los demás cargos formulados en la demanda.

Apelado ese fallo por los demandados, y por el liquidador de la Cooperativa demandada, el Tribunal del Trabajo de Bogotá lo confirmó en todas sus partes por medio del suyo de fecha 27 de noviembre último.

El apoderado de los demandados interpuso recurso de casación que fue admitido y fundado en tiempo.

Pasa a estudiarse ese recurso.

El recurrente presenta en lugar de una demanda de casación un alegato de instancia y al final de él dice que reproduce otro de esa misma naturaleza que presentó para solicitar la admisibilidad del recurso.

El art. 531 del Código Judicial es muy claro acerca de los requisitos que debe contener una demanda que sustente un recurso como el presente, pues dice:

"La demanda de casación debe contener un resumen de los hechos materia de la controversia, 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 los textos legales que el recurrente estime infringidos".

"Si son varias las causales del recurso, se exponen en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una".

Sobre este particular ha sido terminante la jurisprudencia nacional y en forma especial esta Corporación ha dicho lo siguiente:

"Una demanda de casación requiere, según lo anterior, ajustarse a determinados requisitos formales para que pueda ser considerada como tal y ser atendible. Porque no hay que perder de vista que la casación es un medio extraordinario de impugnación de las sentencias, es una verdadera acción para obtener su anulación; pero en ningún caso puede considerarse como una tercera instancia, que es con lo que suele confudírsele a menudo. Quiere ello decir que la demanda de casación está sometida en su formulación a una técnica especial, en cierto modo rigurosa, y fuera de la cual el recurso resulta inestimable".

"Son innumerables las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en las cuales se hace hincapié en la obligación que tiene el demandante en casación de ajustarse a la técnica respectiva para que su acción pueda prosperar".

"En reciente providencia de 15 de noviembre de 1945, con ponencia del doctor Arturo Tapias Pilonieta, dijo la Corte lo siguiente:

"En el recurso de casación no basta razonar como se hace ante los jueces de grado, pues la casación no es una tercera instancia, sino un medio o vía especial tendiente a obtener el examen de aquellas tesis o doctrinas de la sentencia de un Tribunal, atacadas en forma tal que le permitan a las Cortes avocar un estudio con miras a rectificar los posibles errores jurídicos que ellas encarnen, procedimiento con el cual se aspira a conseguir la unificación de la jurisprudencia nacional, fin principal del recurso de que se trata".

"Para que merezca atención una demanda de casación se requiere que le dé a la Corte un claro derrotero para su estudio, señalando los motivos materia de la impugnación y el concepto en que se funda esa impugnación pues este recurso no es posible decidirlo por una causal no invocada ni variarse un motivo que se exponga para para sustentar violación de la ley, por otro que no se haya expuesto. En razón de los varios y fundamentalmente distintos aspectos que ofrece la causal primera, según el art. 520 del C. J., la técnica de casación exige que además de la indicación concreta de las disposiciones sustantivas que se estimen quebrantadas con la tesis del Tribunal, se puntualice el concepto en que lo sean, denominando la clase de error en que haya incurrido el Tribunal, de derecho o de hecho, y en este segundo caso a través de qué razonamiento y con relación a cuál de los elementos procesales se cometiera. La Sala está recordando constantemente a los litigantes el principio de que el recurso de casación por la causal primera es siempre por violación de la ley sustantiva a la cual puede llegar el sentenciador por dos caminos: por

vía directa, cuando el fallo contiene conceptos contrarios a los de la ley, originados en una interpretación equivocada de ellas o en una apliación indebida de la misma al caso juzgado; o por vía indirecta, cuando la infracción de la ley proviene de la apreciación errónea o de la falta de apreciación de determinada prueba, y en este segundo caso por perentorio mandato de la respectiva norma "es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haber incurrido el Tribunal en error de derecho o en error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos". De ahí que la Sala rechace siempre y sin más examen el cargo de quebranto de determinado precepto legal. "Cuando esta violación es indirecta como resultado de error de derecho en la apreciación o aplicación de la prueba, o de error de hecho evidente, no alegados por el recurrente". (Juicio de José A. Suárez contra el Municipio de Medellín).

Por lo demás, también ha expresado en numerosos casos que el recurso extraordinario de casación no es una tercera instancia en la que se estudie la acción incoada en el libelo inicial del litigio, y el pleito mismo, sino que en él se produce sólo un debate entre la sentencia acusada y la ley. Es esa decisión del Tribunal de instancia la que el recurso ataca. Las causales de casación deben perseguir, en consecuencia, el fin práctico de desquiciar fundamentalmente los soportes o bases del fallo acusado. (Juicio de Ricardo Zapata Bustos contra Hernán Caicedo Buenaventura, "GACETA DEL TRABAJO" Nos. 2 a 4, pág. 70 y ss.).

La presente demanda de casación adolece de los defectos apuntados, pues no se ciñe al art. 531 del C. J. ya transcrito y comentado. No contiene el resumen de los hechos controvertidos, no indica en forma clara y precisa las disposiciones sustantivas que estima violadas y, en resumen, no concreta técnicamente la acusación.

Sólo dice al principio que la sentencia es violatoria de la ley sustantiva "por infracción directa", "aplicación indebida" e "interpretación errada" de algunas pruebas. Pero estos conceptos no los expresa el art. 520 del C. J. como determinantes de violación de pruebas, sino de disposiciones legales sustantivas. El recurrente confunde los errores que se cometen al apreciar pruebas, con los distintos conceptos de violación de la ley que contempla el Código. En todo caso, no se cita cuál es la disposición sustantiva que se estima infringida, en ninguno de los dos escritos que quiere hacer valer como demanda de casación. Este solo error de técnica en el presente recurso sería suficiente para que se desestimase.

Pero, obrando con amplitud, el Tribunal Supremo encuentra que

en el segundo escrito que el recurrente llama demanda de casación, alega que se incurrió en la causal de nulidad establecida por el inciso 2º del art. 448 del Código Judicial, por falta de personería del demandante. Es decir invoca la causal 6ª de casación del art. 520 del Código Judicial, de nulidad por ilegitimidad de personería.

Esta causal la hace consistir el recurrente en el hecho de que no le han otorgado poder al doctor Cañavera las personas en cuyo nombre habla, pues sólo fue presentado personalmente ese poder por el señor Eudoro Romero y no por los demás. Y también objeta la personería de los demandados.

Pasa a estudiarse el cargo.

Personería de los demandantes

Dice que Marco T. Suárez, Reynaldo Becerra, Antonio Alfonso y José L. Olaya no firmaron el poder, y, por lo tanto, hay ilegitimidad de la personería del apoderado del demandante al obrar en nombre de dichos señores. Pero no tuvo en cuenta el recurrente que tanto la sentencia de primera instancia como la de segunda, no condenaron a los demandados a pagarle suma alguna a dichos señores, por no constar que ellos hubieran conferido poder al nombrado abogado. Sobra, pues, este cargo porque la sentencia acusada exceptuó a esos cuatro ciudadanos de las acciones "porque estos trabajadores —dice ese fallo— al no firmar el memorial-poder que se confirió por los demás al doctor Cañavera, no dieron su consentimiento para que se les tuviera como partes en el juicio y por tanto la decisión no puede comprenderlos".

Respecto a los demandantes José Mila, Vicente Chávez, Aquilino Becerra y Alfonso Cruz dicen que no firmaron ellos sino otras personas a quienes rogaron que lo hicieran, o que aparecen supliendo su voluntad por no saber firmar, pero que éstas no eran abogados titulados que estuvieran facultados por la ley para hacerlo. Pero para que el cargo hubiese sido completo, ha debido señalar la ley violada que exige para esos casos la firma de un abogado. Mas como no lo hizo, no puede considerarse esa acusación. Y no debe el Tribunal Supremo entrar a suplir las deficiencias en ese sentido del recurrente, porque éste debe señalar la disposición que estime infringida, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 531 del Código Judicial, ya citado.

Acerca de Trino Carreño, Arturo Forero y Helí Mora afirma que no se identificaron con su cédula de ciudadanía, pues no la citan en el texto del poder ni al pie de la firma, como los demás poderdantes. Este cargo sí aparece probado en relación con esos demandantes,

pues no consta en el texto del poder, ni a continuación o al pie de sus firmas, el número de sus cédulas para demostrar su identidad.

La identidad de las partes debe quedar plenamente acreditada en todo juicio porque la estabilidad de las situaciones jurídicas debe descansar sobre ella como base firme. De lo contrario, no podría tener efecto la benéfica institución de la cosa juzgada, que, de acuerdo con los artículos 473 y 474 del Código Judicial, exige que en las controversias quede claramente definida la identidad de los litigantes. Por lo demás, sin esa identidad sería imposible exigir el cumplimiento de los fallos judiciales, toda vez que en ese caso podría alegar la parte obligada que no fue ella la demandada y condenada sino otra persona muy distinta.

Por eso que se estime fundado el cargo en cuanto a los tres demandantes, Carreño, Forero y Mora, citados, pues al no aparecer identificados en ninguna forma se deduce que la personería de quien habla en su nombre como apoderado judicial no resulta legítima y este defecto está instituído como causal de nulidad, en la forma alegada por el recurrente. De allí que prospere en cuanto a ellos el cargo.

Lo mismo ocurre con Luis A. Pulido, de quien afirma el recurrente que "no se identificó con cédula y al firmar dice que posee tarjeta de identidad, sin que ese hecho esté corroborado por el funcionario ante quien presentó el poder, y habla como mayor de edad". Y en verdad que al pie de su firma cita una tarjeta de identidad postal, pero el funcionario que da fe de la presentación personal del poder sólo dice que los firmantes exhibieron sus cédulas de ciudadanía. No habla de la tarjeta de Pulido, luego no quedó identificado al presentar el poder. Por otra parte, si era menor, claras son las disposiciones legales que regulan la plena capacidad de los trabajadores para celebrar contratos de trabajo y ejercitar las acciones judiciales que de él emanen, pero no las citó el recurrente como infringidas. Por lo tanto sólo se tendrá en cuenta la falta de identidad del demandante Pulido, que aparece demostrada según lo expuesto y que da lugar a que se encuentre probado el cargo en cuanto a él también.

Afirma el recurrente que Andrés Herrera no tiene anotada su cédula y no hay la constancia del lugar en donde fue expedida. Pero en el poder dice que es poseedor de la Nº 2129931 de Bogotá, y al pie de su firma escribe nuevamente ese número. Luego no aparece demostrado el cargo.

Y, por último, manifiesta que José A. Romero no figura en el texto escrito del poder, aunque sí aparece firmándolo. De allí concluye que no le otorgó mandato al apoderado demandante. Pero ese acto de

la firma es un modo natural aceptado por la civilización para manifestar la intención clara de una persona, de modo que por medio de él se operó la constitución de poder al abogado que inició el litigio. No está demostrado en este punto el cargo.

Personería de los demandados

Sobre el particular dice el recurrente en este mismo cargo en estudio:

"También por el aspecto de la personería de los demandados es necesario que la sentencia sea casada, pues existen pruebas que demuestran que mis mandantes sólo obraron en su carácter de personeros de una entidad, Cooperativa de Transportes "El Cóndor" y no en su propio nombre, aseveración ésta que han aceptado los personeros de los que se dicen demandantes, doctor Efraim Cañavera Romero, y si mis mandantes sólo obraron como representantes de una empresa y para determinadas funciones no veo cómo se les pueda obligar a responder por los actos de esa entidad cuando ella no les ha otorgado su personería en legal forma y menos como cuando en el caso de autos, esa personería no la podía detestar dentro de juicio por no ser mis mandantes abogados; y tampoco puede ser condenada la entidad aludida por no haber sido ella emplazada en legal forma en el proceso o juicio en que hablo".

Se considera:

El cargo versa sobre apreciación de pruebas, de modo que para que estuviese bien planteado, de acuerdo con la técnica de este recurso, ha debido señalar el recurrente las no apreciadas o las estimadas erradamente, y no sólo ésto, sino también expresar a qué errores de hecho o de derecho llegó el sentenciador por esa mala apreciación o falta de apreciación de pruebas. Y, por último, debía indicar la disposición sustantiva violada a través de esos errores de hecho o de derecho. Basta leer el artículo 520 del Código Judicial, en su ordinal 1º para saber cómo se desarrolla esta acusación en el presente recurso, en relación con las pruebas. No lo hizo así el recurrente, luego no puede estimarse este cargo en la forma deficiente como ha sido propuesto.

Por otra parte, el cargo implica una acusación por la causal primera de casación, de violación de ley sustantiva (ordinal 1º del art. 520), mas no por la causal sexta de nulidad, que es la que ha invocado el recurrente (ordinal 6º del art. citado), porque esa personería cuya ilegalidad trata de demostrar, es la que llamó antiguamente la jurisprudencia, personería sustantiva, y sabido es que la ilegitimi-

dad que contempla el art. 448 del Código Judicial es la adjetiva, solamente.

Además, involucra aquí otra causal de nulidad, que es la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio, muy distinta de la que viene alegando, porque afirma que no se puede condenar a la "Cooperativa de Transportes el Cóndor" por haber sido citado en forma legal en el juicio. Aunque ni el Juez de primera instancia, ni tampoco el Tribunal de segunda, estudiaron en sus fallos si estaba demostrada, con la prueba legal, la existencia de la Cooperativa ni quién fuese su representante, y no obstante que en la demanda fue señalada como sociedad de hecho, sin mencionar tampoco quién la representaba, fue lo cierto que la condenaron solidariamente con los demandados Gil y Martínez. Sabido es que la capacidad procesal o capacidad para comparecer en juicio es uno de los presupuestos procesales que debe estudiar todo fallador antes de analizar el problema de fondo. Y este requisito fundamental de la acción está íntimamente ligado con la identidad de las partes. En anterior fallo expuso esta Corporación lo siguiente, en un caso semejante, de nulidad por ilegitimidad de personería.

"Esta nulidad se ha establecido por la ley porque así lo exige la seguridad de las personas y la tranquilidad social, puesto que en todo litigio debe quedar también establecida la identidad de las partes a fin de que no sea posible la ocurrencia de uno nuevo entre ellas mismas, por los mismos motivos y con igual objeto que el primero. La sociedad está interesada en que las controversias se resuelvan y disminuya su número; por consiguiente, como elemental deber procura que la identidad de los litigantes se esclarezca antes de pronunciarse la decisión, y a fin también de que obligue con toda claridad y sin dudas de ninguna naturaleza el fallo que haya de proferirse. De lo contrario, se desvirtuaría en su esencia la benéfica institución de la cosa juzgada". (Reclamación por el seguro de Rodrigo Rueda contra la Compañía de Petróleo Shell de Colombia, sentencia de abril 10 de 1947).

Pero se tiene en este asunto que la acusación por falta de la citación o emplazamiento alegada corresponde hacerla a la entidad o persona que se considera ausente del juicio, siendo parte, pero no al apoderado de los señores Gil y Martínez, como lo es el recurrente. Así se desprende de los artículos 450, inciso final, y 457 del Código Judicial, que expresa que es la persona o las personas que no fueron citadas o emplazadas, debiendo serlo, quienes tienen derecho y acción para reclamar la declaración de nulidad.

No está demostrado el cargo, en cuanto a esta personería de los demandados.

Como observaciones finales, fuera del recurso, se encuentran las de que los falladores de las instancias no observaron si estaba bien o mal hecha la acumulación de acciones de la demanda, al contemplar las varias personas y por distintos motivos y cuantías, o si ha debido iniciarse la acción de cada reclamente por separado; pero este aspecto no fue propuesto por el recurrente, por lo cual no puede el Tribunal Supremo decidir nada acerca de él. Y, por último, no obstante que se ordenó notificar el auto de fijación en lista en el Tribunal de instancia, no se llevó a efecto esa formalidad.

Las ateriores consideraciones son suficientes para que el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASE PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, que ha sido objeto del presente recurso, en cuanto confirmó la condenación a los demandados a pagar unas sumas de dinero a favor de los señores Trino Carreño, Arturo Forero, Helí Mora y Luis A. Pulido, y, en su lugar **declara** nulo todo el juicio en cuanto a dichos demandantes Carreño, Forero, Mora y Pulido, desde la presentación del poder que confirieron para iniciar la acción, hasta el fin del litigio. Y no la casa en cuanto a lo demás.

Sin costas porque no aparecen culpables los funcionarios, ni los interesados.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase al Tribunal de origen.

Cástor Jaramillo Arrubla. Diógenes Sepúlveda Mejía. Luis Alberto Bravo. — Guillermo Martínez R., Secretario.

I. OPORTUNIDAD PARA ADUCIR PRUEBAS. — II. DOCUMENTOS PUBLICOS Y DOCUMENTOS PRIVADOS. — III. COMO SE PRODUCEN Y RECIBEN EN JUICIO. — IV. LIBRE APRECIACION DE PRUEBAS. — V. PRELACION DE NORMAS REGULADORAS DE LA RELACION DE TRABAJO. — VI. ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA DEL RECURRENTE. COMO DEBE ALEGARSE. EN CASACION EL OPOSITOR QUE NO HA RECURRIDO, NO PUEDE PLANTEAR CARGOS. — VII. EN CASACION NO SE ADMITEN PRUEBAS.

I. — El derecho probatorio y el sistema universal sobre la materia exigen que las pruebas sean controvertidas, para evitar la sorpresa de un litigante al otro. Se deben, pues, presentar dentro del término señalado al efecto por la ley. Porque si se aceptara que ellas pueden llevarse debidamente con los alegatos de instancia, ya clausurado el debate, la controversia, y abierta la etapa del fallo, se consagraría como correcta y aceptable la sorpresa en los litigios, la destrucción del término probatorio establecido por la ley y la desaparición en nuestro derecho del civilizado principio de la contradicción de la prueba.

II. — El convenio colectivo que figure en juicio en una copia simple, tomada en mimeógrafo, sin firma de ninguna persona, ni saberse por quién fue expedido, ni con vista de qué original, existente en cuál oficina, ni nada que dé una ligera suposición de que es una copia fiel del que originariamente suscribieron las partes, no tiene ningún valor; no es instrumento público, porque no fue expedido por funcionario legalmente autorizado para ello, ni es un documento privado, porque no aparece suscrito por las partes, ni sus firmas reconocidas legalmente ante Juez o Notario, ni en copia debidamente expedida y autenticada.

III. — Debiendo por ley figurar un ejemplar de los convenios colectivos en el Ministerio del Trabajo, su producción y recibimiento en juicio se lleva a efecto solicitando dentro del término probatorio que se pida copia auténtica y autenticada de ellos a dicho Ministerio, aplicando al efecto por analogía el artículo 636 del Código Judicial, sobre

instrumentos públicos, y aun de acuerdo con elemental lógica.

IV. — El principio de nuestra legislación y del Derecho del Trabajo, según el cual la disposición más favorable al trabajador es la que se aplica, debe entenderse en el sentido de que confrontada una norma con otra, bien de ley, reglamento, contrato, convención o fallo arbitral, la una debe excluir a la otra según que favorezca al trabajador, pero no puede tomarse el precepto como una serie de partes, sino como un todo armónico, pues una disposición se aplica o no se aplica, pero peca contra la hermenéutica jurídica y contra la más simple lógica que una norma rija por etapas o partes y no en su totalidad.

V. — En su alegato de oposición en este recurso de casación, el apoderado del demandante objeta la personería el recurrente por no constar que hubiese sido presentado personalmente el poder por el gerente de la empresa demandada. Esta objeción no la considera el Tribunal porque el apoderado que formula ese reparo no fue recurrente, de modo que en su alegato de oposición no puede proponer cargos sino apenas referirse a los que la demanda de casación propone. Es la parte que ha interpuesto este recurso extraordinario la que tiene derecho a plantear cargos en casación, porque es ella la que ha manifestado su intención de que se revise el fallo acusado. No la parte que ha guardado silencio acerca de la sentencia de segunda instancia, es decir, que por serle favorable la ha consentido. Además, el cargo por ilegitimidad de personería sólo tiene cabida en casación a través de la causal 6ª del artículo 520 del Código Judicial, o sea invocándolo como nulidad y por quien haya interpuesto el recurso.

VII. — El recurso de casación no es una tercera instancia, no tiene término probatorio, y por lo mismo, no son aceptables dentro de él pruebas de ninguna clase.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Jaramillo Arrubla)

Bogotá, julio cuatro de mil novecientos cuarenta y siete.

El señor Max Puschel, mayor y vecino de Bogotá, demandó por medio de apoderado a la Sociedad "Vidriería Fenicia, Limitada", re-

presentada por su Gerente señor Alberto Samper, también mayor y de la misma vecindad, para que se le ordenase el pago de diez mil seiscientos ochenta y nueve pesos con sesenta y cuatro centavos ($ 10.689.64) moneda corriente, o lo que resultare a debérsele, por concepto de auxilio de cesantía, y la suma de dinero que se acreditare por concepto de indemnización de enfermedad profesional, más las costas del juicio.

Dijo que había ingresado al servicio de la empresa demandada el 12 de julio de 1920 en calidad de empleado particular como técnico vidriero y fue despedido el 3 de septiembre de 1945 sin pagársele el auxilio de cesantía. Que el promedio de sueldo mensual devengado por él en los tres últimos años de servicios fue el de $ 425.13. Que adquirió una enfermedad en los ojos por razón de su trabajo, conjuntivitis crónica, que la empresa trató por medio de sus médicos y especialistas sin obtener curación, y que le dejó una lesión permanente que disminuye su capacidad de trabajo. Que no ha recibido la indemnización correspondiente a dicha enfermedad. Que ha venido recibiendo de la empresa las sumas que le corresponden por pensión vitalicia de jubilación. Y que en el Reglamento interno de la empresa existe una disposición según la cual sus trabajadores gozarán de pensión vitalicia de jubilación y al mismo tiempo de auxilio de cesantía.

La sociedad demandada al contestar el libelo inicial aceptó la fecha de iniciación de los servicios del actor, el promedio de sueldo que éste indica y el pago de la jubilación. Agregó que no había tomado la iniciativa en la cesación de funciones del demandante, sino que se motivó por fuerza mayor por su condición de súbdito alemán, dada la situación internacional de ese momento. Manifestó que no se le había pagado cesantía porque había optado por la jubilación, de acuerdo con el aparte c) del artículo 14 de la Ley 6ª de 1945. Negó lo relacionado con la enfermedad. Y por último, expresó, que, de acuerdo con el Reglamento especial establecido por la Empresa sobre pensiones de jubilación, se deben llenar determinados requisitos indispensables para ser pensionado y gozar de auxilio de cesantía, que no reunía el demandante. Por eso se opuso a sus peticiones.

El Juez 2º del Trabajo de Bogotá falló en la audiencia de 28 de junio de 1946 condenando a pagar a la empresa demandada, a favor del actor, la suma de $ 7.169.64 por auxilio de cesantía y la absolvió de pagar indemnización por enfermedad. No condenó en costas.

Ambas partes apelaron de esa sentencia y el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá la modificó por medio de la suya de 20 de noviembre siguiente en el sentido de condenar a la sociedad demandada a

pagarle al demandante la cantidad de $ 6.169.64, por cesantía y la confirmó en cuanto a lo demás. Tampoco condenó en costas.

Contra este último fallo interpuso recurso de casación la parte demandada, que fue concedido y admitido.

Se estudia ese recurso.

Sólo se propone un cargo en la siguiente forma:

"La sentencia recurrida es violatoria de los artículos 1602 del Código Civil y 46 de la Ley 6ª de 1945 por cuanto el Tribunal incurrió en el error evidente de hecho de aplicar el caso del pleito una convención colectiva o contrato de trabajo que es extraño a la Compañía Fenicia demandada y a sus trabajadores, causal que está expresamente definida en el inciso del numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial".

Y desarrolla de la manera siguiente ese cargo:

"En efecto, a los folios 74 a 82 aparece acreditada la persona jurídica denominada **"Vidriería Fenicia Limitada"**, lo cual demuestra que es una entidad distinta de la Sociedad **"Consorcio de Cervecerías Bavaria, S. A."**, y, por consiguiente, ninguno de los actos del Consorcio compromete ni puede comprometer a la sociedad **"Vidriería Fenicia Limitada"**.

"El H. Tribunal, después de analizar el fallo del interior, concluyó que no era el caso de aplicar el Reglamento de Jubilación al caso del Sr. Puschell por cuanto no reunía las condiciones establecidas en dicho estatuto y, por consiguiente, no se podría buscar la disposición más favorable entre dicho estatuto y la ley, porque, como lo dice muy bien el H. Tribunal, al folio 150, refiriéndose al reglamento, que allí "no se impuso una obligación, pura y simple, sino condicional, de manera que el derecho correlativo de los trabajadores de la Empresa no se tornase exigible por aquéllos sino en tanto que se cumpliera la condición"; y más adelante agrega: "El demandante no reunía, al terminarse su contrato de trabajo con la Empresa, que como se vio atrás fue el 3 de septiembre de 1945, los requisitos de edad y tiempo de servicios, pues no llegaba a los 55 años ni tenía treinta (30) de servicios a la Empresa y, por lo tanto, su situación jurídica no estaba cobijada por la concurrencia de la pensión de jubilación y del auxilio de cesantía, consagrada en el Reglamento". Descartado en esta forma el punto de vista del señor Juez **a quo**, el H. Tribunal entra a estudiar en un razonamiento muy detenido, el cual aparece a los folios 150 a 154, la convención colectiva celebrada el 7 de abril de 1945, vista a los folios 104 a 121, entre el **"Consorcio de Cervecerías Bavaria, S. A."** y sus trabajadores, para terminar diciendo: "Habrá, por lo tanto, de ac-

cederse a la súplica de cesantía impetrada, en la cantidad mencionada y por las razones expuestas".

Como se ve, el H. Tribunal confundió el convenio celebrado entre **"Vidriería Fenicia Limitada"** y sus trabajadores, visto a los folios 71 a 73, de fecha 6 de abril de 1945, y que fue decretado como prueba por el Juzgado en la Audiencia del 10 de julio de 1946, con el celebrado el 7 de abril del año de 1945 entre el **Consorcio** y sus trabajadores. Basta leer el texto de este último convenio para observar cómo no hay alusión expresa o tácita para entidades distintas de las signatarias de dicho convenio. Y ni la Compañía **"Vidriería Fenicia Limitada"**, ni sus trabajadores aparecen suscribiendo el convenio referido".

"Esta manifiesta equivocación en que incurrió el H. Tribunal al aplicar un contrato extraño a las partes, constituye la violación de que se ha hablado, porque no aparece de autos demostrado que **Fenicia** y **Consorcio** sean una misma persona jurídica. Por el contrario, quedó claramente establecido que la Compañía **"Vidriería Fenicia Limitada"** es una persona jurídica distinta de la denominada **"Consorcio de Cervecerías Bavaria, S. A."**. Queda, pues, perfectamente establecido que el H. Tribunal no estudió pero ni siquiera mencionó el convenio celebrado ante la Compañía demandada y sus trabajadores, visible a los folios 71 a 73, éste sí ley para las partes, y no el celebrado por el Consorcio y sus trabajadores, folio 104 a 121, el cual en nada obliga a **"Vidriería Fenicia Limitada"**.

"Además, el convenio del Consorcio no fue solicitado como prueba por el demandante ni solicitada como tal por el señor Juez. De manera que este convenio no fue llevado a la primera instancia y, por tanto, no actuó en los debates, y en esta forma la parte demandada no tuvo oportunidad de combatirlo. Sin embargo, el H. Tribunal estimó como tal el convenio del Consorcio que fue llevado a esta Superioridad por el apoderado del demandante en el alegato de conclusión. El H. Tribunal afirma en la parte motiva de su fallo que el señor Juez del conocimiento "hizo llegar al proceso en oportunidad legal, un documento contentivo del convenio colectivo celebrado entre la Empresa demandada y sus trabajadores con fecha 7 de abril de 1945 y el cual aparece de folios 104 a 121", pero sucede que el convenio pedido por el fallador de primera instancia en audiencia del día 10 de julio de 1946, y que fue presentado en su debida oportunidad, es el que aparece a los folios 71 a 73 de fecha 6 de abril de 1945, celebrado entre **"Vidriería Fenicia, Limitada"** y sus trabajadores, y no el que se lee a los folios 104 y 121 del 7 de abril de 1945, que no fue precisamente como lo dice el H. Tribunal llevado al proceso en oportunidad legal y celebrado con

la Empresa demandada, pues, como puede verse, el convenio que aparece a folios 104 a 121 a más de ser una prueba no controvertida por la forma extemporánea como se allegó a los autos, es precisamente el convenio celebrado entre el Consorcio y sus trabajadores. De manera que tanto por lo inconducente como por lo legalmente ineficaz y la manera como se aportó esta prueba, el H. Tribunal no podía entrar a estimar el mérito de ella".

Para resolver, se considera:

El cargo se basa en una equivocada aplicación de una prueba, que originó un error de hecho y a su turno éste dio lugar a la violación de las dos disposiciones legales citadas.

La prueba es una convención colectiva celebrada el 7 de abril de 1945, entre el "Consorcio de Cervecerías Bavaria, S. A." y sus trabajadores, visible a folios 104 a 121 del juicio.

El Tribunal de Bogotá, después de estudiar el reglamento sobre jubilación de empleados y obreros de la "Vidriería Fenicia Limitada", en el que funda su acción de cesantía el actor, concluyó diciendo que con base en ese documento no podía reconocerse tal auxilio, porque "el demandante —son palabras de la sentencia— no reunía, al terminarse su contrato de trabajo con la Empresa, que como se vio atrás fue el 3 de septiembre de 1945, los requisitos de edad y tiempo de servicios, pues no llegaba a los cincuenta y cinco (55) años, ni tenía treinta (30) años, por lo menos, de servicios a la Empresa, y, por lo tanto, su situación jurídica no estaba cobijada por la concurrencia de la pensión de jubilación y del auxilio de cesantía, consagrada en el Reglamento". (Fs. 150 cuad. 1º).

Mas encuentra otra prueba que en su concepto sí da derecho a la cesantía, al mismo tiempo que a la jubilación, y es la que menciona en los párrafos siguientes:

"Pero si esto es así, como lo es, existe otro aspecto del problema planteado, que es preciso resolver. Se trata de que, en virtud de la potestad que el artículo 50 del Decreto 969 sobre procedimiento del trabajo, otorgaba a los jueces del trabajo para ordenar la práctica de aquellas pruebas que, a su juicio, fuesen necesarias al mejor esclarecimiento de los hechos planteados por las partes, el señor Juez del conocimiento hizo llegar al proceso en oportunidad legal, un documento contentivo de la convención colectiva celebrada entre la Empresa demandada y sus trabajadores con fecha 7 de abril de 1945 y el cual aparece de folios 104 a 121".

"Como las convenciones colectivas de trabajo tienen el carácter de reglas de derecho obligatorias, y son de aplicación preferencial so-

bre la ley, cuando contienen disposiciones más favorables al trabajador, así como también sustituyen de derecho los contratos de trabajo anteriores o posteriores a ellas, no se puede dejar de analizar la convención arriba mencionada, para determinar si ella consagró obligatoriamente la concurrencia del auxilio de cesantía y de la pensión de jubilación, que la Ley 6ª hace excluyente".

"El ordinal K) de la parte petitoria de esa convención dice lo siguiente: "Que la empresa al pensionar a sus trabajadores establezca una tabla en la siguiente proporción: el reconocimiento de sueldos o salarios completos como pensión en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional a cualquiera época que se haga necesario, y siempre y cuando que el sueldo o salario supere el mínimum establecido para pensiones, para los trabajadores que hayan cumplido diez años de servicio en la Empresa y se haga necesario pensionarlos, se les asigne el mínimum de pensión más el cuarenta por ciento (40%) sobre cada peso más que devenguen sobre el mínimum; para los que hayan cumplido 15 años de servicio en la Empresa, el mínimum más el setenta y cinco por ciento (75%) sobre cada peso más que devenguen, sobre el mínimum; para los trabajadores que hayan completado 20 años de servicio en la Empresa, que se les pensione con la totalidad de su sueldo o salario; que a los trabajadores que hayan cumplido 50 años de edad se les pensione en igual forma como se hace con los de 20 años de servicios, quedando a juicio de los trabajadores el exigirla o no. Es entendido que todas estas pensiones continuarán gozando de la Prima Eventual de acuerdo con lo dispuesto en el fallo dictado por los señores Ministros de Gobierno y de Trabajo el 3 de agosto de 1943".

"Esta petición fue resuelta en la siguiente forma":

"Los conciliadores están acordes en declarar que este pedimento queda arreglado al modificarse el artículo 5º del Reglamento de Pensiones de Jubilación de la Compañía en el sentido de que todo trabajador (empleado u obrero) que se inhabilite para el trabajo por causas ajenas a su voluntad pero no proveniente de sus servicios de la Empresa, podrá ser retirado por ésta, a su juicio, con derecho en todo caso al auxilio de cesantía y con la totalidad de los beneficios en lo que respecta a jubilación en lugar de la mitad de dichos beneficios como lo dispone actualmente el citado artículo. Esta modificación deberá entrar en vigor a partir de la fecha, es decir, se aplicará para los trabajadores que se jubilen de hoy en adelante. Además, la Empresa con las pensiones de jubilación, procederá también de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 inciso c) de la Ley 6ª de 1945, **en lo que se refiere a edad y tiempo de servicio** (subraya el Tribunal)".

"De la cláusula anterior se deduce claramente, en concepto del Tribunal, que las pensiones de jubilación en el Reglamento de la Empresa, a favor de sus trabajadores, en todos los casos en que llegaren a inhabilitarse para el trabajo, por razones ajenas a su voluntad, pero no provenientes de sus servicios a la empresa, dan derecho a aquéllos a exigir de ésta el pago de auxilio de cesantía que les corresponda, según la ley, junto con la pensión de jubilación, en la cuantía establecida en la convención; y que, en cuanto a las pensiones de jubilación como la de antigüedad, la convención al establecer que ellas se regirán por el artículo 14, ordinal c) de la Ley 6ª de 1945, en lo que se refiere a edad y tiempo de servicios, no hizo otra cosa que acomodar los requisitos exigidos en el Reglamento, más gravosos para el trabajador que los contemplados en la ley, en cuanto a la edad y tiempo de servicios se refieren, y las prescripciones de esta última, haciendo obligatoria la concurrencia del auxilio de cesantía y la pensión de jubilación pues de otra suerte tal cláusula sería inútil y sin sentido. En efecto, si con ella se pretendía establecer que los trabajadores de la Empresa al cumplir 20 años de servicios y 50 de edad, tenían derecho a una pensión vitalicia de jubilación en la cuantía máxima de doscientos pesos mensuales, tal derecho consagrado por el artículo 14, ordinal c) de la Ley 6ª de 1945, no necesitaba de la convención para hacerse exigible por parte de los trabajadores. Ahora bien: como la relación jurídica laboral que regula las relaciones obrero-patronales, cualquiera que sea su forma y contenido, ya sea el contrato individual, la convención colectiva, el fallo arbitral o el reglamento, debe interpretarse en el sentido que mejor consulte la naturaleza propia de dicha relación jurídica y del espíritu que preside a su elaboración sobre todo cuando las cláusulas que tienden a estructurarlas son oscuras, no cabe la menor duda que en la referida convención, quedó establecido que los trabajadores de la empresa, que al cumplir 50 años de edad y 20 de servicios, fuesen retirados, sin justa causa de la empresa, tienen derecho a exigir el auxilio de cesantía y la pensión de jubilación en forma conjunta o concurrente. Por lo tanto, habiéndose celebrado la convención referida el día 7 de abril de 1945, es decir, cuando todavía estaba vigente el contrato de trabajo celebrado entre el demandante Puschel y la empresa, aquél tiene derecho al pago del auxilio de cesantía impetrado y a la pensión de jubilación que ya viene recibiendo".

De acuerdo con estas consideraciones del fallador, la prueba que en su concepto da derecho a la cesantía, es una convención colectiva de trabajo celebrada el 7 de abril de 1945, que figura a folios 104 a

121 del cuaderno 1º del expediente, según propia cita del Tribunal, "celebrada entre la Empresa demandada y sus trabajadores", para emplear los términos textuales de su fallo.

Dada la forma como se plantea el cargo, que también ataca esa prueba por no haber sido llevada en oportunidad y por su ineficacia, es preciso considerar por separado cada uno de estos tres aspectos en relación con ese pacto colectivo:

a) Entre quiénes se celebró y a quiénes obliga; b) si fue presentado al juicio en forma legal, y c) si es auténtico.

A examinarlos encamina el Tribunal Supremo su estudio.

a) **Entre quiénes se celebró y a quiénes obliga.**

El convenio principia diciendo: "En Bogotá a siete de abril de mil novecientos cuarenta y cinco, en las Oficinas de la Dirección del Consorcio de Cervecerías Bavaria, S. A., se reunieron los señores Vicente de la Cuesta y Jorge Alarcón, nombrados conciliadores respectivamente por la mencionada Empresa y por el Sindicato de Empleados y Obreros de la misma para la consideración del Pliego de Peticiones presentado por el mencionado Sindicato con fecha 28 de diciembre de 1944, con el objeto de consignar en esta acta final los acuerdos a que han llegado sobre todos y cada uno de los puntos contenidos en el referido pliego de peticiones y para dar cumplimiento así a los artículos 11 y 12 de la Ley 21 de 1920".

A continuación vienen las conclusiones de los conciliadores, una por una, y al pie de ellas la manifestación de las partes, Empresa y trabajadores, de aceptar lo propuesto por aquéllos. Por el "Consorcio de Cervecerías Bavaria, S. A." dieron su aceptación a todas y cada una de dichas conclusiones y firmaron, los representantes debidamente autorizados de esa compañía, señores J. R. Lanao Tovar, Pedro María Osma y Jorge Sánchez Núñez, además de su Presidente señor Julio Jiménez. Y por los trabajadores, los representantes autorizados del "Sindicato de Empleados y Obreros del Consorcio de Cervecerías Bavaria, S. A." señores Jesús Morales y Humberto Lemoine (fs. 104 a 121, cuad. 1º).

No consta en su encabezamiento, ni en su firma, ni tampoco en el texto de ese convenio, que fuera celebrado entre una empresa distinta y sus trabajadores, fuera del Consorcio de Cervecerías Bavaria, S. A." con los suyos.

No resulta, por tanto, exacta la afirmación del Tribunal de Bogotá en su sentencia, en relación con ese convenio, cuando lo llama "documetno contentivo de la convención colectiva celebrada entre la Empresa demandada y sus trabajadores..." (Fs. 150 cuad. 1º).

Sabido es que la Empresa demandada aquí es la Sociedad "Vidriería Fenicia Limitada", cuya existencia legal como Compañía está acreditada debidamente con el certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá que obra a folios 74 a 82 del cuaderno Nº 1º, documento también citado por el recurrente en el cargo en estudio.

De ese certificado consta que uno de los accionistas de la Empresa demandada es la sociedad "Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A.", Compañía domiciliada en esta ciudad. Son, pues, dos personas jurídicas distintas, dos sociedades diversas, el Consorcio y Fenicia, de acuerdo con nuestra legislación, según nuestro orden jurídico. La una es sociedad socia de la otra, pero esto contribuye a configurar su diferencia, puesto que la ley colombiana tiene establecido que la sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados (C. C. art. 2079). Y esto se predica de toda especie de compañías, civiles o comerciales, y de sus diferentes clases, anónimas, en comandita, colectivas y limitadas.

Por otra parte, del mismo certificado de la Cámara de Comercio ya citado consta que la Sociedad "Consorcio de Cervecerías Bavaria, S. A. está constituída en esa forma por la escritura pública Nº 3.111 de 4 de noviembre de 1930, de la Notaría Segunda de Bogotá y que la sociedad "Vidriería Fenicia, S. A" fue constituída como anónima por la escritura pública Nº 2559 de 25 de agosto de 1936, de la misma Notaría, y que después sus mismos socios la transformaron en Sociedad de responsabilidad Limitada, bajo la razón social de "Vidriería Fenicia, Limitada", según escritura pública 754 de 30 de marzo de 1939, otorgada en la Notaría mencionada. Son, pues, distintas por su clase, pues el Consorcio es Sociedad Anónima y Fenicia Sociedad de responsabilidad Limitada y, por lo tanto, se rigen por diversas normas, pues una es la legislación establecida para aquéllas y otra muy diferente la de éstas.

Cuando fue, pues, celebrado el pacto colectivo en referencia, el 7 de abril de 1945, entre el Consorcio y sus trabajadores, ya existía Fenicia como Sociedad independiente, desde 1936, y, por lo tanto, no podía resultar obligada de un convenio en el cual no fue parte, ni figuró en ningún momento como tal, ni siquiera fue suscrito por ella, ni consta tampoco su posterior adhesión a él.

Decir, como lo dice el Tribunal de Bogotá, que esa convención fue suscrita "entre la Empresa demandada (es decir, Fenicia) y sus trabajadores" (fs. 150 cuad. 1º) es no sólo una aseveración inexacta, sino que demuestra una apresurada lectura de su texto y, además, acredita fehacientemente un error manifiesto de hecho del senten-

ciador, consistente en haber dado por probada la celebración de un pacto entre quienes no lo suscribieron.

Ese error de hecho condujo claramente a la violación de los artículos que cita como infringidos el recurrente, el 1602 del Código Civil y el 46 de la Ley 6ª de 1945, porque de ellos resulta que los contratos, según aquél, y las convenciones colectivas de trabajo, según éste, sólo existen y producen obligaciones entre los contratantes o partes, o sea entre quienes los han celebrado, o han adherido a ellos.

En efecto, basta la simple lectura de esas dos disposiciones legales, para deducir esa evidente consecuencia. Dicen así:

"Artículo 1602. — Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por el consentimiento mutuo o por causales legales".

"Artículo 46 de la Ley 6ª de 1945. — Convención colectiva de trabajo es la que se celebra entre uno o varios patronos o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales, por otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos individuales de trabajo durante su vigencia. Cuando en la convención colectiva sea parte un sindicato o agrupación de sindicatos cuyos afiliados excedan a la tercera parte del total de trabajadores de la empresa o empresas respectivas, las normas de la convención se extienden a todas las personas, sean o no sindicalizadas, que trabajen o lleguen a trabajar en la empresa o empresas correspondientes".

"Las convenciones entre patronos y sindicatos cuyo número y afiliados no exceda del límite indicado, y los pactos entre patronos y trabajadores, no sindicalizados, solamente serán aplicables a quienes los hayan celebrado o adhieran posteriormente a ellos".

"Las decisiones arbitrales sobre conflictos colectivos de trabajo tienen la misma fuerza de las convenciones colectivas, en los términos y con el alcance respectivo que se indican en el presente artículo".

De acuerdo con la forma como se propone el cargo, esa violación resulta planteada y también producida por falta de aplicación de esos preceptos, pues si los tiene en cuenta el sentenciador y parte de la base jurídica elemental de que los contratos sólo obligan a quienes los celebran, que dichas disposiciones contemplan, no hubiera aplicado a la sociedad demandada "Vidriería Fenicia, Limitada", un convenio colectivo suscrito por "Consorcio de Cervecería Bavaria, S. A".

Y no es válido el argumento del opositor en el recurso, en el sentido de que el contrato de trabajo de su representado fue celebrado con "Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A.", puesto que si ello es cierto, como en verdad lo es, según consta del documento escrito de fe-

cha 20 de enero de 1936 (fs. 35 a 39 del cuaderno 1º), no lo es menos también que después de la denominación de esa compañía aparece especificado que se celebró con la fábrica de vidrio Fenicia, cuyo gerente lo suscribe, de modo que resulta claro que el demandante sirvió en esa Fábrica desde que ella pertenecía al Consorcio y continuó sirviéndole a la misma cuando se constituyó en sociedad anónima el 25 de agosto siguiente, o sea, del mismo año de 1936, y siguió prestándole sus servicios después de su transformación en sociedad limitada, el 30 de marzo de 1939, hasta la terminación de su contrato de trabajo el 3 de septiembre de 1946. Por consiguiente, si su relación de trabajo principió con Consorcio, para prestar servicios como Jefe de Máquinas en la Fábrica de Vidrio de Fenicia, continuó con la Sociedad denominada "Vidriería Fenicia, S. A." que se fundó el 25 de agosto de 1936 y también con la "Vidriería Fenicia Limitada", según transformación operada el 30 de marzo de 1939, para terminar con esta última Compañía, de modo que de esa relación laboral desapareció Consorcio cuando Fenicia se constituyó en Sociedad comercial independiente y, por consiguiente, el contrato continuó a partir de agosto de 1936, entre el actor de una parte y la sociedad "Vidriería Fenicia", de la otra, hasta su fin. Pero donde mejor aparece esto expuesto, es en la misma demanda del actor, en su hecho 1º, que dice: "Mi poderdante señor Max Puschel ingresó al servicio de la Empresa que se denomina hoy Vidriería Fenicia, Limitada el día 12 de julio de 1920 en condición de empleado particular como técnico de vidrio de la fábrica". Y demanda a esa Sociedad Limitada. Luego da por establecido que su vínculo de trabajo con Consorcio desapareció al establecerse Fenicia como Sociedad comercial independiente y que sólo con esta última estaba ligado por la relación de trabajo que se inició en 1920. Se operó, pues, la figura jurídica que hoy denomina el Derecho del Trabajo como "sustitución de patrono" y que al momento de fundarse la Sociedad Vidriería Fenicia, en 1936, estaba instituída en nuestra legislación por el artículo 27 del Decreto 652 de 1935, reglamentario de la Ley 10 de 1934, sobre derechos de los empleados particulares, que dice: "Para los efectos de la Ley que se reglamenta, se considerará como una misma empresa, la que haya conservado en sus líneas generales el mismo giro del negocio y ocupaciones, con las variaciones naturales del progreso, ensanche o disminución, aun cuando hubiere cambiado de nombre, patrono o dueño". Luego si el actor principió a trabajar en la Fábrica de Fenicia y terminó su contrato de trabajo en la misma Empresa, no obstante las mutaciones de dominio que hubiera podido sufrir ese establecimiento y los cambios posteriores de denominación de la Sociedad, el vínculo

de trabajo al terminarse su contrato en 1946 aparece con "Vidriería Fenicia, Limitada", y de allí que su demanda esté bien dirigida contra esta sociedad y que el hecho 1º de su libelo contenga una interpretación legal del desarrollo que tuvo su contrato de trabajo. Así también lo reconoce el mismo actor en el documento privado, suscrito por él, y presentado con la contestación de la demanda, que lleva fecha 26 de marzo de 1946 (fs. 11 y 12 del cuaderno 1º), pues allí llama al Consorcio "antecesor" de Fenicia; luego aquél, según sus propias palabras, desapareció de su relación de trabajo, para surgir sólo ésta, o sea "la sucesora" o nuevo patrón.

La violación de las disposiciones transcritas es suficiente para producir la infirmación del fallo acusado, porque el convenio colectivo que lo indujo a error fue el que le sirvió de único fundamento para decretar el pago del auxilio de cesantía en su sentencia.

Pero antes de entrar a formular las consideraciones que corresponden al fallo de instancia, quiere el Tribunal Supremo concluir el estudio de ese pacto colectivo, en los dos aspectos restantes que plantea el recurrente, para fijar principalmente la doctrina acerca de tan importántes asuntos.

b) **Si fue presentado en forma legal.**

Pero suponiendo que sí obliga a Fenicia el convenio colectivo suscrito por Consorcio el 7 de abril de 1945, es conveniente estudiar lo afirmado por el recurrente en el sentido de que ese documento no fue solicitado como prueba por el demandante ni pedido tampoco como tal por el Juez.

El Tribunal de Bogotá afirma en su fallo acusado que "en virtud de la potestad que el artículo 50 del Decreto 969 sobre procedimiento del trabajo, otorgaba a los Jueces del Trabajo para ordenar la práctica de aquellas pruebas que, a su juicio, fuesen necesarias al mejor esclarecimiento de los hechos planteados por las partes, **el señor Juez del conocimiento hizo llegar al proceso en oportunidad legal,** un documento contentivo de la convención colectiva celebrada entre la Empresa demandada (sic) y sus trabajadores (sic) con fecha 7 de abril de 1945 y el cual aparece de folios 104 a 121" (fs. 150 cuaderno 1º) (se subraya).

Dos afirmaciones acerca del modo como llegó al juicio ese pacto colectivo (el de Consorcio con sus trabajadores), hace el fallador de segunda instancia en el párrafo transcrito, a saber: 1º que fue solicitado por el Juez de primera instancia, quien lo "hizo llegar al proceso"; y 2º que lo hizo llegar "en oportunidad legal". Pasa esta Corporación a considerar las dos aseveraciones en referencia.

1º — **Que el Juez hizo llegar ese pacto al proceso.**

En el acta de la audiencia de trámite y juzgamiento de fecha 10 de junio de 1946 (fs. 52 a 58 del cuaderno 1º), consta al final, en el penúltimo parágrafo, lo siguiente: "Siendo avanzada la hora este Despacho señala la hora de las nueve de la mañana del próximo 15 de los corrientes para que tenga lugar una nueva audiencia en el presente juicio. A dicha audiencia **se traerá, por conducto del apoderado de la parte demandada, el pacto de trabajo firmado por la "Vidriería Fenicia Ltda." y sus trabajadores en el mes de abril de 1945.** Declárase notificada en estrados la anterior providencia". (Se subraya).

El 15 del mismo junio no se llevó a efecto la audiencia, por no haber sido rendido un dictamen médico sobre la enfermedad del actor, y fue aplazada para el 21 del mismo mes a las 9 de la mañana. Pero tampoco se efectuó este último día, y el Juez fijó el 28 del mismo mes para que tuviese lugar, y a la misma hora.

En esa audiencia del 28 de junio (fs. 67 cuad. 1º) y al comienzo de ella consta lo que sigue: "El doctor Ignacio de Guzmán, apoderado de la parte demandada manifiesta al señor Juez lo siguiente: "Para cumplir con lo pedido por el señor Juez en la audiencia pasada me permito declarar que el reglamento para jubilaciones de la "Vidriería Fenicia" comenzó a regir el 3 de agosto de 1943. **Asimismo, para cumplir lo pedido por el señor Juez me permito presentar copia del pacto de conciliación de fecha 6 (sic) de abril de 1945, suscrito ante (debe ser "entre") la empresa y sus trabajadores".** Y al final de esa audiencia figura una copia de ese pacto, aunque sin autenticar por persona alguna (fls. 71 a 73 cuad. 1º).

Ningún otro pacto ordenó el señor Juez que la parte demandada llevase a los autos. Fue este, de 10 (no de 6) de abril de 1945, suscrito éste sí entre la Empresa demandada, "Vidriería Fenicia, Limitada" y la "Sociedad Obrera de Fenicia" el que solicitó y el que le fue llevado.

El Juez pidió, según se ve del párrafo subrayado de la audiencia de 10 de junio, "el pacto de trabajo firmado por la "Vidriería Fenicia Ltda." y sus trabajadores en el mes de abril de 1945" y ese fue el que llevó el apoderado de la Sociedad demandada, que aparece suscrito el 10 de abril de ese año entre dicha Compañía Fenicia Ltda. y la "Sociedad Obrera" del mismo nombre, en representación de los trabajadores de esa Empresa y que obra a folios 71 a 73 del cuaderno Nº 1º del expediente.

Por lo tanto, el sentenciador de segunda instancia confundió sencillamente este pacto de 10 de abril de Fenicia con el de 7 de abril

del mismo año, suscrito entre Consorcio y el Sindicato de sus trabajadores y que aparece a folios 104 a 121 del mismo cuaderno del expediente.

Y fue una confusión, porque el fallador no menciona siquiera el pacto de Fenicia en su sentencia recurrida y, en cambio, la basa y funda en el de Consorcio. Pero esta ligereza de estudio lo llevó a condenar a la Compañía Fenicia, demandada, tomando pie para ello en un convenio suscrito por otra sociedad muy distinta. Es decir, incurrió en el error de hecho anotado ya y en la violación de claras disposiciones legales.

Por consiguiente, el pacto de Consorcio de 7 de abril no fue llevado al juicio a petición del Juez, como lo dice el sentenciador.

2. — **No fue presentado en forma legal.**

Ese pacto fue llevado por el apoderado del actor con su alegato de segunda instancia, cuando ya no había término probatorio y lo presentó tímidamente, no como prueba, sino como simple información. Sabido es que el Código Judicial no permite término probatorio, ni, por lo tanto, pedir o presentar pruebas en la segunda instancia de estos juicios. El Decreto 969 de 1946 sí lo permitía, pero fue suspendido por el H. Consejo de Estado el 13 de julio de ese año. En ese 13 de julio se volvió, por lo tanto, al sistema del Código Judicial. Así lo reconoce el apoderado del demandante en ese alegato de segunda instancia, presentado el 19 de julio de dicho año, con el cual acompañó el Convenio Colectivo de Consorcio, de 7 de abril. Dice, en efecto, ese alegato:

"Sabido es que el Decreto 969 de 1946 acaba de ser derogado (sic) por el H. Consejo de Estado. Volviendo la tramitación de esta clase de juicios al antiguo procedimiento del Código Judicial no se recibirán pruebas en la segunda instancia si las dos partes de común acuerdo no lo solicitan. Es el caso, no con el fin de sustentar la sentencia del señor Juez **a quo** que es una admirable pieza jurídico-social, sino con el de dar una mayor información al H. Tribunal, que el suscrito apoderado del demandante ha hecho un acopio de datos para ser presentados en segunda instancia, datos, que, aunque no se consideren como pruebas desde el punto de vista estrictamente legal en el caso de que se dé aplicación al estatuto procedimental del Código Judicial, considera que no está por demás que sean conocidos del H. Tribunal". (Fs. 95 y 96 del cuad. 1º).

Y presenta con ese escrito el convenio colectivo suscrito entre el Consorcio y sus trabajadores, de 7 de abril tantas veces mencionado, junto con el "Reglamento de Trabajo para los empleados del Consor-

cio de Cervecerías Bavaria S. A, Fábrica de Bogotá" y un ejemplar del Nº 9 del periódico "Vanguardia Sindical" de esta ciudad, de fecha julio 2 de 1946.

Luego no los presenta como pruebas, sino como datos, a título de información del Tribunal, pues sabe y lo afirma que de acuerdo con el Código Judicial, que en ese momento volvía a regir, no era admisible la producción y recibimiento de pruebas en la segunda instancia de estos juicios.

Es cierto que el mismo apoderado dice que desde la primera audiencia del juicio, celebrada el 5 de junio de 1946 (Fl. 20 del cuaderno 1º) habló de un convenio colectivo de trabajo, cuya copia había solicitado al Ministerio del ramo y que prometió traer en la audiencia siguiente. Pero esa fue apenas una intención manifestada por él, pues en esa misma audiencia no la solicitó como prueba, sino que se limitó a anunciar su presentación en la siguiente diligencia. Dice así: "En cuanto al reglamento interno sobre pensiones de jubilación que tiene establecido la Empresa aceptó el presentado por el señor apoderado de la entidad demandada, con una salvedad: Tengo entendido que este Reglamento ha sido reformado por un convenio colectivo de trabajo suscrito en el mes de abril del año pasado, y cuya copia he solicitado en el Ministerio del ramo y de la cual haré presentación en próxima audiencia". (Fs. 20 Cuaderno 1º).

Por otra parte, ese convenio no puede ser otro que el de 10 de abril suscrito por Fenicia con sus trabajadores, que pidió el Juez y presentó el apoderado de la Sociedad demandada, pues el apoderado del actor habla en ese párrafo de un convenio colectivo que modifica el reglamento de Fenicia, luego no puede referirse al pacto colectivo de siete de abril suscrito por Consorcio.

Por lo tanto, que tampoco hubiera sido solicitado como prueba este último convenio, por el apoderado del actor, oportunamente, ni en ningún momento, ni tampoco lo llevó al juicio en tiempo legal, sino extemporáneamente o sea, con el alegato de última instancia.

Ese documento, y los demás que con él se presentaron al juicio con el alegato citado, no fueron, pues, pruebas controvertidas, que se hubieran pedido y allegado con conocimiento de la otra parte, sino que, por el contrario, se produjeron a última hora cuando dicha parte no podía aducir nada en su contra, ni contraprobar y objetarlas. Se violó el sistema del Código para estos juicios, que, de acuerdo con el derecho probatorio y el sistema universal sobre la materia, exige que las pruebas sean controvertidas para evitar la sorpresa de un litigante al otro. El principio de la lealtad procesal también se des-

virtuó con ese procedimiento, pues se aceptó el contrario, completamente inadmisible en el moderno derecho procesal.

Si aceptara el Tribunal Supremo que las pruebas pueden llevarse debidamente con los alegatos de instancia, ya clausurado el debate, la controversia, y abierta la etapa del fallo, no haría otra cosa que consagrar como correcta y aceptable la sorpresa en los litigios, la destrucción del término probatorio establecido por la ley, y la desaparición en nuestro derecho del civilizado principio de la contradicción de la prueba.

Tampoco resulta evidente la aseveración del sentenciador de segundo grado, de que hizo llegar al Juez el convenio "en oportunidad legal".

c) **¿Es auténtico el pacto?**

Resta sólo examinar si el pacto de Consorcio, que sirvió de fundamento al Tribunal de Instancia para ordenar el pago de cesantía, es un documento auténtico.

Va a suponer el Tribunal Supremo que sí fue presentado en oportunidad legal. Entonces surge esta duda: ¿es instrumento público o documento privado? ¿Está autenticado en debida forma?

Ese convenio colectivo de Consorcio figura en el juicio en una copia simple, tomada en mimeógrafo, sin firma de ninguna persona, ni se sabe expedido por quién, ni con vista de qué original, existente en cuál oficina. Nada que dé una ligera suposición de que es una copia fiel del que originalmente suscribieron las partes.

Es lógico que un papel así presentado no tiene carácter de instrumento público, pues no fue expedido por funcionario legalmente autorizado para ello, ni es un documento privado, porque no aparece suscrito por las partes, ni sus firmas reconocidas legalmente ante Juez o Notario, ni en copia debidamente expedida y autenticada.

Es evidente que debiendo por ley figurar un ejemplar de esos convenios colectivos en el Ministerio del Trabajo, su producción y recibimiento en juicio se lleva a efecto solicitando dentro del término probatorio que se pida copia auténtica y autenticada de ellos a dicho Ministerio, aplicando al afecto por analogía el artículo 636 del Código Judicial, sobre instrumentos públicos, y aun de acuerdo con elemental lógica.

No se hizo así en este caso, ni el apoderado del actor llevó a la segunda audiencia la copia que tenía solicitada en el Ministerio, como lo anunció en la primera, luego tampoco aparece como auténtica la que sin firma ni sello de ninguna naturaleza, trajo ese apoderado al juicio con su alegato de segunda instancia.

Por este otro aspecto, que es fundamental, no ha debido tampoco el Tribunal de Bogotá dar por exacta y tener como prueba esa copia simple de tal convenio.

Y es que, como lo ha dicho reiteradas veces esta entidad, unos son los requisitos para que exista la prueba, el medio de prueba, otros los que se requieren para que se produzca y reciba en juicio, y muy diverso su valor probatorio, o sea la tarifa legal o su libre apreciación. Es este último de esos tres requisitos el que toca con la libertad para apreciar pruebas por el Juez, que establece la Ley 75 de 1945, pero los dos primeros no los ha destruído ninguna ley todavía, para ninguna clase de juicios, y por lo tanto deben hacerse cumplir también en los del trabajo. A este respecto fue muy clara la Corporación en su sentencia de 27 de noviembre de 1946, dictada en el juicio de Ricardo Zapata Bustos contra Hernán Caycedo Buenaventura ("GACETA DEL TRABAJO" Nos. 2 a 4, págs. 69 y ss.).

Sentencia de Instancia

Procede ahora sí a dictarse la sentencia que reemplace a la que va a ser infirmada.

Aquí sólo cabe considerar lo relacionado con la acción de cesantía, cuya condenación por el Tribunal de instancia debe caer según lo expuesto, pues el fallo de esa misma corporación acerca de la acción de indemnización por enfermedad profesional no fue objeto de acusación ninguna en casación por el demandante, a quien hubiera correspondido, pues él no fue recurrente. Quedó, pues, en firme, esta última parte del fallo, que absolvió a la Compañía demandada por dicha indemnización.

El demandante pide el pago de ese auxilio de cesantía con apoyo principal en una disposición del Reglamento interno de la sociedad demandada, "por la cual los empleados y obreros de la empresa gozan de la concurrencia de las prestaciones de pensión vitalicia de jubilación y auxilio de cesantía". (Hecho 8º de la demanda).

Y se basa en esa disposición del Reglamento, porque en él se contempla el caso de otorgar pensión de jubilación al mismo tiempo que auxilio de cesantía, es decir, sin excluir aquélla a ésta, y porque el demandante, al retirarse de la Empresa no fue incluído entre los casos de concurrencia de ambas prestaciones de que trata ese Reglamento, sino que se le dio a escoger, de acuerdo con la Ley 6ª de 1945, entre una u otra y optó por la primera, o sea por la pensión de jubilación. En tal virtud alega ahora que tiene también derecho a auxilio de cesantía, además de la pensión vitalicia escogida por él y que le ha ve-

nido pagando la Empresa, y al efecto invoca en su demanda la disposición reglamentaria que le es más favorable que la ley.

A este respecto, el Tribunal de Bogotá consideró que la Ley 6ª de 1945, art. 14 letra c) no acepta la concurrencia de esas dos prestaciones sino que establece que la jubilación excluye el auxilio de cesantía y, además, hizo un exacto estudio del "Reglamento sobre jubilación de empleados y obreros de la "Vidriería Fenicia, Limitada", para concluir que tampoco está el demandante en los casos que según ese estatuto autorizan para recibir a un mismo tiempo la pensión de jubilación y el auxilio de cesantía. Por ser adecuadas, se acogen esas consideraciones por esta Corporación y dicen así:

"El Reglamento sobre jubilación de empleados y obreros de la "Vidriería Fenicia, Limitada", al consagrar la pensión de jubilación a favor de sus trabajadores en momentos en que tal pensión le era obligatoria legalmente, condicionó su concurrencia con el derecho al auxilio de cesantía ya consagrado por la Ley 10 de 1934, en favor de los empleados particulares, al lleno de determinados requisitos que establecen su cuantía según la edad, el tiempo de servicios y la causa en virtud de la cual otorgaba tal pensión, ya fuese por invalidez, por antigüedad, por vejez, o por otras causas similares".

Y después de transcribir en su sentencia los once artículos que integran ese Reglamento, concluye acertadamente:

"¿Qué se infiere de todas y cada una de las cláusulas contenidas en este Reglamento, después de profundizar lo suficientemente en él? No puede llegarse a otras conclusiones distintas de las siguientes:

"Primera. Que la pensión de jubilación que pudiera corresponderle al actor según el Reglamento estaba condicionada a que en el momento de extinguirse la relación contractual hubiese llenado los requisitos en él establecidos, a saber: tener cincuenta y cinco (55) años de edad y no menos de treinta (30) años de servicio continuo a la empresa; y

"Segunda. Que solamente en ese caso se habría operado automáticamente en su favor al derecho a exigir de la Empresa el pago del auxilio de cesantía que le correspondiese según la ley, y, además, el de la pensión de jubilación a que fuese acreedor conforme al Reglamento. Es decir, que en virtud del Reglamento, desde luego más favorable al actor que la disposición contenida en la Ley 6ª la Empresa echaba sobre sí la carga de una obligación más, fuera de la de cesantía establecida por la ley, haciéndolas concurrentes, pero subordinando el cumplimiento de la nueva obligación extralegal (pensión

de jubilación) por ella otorgada voluntariamente, al cumplimiento de los requisitos que creyó conveniente establecer. No se impuso, pues, una obligación pura y simple, sino condicional, de manera que el derecho correlativo de los trabajadores de la Empresa no naciese y se tornase exigible por aquéllos sino en tanto que se cumpliera la condición".

"El demandante no reunía, al terminarse su contrato de trabajo con la Empresa, que como se vio atrás fue el 3 de septiembre de 1945, los requisitos de edad y tiempo de servicios, pues no llegaba a los cincuenta y cinco años, ni tenía treinta (30) años, por lo menos, de servicios a la Empresa, y, por lo tanto su situación jurídica no estaba cobijada por la concurrencia de la pensión de jubilación y del auxilio de cesantía, consagrada en el Reglamento".

Por este aspecto, en concepto del Tribunal Supremo, la petición de cesantía no tiene apoyo ninguno.

Pero como el apoderado del actor alegó en una audiencia que el convenio colectivo suscrito entre Fenicia y sus trabajadores el 10 de abril de 1945, modificó ese Reglamento en cuanto a la cesantía y la pensión de jubilación, y como el Tribunal de Bogotá en lugar de analizar este pacto estudió equivocadamente el de Consorcio, se procede a considerar aquel argumento del representante del señor Puschell, y, por ende, el convenio colectivo de la Compañía demandada.

Las conclusiones a que llegaron los conciliadores de la Empresa "Vidriería Fenicia, Limitada" con motivo de un pliego de peticiones de sus trabajadores, y que fueron aceptadas tanto por la Compañía como por los asalariados, dicen así:

"**Primera.** — Los conciliadores entienden y así lo reconocen, que todo lo relacionado con la organización de los sindicatos y la regulación de sus actividades, dentro de las normas legales, es asunto que compete a los órganos del poder público".

Segunda. — Los conciliadores estiman que coincide el interés de la Empresa con el de los trabajadores, cuando a la tecnificación de la industria y al mejoramiento y modernización de los sistemas de fabricación".

"**Tercera.** — Los conciliadores consideran que se pueden establecer en Fenicia las siguientes nuevas prestaciones":

"a) Establecer el seguro de vida para los jubilados de la Empresa, consistente en pagar durante un año, a partir de la fecha de la muerte del asegurado, al beneficiario o beneficiarios, por mensualidades, la última pensión mensual de que disfrutó el jubilado muerto".

"b) Reconocer a los empleados y obreros de explotación de Fe-

nicia un aumento del 60% en la prima de vacaciones que hoy se concede".

"c) El auxilio para gastos de entierro será el que fija la Ley 6ª de 1945, garantizando la Empresa un mínimum de $ 80.00".

"d) Establecimiento de un gabinete dental en la Fábrica, que será asistido por un dentista que trabajará cuarenta y cuatro horas en la semana".

"e) Establecimiento de un enfermero permanente en la Fábrica tanto de día como de noche, durante todo el tiempo en que los médicos no estén en la fábrica; y

"f) Las demás prestaciones sociales que hasta el presente ha concedido la directiva superior de la empresa a sus trabajadores de explotación y que no es necesario enumerar porque se consignarán en el Reglamento de trabajo respectivo".

"Cuarta. — En relación con el aumento de salarios básicos, los consiliadores están de acuerdo en recomendar que se eleven a uno con treinta los jornales de explotación inferiores a esta cifra. En cuanto a las demás peticiones relativas a mejora de sueldos y jornales, los conciliadores declaran que han tomado en cuenta las razones expuestas por la empresa para abstenerse de considerar estas solicitudes del Sindicato mientras subsistan las actuales condiciones económicas para el país y para la industria del vidrio".

Como se observa fácilmente, este pacto colectivo no modificó en ninguna de sus estipulaciones lo relacionado con la pensión de jubilación y con el auxilio de cesantía del Reglamento sobre jubilación de empleados y obreros de "Vidriería Fenicia, Limitada", por lo cual ese convenio colectivo no vino a consagrar la concurrencia de la pensión vitalicia con el auxilio de cesantía, que es lo que ha pretendido el actor.

Además, la copia de ese pacto no aparece autenticada por persona ninguna, aunque sí se trajo en tiempo, en una audiencia del juicio y a solicitud del Juez. Lo mismo se puede afirmar del Reglamento mencionado.

Pero como el Juez de primer grado concede ese auxilio con base en otro razonamiento, es preciso estudiarlo también para ver si se acepta o nó, si se confirma o se revoca su fallo.

El Juez dictó su sentencia en la audiencia de 28 de junio de 1946 y la motivó el 2 de julio siguiente. En esta motivación dice con relación al auxilio de cesantía:

"La disposición legal (letra c) art. 14, Ley 6ª de 1945), establece la pensión de jubilación y agrega que excluye el auxilio de cesantía

menos en cuanto hace a las liquidaciones parciales de la última prestación y a los préstamos hechos al trabajador, ordenando descontar su valor de la pensión respectiva porcentualmente. La disposición del Reglamento de la Empresa por el contrario establece la concurrencia de las prestaciones: auxilio de cesantía y pensión de jubilación".

"En tesis general, resulta a todas luces de mayor beneficio para el trabajador la disposición legal sobre pensión de jubilación que la del Reglamento de la Empresa relativa a la misma prestación, y, consecuencialmente la disposición legal debe ser aplicada. Pero en orden a las dos prestaciones, auxilio de cesantía y pensión de jubilación, la disposición reglamentaria de la Empresa resulta más favorable a los intereses del trabajador que la disposición legal y por tanto debe aplicarse ya que los derechos del trabajador son de orden público y por ello irrenunciables".

Es decir, el juzgador de primera instancia desarticula la ley y desarticula el Reglamento de la Empresa. Resuelve aplicar parte de un artículo de aquélla y desechar el resto, y aplicar parte de una disposición del Reglamento y desechar lo restante. Toma, pues, de la una y del otro para formar con esos apartes una sola disposición: la que dé lugar a la concurrencia de jubilación y cesantía y, al mismo tiempo, establezca que el actor sí reune los requisitos legales para ello.

El Tribunal Supremo no puede aceptar ese procedimiento, porque el principio de nuestra legislación y del derecho del trabajo, según el cual la disposición más favorable al trabajador es la que se aplica, debe entenderse en el sentido de que confrontada una norma con otra, bien de ley, reglamento, contrato, convención o fallo arbitral, la una debe excluir a la otra, según que favorezca al trabajador, pero no puede tomarse el precepto como una serie de partes, sino como un todo armónico, pues una disposición se aplica o no se aplica, pero peca contra la hermenéutica jurídica y contra la más simple lógica que una norma rija en estos casos por etapas o partes y no en su totalidad.

Si, de acuerdo con el Reglamento y de lo que consta de autos, en el momento de terminarse su contrato de trabajo no reunía el demandante los requisitos de edad y tiempo de servicios para tener derecho a ambas prestaciones, a jubilación y cesantía, pues no tenía cincuenta y cinco (55) años, ni llevaba trabajando treinta (30) años al servicio de la Empresa (porque al retiro tenía 53 de edad y 25 de servicio únicamente), es claro que no goza, de acuerdo con ese estatuto, de derecho a cesantía, una vez que ya está recibiendo la pensión vitalicia.

Y de acuerdo con la Ley 6ª de 1945, tampoco, porque según el

artículo 14 ordinal c), que es el aplicable aquí por el capital de la Empresa, la jubilación excluye la cesantía. Esta misma norma consagraba el artículo 28 del Decreto 652 de 1935, reglamentario de la Ley 10 de 1934, sobre derechos de los empleados particulares. Por lo tanto, de acuerdo con estos preceptos legales, no tiene, además de la jubilación ya concedida y en disfrute, derecho al auxilio de cesantía.

Es de advertir que se toma en consideración el Reglamento indicado, no obstante que no aparece en copia autenticada por nadie, puesto que fue presentado con la contestación de la demanda, es decir, sí fue traído en el tiempo y no ha sido objetado o redargüido de falso por el actor. Se adujo en oportunidad para ser controvertido, sin que recibiese tacha. Por el contrario, ha sido invocado en su favor por el demandante en el curso de la actuación, luego éste lo aceptó como prueba.

Deberá, por consiguiente, revocarse la sentencia de primera instancia, en cuanto a la acción sobre cesantía.

Personería del recurrente

En su alegato de oposición en este recurso de casación, el apoderado del señor Puschell objeta la personería del recurrente por no constar que hubiese sido presentado personalmente el poder por el gerente de la Empresa demandada.

Este asunto no puede considerarse aquí, por dos razones:

En primer lugar, el apoderado que formula ese reparo no fue recurrente, de modo que en su alegato de oposición no puede formular cargos sino apenas referirse a los que la demanda de casación propone. Es la parte que ha interpuesto este recurso extraordinario, la que tiene derecho a plantear cargos en casación, porque es ella la que ha manifestado su intención de que se revise el fallo acusado. No la parte que ha guardado silencio acerca de la sentencia de segunda instancia, es decir, que por serle favorable la ha consentido.

En segundo lugar, este cargo por ilegitimidad de personería sólo tiene cabida en casación a través de la causal 6ª del artículo 520 del Código Judicial, o sea, invocándolo como nulidad y por quien haya interpuesto el recurso. El apoderado que formula esta alegación, no fue recurrente, no tiene derecho a formular cargos aquí y si lo tuviera, tampoco lo hizo con la técnica de casación que exige la ley, pues no lo planteó en la forma de la causal indicada, ni podía hacerlo por no haber recurrido.

Tampoco es aceptable al respecto la actitud del recurrente, quien,

en vista de esa alegación del opositor, se apresuró a traer un certificado para demostrar que su poderdante sí había presentado en forma personal su poder en la Secretaría del Tribunal de Bogotá. Y no es procedente, porque el recurso de casación no es una tercera instancia, no tiene término probatorio, ni son aceptables, en consecuencia, pruebas de ninguna clase dentro de él.

Por lo expuesto, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá que ha sido objeto del presente recurso, en cuanto condenó a la Sociedad "Vidriería Fenicia, Limitada", de esta ciudad, a pagar al señor Max Puschel auxilio de cesantía y, en su lugar, y revocando el ordinal 1º de la sentencia de primera instancia que reconoció ese mismo auxilio, absuelve a la Compañía demandada de los cargos que por razón de esa acción de cesantía le formuló el demandante.

No la casa en cuanto a lo demás.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase al Tribunal de origen.

Cástor Jaramillo Arrubla. — Diógenes Sepúlveda Mejía. — Luis Alberto Bravo. — Bertha Salazar Velasco, Oficial Mayor.

I. SUSTITUCION DE PATRONOS. EN QUE CONSISTE CUANDO TIENE LUGAR. — II. SUS FINES. SUS EFECTOS. DOCTRINA, LEGISLACIONES Y JURISPRUDENCIA EXTRANJERAS SOBRE EL PARTICULAR. — III. SOLIDARIDAD ENTRE PATRONOS, SUSTITUTO Y SUSTITUIDO. — IV. REQUISITOS DE LA SUSTITUCION. — V. FUNDAMENTOS DE LA INSTITUCION. VI. CONFESION.

I. — La definición del art. 53 del Decreto 2127 de 1945, comprende más bien la sustitución de una empresa pero no la de patronos, aunque ambas nociones están íntimamente ligadas. Este artículo principia definiendo la sustitución de patrón como "toda mutación de dominio sobre la empresa", cuando a simple vista se observa que es el cambio de un patrón por otro, motivado por diversas causas, entre las cuales sí puede contarse la que menciona este precepto, o sea, la mutación en el dominio de la empresa. No parece jurídico, ni técnico definir como sustitución de patronos el cambio de propiedad de la empresa o de su régimen de administración, pues estos actos jurídicos producen aquélla o le dan nacimiento pero no son la institución misma que trata de definirse. Cuando se dice "sustitución de patrón" se está denotando un cambio de patrón por otro, por cualquier causa que sea, pero no simplemente la mutación del dominio de la empresa, ni de su régimen de administración, que pueden ser unos de los factores que confluyan a configurar aquélla pero no todos exclusivamente. Por eso que pueda decirse en términos generales y con más propiedad, que es el cambio de patrón por otro, por cualquier causa, aun por transferencia del dominio de la empresa, sin que ésta cese en el giro ordinario de negocios, ni concluya la relación de trabajo.

II. — El derecho del trabajo, al establecer esta institución, ha querido amparar a los asalariados contra un imprevisto o intempestivo fin del contrato de trabajo producido por el traspaso o cambio de dominio o de administración de la empre-

sa. Por eso que en Italia, España, Méjico, la Argentina y nuestro país, la legislación haya vinculado este concepto de la "sustitución del patrono" a la cesión, traspaso, venta o cambio de empresa.

El fin primordial de esta institución, es el de proteger al trabajador de la empresa que cambia de dueño o de administración. Por lo tanto, cuando la sustitución tiene lugar, los contratos de trabajo no se extinguen y deben continuar con el nuevo patrón. Así se ha establecido en Italia, España, Argentina, Méjico y en nuestro país.

III. — La legislación colombiana ha establecido normas sobre la responsabilidad de los patronos sustituto y sustituído frente a los asalariados de la empresa, y al efecto, ha instituído la solidaridad entre ambos durante el año siguiente a la sustitución, por todas las obligaciones anteriores, derivadas de los contratos de trabajo o de la ley, pues de las obligaciones que nazcan de dicha fecha en adelante, responderá únicamente el nuevo patrón.

IV. — Para que la sustitución exista se requiere que se opere un cambio de patrón por cualquier causa, principalmente por mutación del dominio de la empresa o de su administración; que haya continuidad en el desarrollo de las operaciones del establecimiento y también en los servicios que presten los asalariados. Es decir, que continúe el mismo giro de los negocios o actividades, como antes, y que los trabajadores sigan laborando después del cambio como lo venían haciendo con anterioridad a él. Deben reunirse, pues, tres elementos: cambio de patrono, continuidad de la empresa y continuidad del trabajador; sólo así se entiende que exista continuidad también de la relación de trabajo.

V. — La institución de la sustitución de patrono ha sido creada porque la relación de trabajo es individual, entre personas, y no real, entre el asalariado y la empresa; pues si fuese de esta última índole no necesitaría la ley establecer expresamente esa continuidad de patronos y la solidaridad entre el antiguo y el nuevo para el pago de las obligaciones a favor del trabajador.

VI. — Según el artículo 604 del Código Judicial es confesión "la manifestación de una parte de ser cierto el hecho que le perjudica afirmado por la otra". Cuando el absolvente niega los hechos preguntados, y entra a explicar su negativa

con afirmaciones de hechos que no se contienen en el cuestionario propuesto, no puede decirse que haya confesión; esta explicación o narración a la negativa dada constituye una verdadera afirmación del absolvente sin valor legal ninguno, que está sujeta a ser demostrada por él mismo para que pueda ser tenida como cierta por el Juez, como en forma terminante lo preceptúa el art. 609 de la misma obra.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Jaramillo Arrubla)

Bogotá, julio diez y siete de mil novecientos cuarenta y siete.

Alberto Posse Fernández demandó a la Sociedad "Editorial Centro, Instituto Gráfico, Limitada", de esta ciudad, ante el Juez del Circuito en lo Civil, para que se la condene a pagarle auxilio de cesantía, vacaciones y horas extraordinarias de trabajo.

Como hechos narró los siguientes: en el mes de mayo de 1944 entró a trabajar al servicio del señor Alberto Velásquez A., como empleado linotipista, en un taller que Velásquez tenía en arrendamiento. Prestó sus servicios sin interrupción hasta cuando en mayo de 1945 el expresado arrendatario del taller lo entregó a sus dueños actuales, los demandados. La empresa pasó de manos de Velásquez a las de la Sociedad "Editorial Centro, Instituto Gráfico, Limitada" sin que se liquidaran las prestaciones que correspondían al demandante por su año de servicios y su buen comportamiento, por lo cual tuvo necesidad de acudir a la Oficina Seccional del Trabajo de esta ciudad, en donde Velásquez, según acta de 18 de julio de 1945, reconoció el derecho y la cuantía de las prestaciones del actor correspondientes a auxilio de cesantía y vacaciones, como también el sueldo mensual fijo devengado por él de ciento ochenta pesos ($ 180.00) y el promedio de veinte pesos ($ 20.00) mensuales por el trabajo extra.

La Empresa demandada dijo al contestar la demanda que no le constaban los hechos básicos de las acciones del demandante, sino la culminación del reclamo hecho por éste al señor Velásquez y de que da cuenta el acta suscrita en la Oficina del Trabajo, de cuyos términos aparece la obligación del mencionado señor Velásquez de cancelar al actor lo liquidado por prestaciones sociales. Afirmó que nunca había tenido bajo su dependencia al demandante, ni siquiera figuró éste en las nóminas de la Sociedad. Propuso las excepciones de ilegitimidad de la personería del demandado y de carencia de acción.

Pasado el juicio a los Juzgados del Trabajo, el Juez 3º Seccional de Bogotá falló favorablemente a las pretensiones del demandante pues condenó a la Sociedad demandada a pagarle a aquél la suma de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00) moneda corriente, por concepto de cesantía y vacaciones. Nada dijo en la parte resolutiva acerca de la acción sobre pago de horas extras, pero en la motiva expresó que no podía reconocerse.

Apelado ese fallo por ambas partes, el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá lo confirmó por medio del suyo de fecha 19 de septiembre del año próximo pasado, con la adición de que condena también a la Empresa demandada a pagar al actor la cantidad de un mil treinta y dos pesos con noventa y seis centavos ($ 1.032.96) por concepto de horas extraordinarias de trabajo.

Interpuesto por la Compañía el recurso de casación, concedido, admitido y fundado, pasa a estudiarse.

Dos causales invoca el recurrente, de las cuales el Tribunal estima de importancia la primera y a ésta limitará por lo tanto su análisis.

Primer cargo

Acusa el fallo recurrido por ser violatorio de los artículos 8º, último inciso de la Ley 6ª de 1945, por aplicación indebida, y 1769 del Código Civil y 607 del Código Judicial, por falta de aplicación.

Dice el recurrente que a la violación del artículo 8º de la Ley 6ª de 1945 llegó el sentenciador por error evidente de hecho, por falta de apreciación de la confesión libre y espontánea del demandante, contenida en los hechos 2º y 3º del libelo cuando afirma que éste trabajó a órdenes del señor Velásquez hasta el día en que entregó el taller a sus propietarios y que en el tránsito de ese establecimiento no le liquidaron sus prestaciones sociales. Además, el fallador no apreció la confesión contenida en la respuesta a la pregunta cuarta del pliego de posiciones absuelto por el demandante en la que dice que terminado el contrato en el mes de mayo de 1945 se retiró del taller en que venía trabajando, sin prestar sus servicios un día más. Y al contestar la pregunta sexta de las mismas posiciones confiesa ser cierto que terminado el contrato con el señor Velásquez acudieron a la Oficina del Trabajo para liquidar las prestaciones que éste le quedara a deber al demandante en razón de los servicios prestados.

"El Tribunal que profirió la sentencia acusada —continúa el cargo— no tomó en cuenta la verdadera y real situación de hecho que aparece en el expediente, confesada por el mismo demandante, de no

haber continuado al servicio de los arrendadores de la base industrial, y, sin embargo, la sentencia acusada condena a la Sociedad que represento a pagar las prestaciones sosteniendo que se había configurado la clásica "sustitución de patrono".

Después de algunas consideraciones jurídicas en torno al significado y trascendencia de esa "sustitución", continúa el cargo manifestando que el error de hecho cometido por el Tribunal consistió en fallar condenando a una persona jurídica como si hubiera sido "patrón" del demandante, siendo así que la evidencia de los hechos es muy distinta, ya que el mismo actor confiesa en su demanda que él trabajó solamente hasta el día en que Velásquez entregó la Empresa por vencimiento del contrato de arrendamiento, es decir, que no trabajó un solo día al servicio de los arrendadores. Y agrega el recurrente: "Si el Tribunal toma en cuenta esta confesión complementada con los demás elementos que obran en el expediente, muy otra habría sido su sentencia toda vez que no había asidero legal para sostener qué había existido la "sustitución de patrono". El Tribunal se limitó a hacer la afirmación sin estudiar a fondo la situación y no se pronunció en la parte motiva ni en la resolutiva sobre las características de la "sustitución de patrono" para respaldar su fallo".

Dice también el cargo que, fuera de lo anterior, "existió un hecho que por sí solo demuestra que el contrato de trabajo que vinculaba al señor Posse con el señor Velásquez terminó en cabeza de éste y no de los nuevos empresarios. Se trata de la demanda intentada por el señor Posse contra Velásquez ante la Inspección del Trabajo para cobrar su cesantía de un año. Si el señor Posse hubiera continuado al servicio de los nuevos empresarios, no habría tenido derecho a cesantía en esa época puesto que no se había causado el derecho porque su contrato no había terminado; en cambio, el hecho cumplido de la reclamación formulada por Posse ante la Inspección nos indica lisa y llanamente que él tenía acción para demandar a Velásquez precisamente porque había terminado su contrato de trabajo de un año de servicio prestado á él exclusivamente y no a los nuevos empresarios, pues como antes lo dijo, si hubiera continuado trabajando no habría acudido a la Inspección por carecer de acción y ahí sí se habría configurado la clásica "sustitución de patrono".

A continuación manifiesta el recurrente que a la violación de la ley sustantiva llegó el fallador por falta de aplicación de los artículos 1769 del Código Civil y 607 del Código Judicial, por error de derecho, pues estas disposiciones le dan valor a la confesión judicial de la parte o de su apoderado, y en el caso de este último, esa confesión vale

cuando haya recibido autorización al efecto, la que se presume para los escritos de demanda y excepciones y las respuestas correlativas.

En relación con este aspecto legal, la acusación concreta así su argumento:

"Al folio 53 del expediente dice el fallador en la sentencia: "Para establecer este punto se tienen las siguientes **bases todas probadas en el juicio**". (Subraya el recurrente).

"4º En mayo de 1945 —expresa el fallo acusado— Velásquez por haber terminado el contrato de arrendamiento, entregó la Empresa a los arrendadores, quienes procedieron a introducirle reformas de orden jurídico **y propusieron a Posse continuar en el servicio bajo condiciones que éste consideró inaceptables dando por terminado el contrato de trabajo**". (También subraya el recurrente).

Y continúa así el cargo: "¿Pero cuál es la realidad señores Magistrados del Tribunal Supremo? Que lo que el Tribunal de segunda instancia da como probado en el juicio es tan sólo una afirmación hecha por el mismo demandante señor Posse al contestar una pregunta del cuadro de posiciones que dice textualmente: "...El señor Mallol, "hablando en nombre de la Compañía me dijo que se iba a efectuar un trasteo y que veríamos qué nuevo arreglo se podría establecer conmigo. Después de que efectuaron el trasteo, el mismo señor Mallol me ofreció unas horas solamente de trabajo las cuales consideré imposibles por ser las de almuerzo y comida, porque venían a ser tres horas solamente y con ese trabajo no podía subvenir a mis necesidades. Entonces le **dije al** señor Mallol que consideraba el contrato terminado y por consiguiente me sentía "echao" (véase folio 20 v.)".

"Esta afirmación hecha por el demandante puede considerarse legalmente como prueba? En ningún caso. En ninguna parte del expediente aparece la comprobación de que habla el Tribunal en su sentencia, mucho menos aparece la comprobación de que el señor Posse haya sido despedido por los arrendadores o nuevos empresarios. Luego, la apreciación hecha por el Tribunal de que la afirmación del demandante, en plena prueba, para fundamentar la parte resolutiva de la sentencia acusada nos está indicando el error de derecho en que incurrió al considerar como prueba suficiente una mera afirmación del demandante, llegando el Tribunal por este error a violar las claras disposiciones sustantivas a que he hecho referencia".

Pasa a estudiarse esta acusación.

El último inciso del artículo 8º de la Ley 6ª de 1945, que es el primeramente indicado en el cargo (artículo vigente cuando se dictó la sentencia recurrida, pues hoy está sustituído por el artículo 2º de

la Ley 64 de 1946, aunque dicho último inciso no sufrió cambio en la nueva ley), dice lo siguiente:

"La sola sustitución del patrón no extingue el contrato de trabajo. El sustituído responderá solidariamente con el sustituto, durante el año siguiente a la sustitución, por todas las obligaciones anteriores".

En relación con este precepto y con su aplicación al asunto en litigio, el Tribunal de Bogotá expresa lo siguiente:

"¿Se ha operado aquí el fenómeno jurídico de la sustitución de patronos? Puede decirse que, de conformidad con las disposiciones legales, la Empresa denominada "Editorial Centro Instituto Gráfico Limitada" ¿es patrón sustituto de Alberto Velásquez A.? El inciso tercero del artículo 8º de la Ley 6ª de 1945 estatuye que la sola sustitución del patrono no extingue los contratos de trabajo y que tanto el sustituto como el sustituído responderán solidariamente dentro del año siguiente a la sustitución por todas las obligaciones anteriores. En desarrollo de esta norma el artículo 53 del Decreto Ejecutivo número 2127 de 1945 definió la sustitución de patronos considerándola como "toda mutación del dominio sobre la empresa o negocio **o de su régimen de administración** sea por muerte del primitivo dueño, o por enajenación a cualquier título, o por transformación de la sociedad empresaria **o por contrato de administración delegada o por otras causas análogas".** (Sub. el T.). El fundamento capital de esta institución es el de proteger en todo caso los contratos de trabajo celebrados por el patrono anterior para efectos de los salarios y prestaciones que de él se derivan para el trabajador. Ha querido la ley que en aquellos casos en que un establecimiento industrial, o empresa o taller, pase de las manos de quien en ella ejercía el carácter de patrono a las de otra persona natural o jurídica que ejerza las mismas funciones en la plenitud en que ellas son estimadas por las leyes del trabajo, no se afecten los contratos vigentes con los asalariados ni reciba perjuicio la solución de los derechos que la ley consagra a los trabajadores por razón de sus relaciones contractuales. El fundamento primordial de la institución descansa en el hecho, que pueda demostrarse o que sea evidente por sí mismo, de que ha existido en realidad un cambio de patrono en virtud del cual el nuevo ejerce totalmente las funciones que a aquél correspondían y que obra con perfecta independencia en la dirección del establecimiento o base industrial de que se trate. Cuando esto ocurre, se presenta el fenómeno de la sustitución tratado por la ley y sustituído y sustituto responden entonces solidariamente durante un año **"por todas las obligaciones**

anteriores", lo cual significa, procesalmente que el trabajador puede demandar a uno o a otro para hacer efectivos sus derechos. No hay que confundir este fenómeno con lo que ocurre cuando hay de por medio un intermediario o persona que contrata a nombre de un patrono y en beneficio de éste, pues es claro que lejos de haber sustitución en este caso, la base industrial o empresa tanto como su régimen de administración continúan en unas mismas manos y bajo una misma dirección y la responsabilidad conjunta que en estos casos establece la ley no tiene como fundamento el hecho del traspaso a cualquier título de la empresa o industria".

Y después de considerar si existe la sustitución de patronos en el caso del arrendamiento de la Empresa y de producirse por la afirmativa, concluye así en relación con el caso debatido:

"Velásquez, mientras estuvo bajo su absoluta responsabilidad como arrendatario la explotación económica y la dirección del taller tipográfico, contrató los servicios de Posse Fernández como linotipista, sin que en el contrato verbal celebrado entre los dos se hubiera acordado término alguno para su duración. Transcurrido un año, el que venía asumiendo totalmente las funciones de patrono, entrega el taller a sus dueños por terminación del contrato de arrendamiento de la unidad económica operándose en esta forma entre Velásquez y quienes la recibían una verdadera sustitución de patronos. De acuerdo con las normas legales citadas atrás, este hecho no implica causal de terminación del contrato de trabajo con Posse Fernández. Al haberse terminado la relación contractual por ese fenómeno, sustituído y sustituto quedan obligados con Posse a cancelarle debidamente sus prestaciones e indemnizaciones, en virtud de una responsabilidad legal soildaria que rige hasta un año después de la sustitución. El propio Velásquez al contestar la posición novena de las que le fueron sometidas por el actor confesó ser cierto el hecho de que él manejaba el taller porque lo había tomado en arrendamiento (fs. 12 v.) lo que indica claramente que él era entonces patrono absoluto. Aparte de esto, Bustamante, actual gerente de la Empresa demandada, confiesa igualmente en la décima de las posiciones que le fueron propuestas (fs. 23 v.) que Velásquez era arrendatario del taller antes de que volviera a poder suyo. Todo esto pone de presente que en realidad hubo una auténtica sustitución de patronos y que, consecuencialmente, por virtud de las disposiciones legales, el actual patrono bien podía ser demandado por lo cual no solamente la acción está bien encaminada y dirigida sino que es evidente la responsabilidad que le cabe al demandado por el valor de las prestaciones sociales y salarios de Posse Fernández".

El recurrente expresa cuál es en su concepto el alcance de la "sustitución de patrono", que difiere del que expone el sentenciador y lo hace en los siguientes términos:

"La institución de la "sustitución de patrono" como lo dicen eminentes tratadistas de derecho social, entre ellos de la Cueva y Ramírez Gronda, "además de significar la continuidad de la relación de trabajo es una medida de protección al salario de los trabajadores"; yo agregaría, que, la norma de la sustitución de patrono tiene por objeto amparar y proteger el conjunto de derechos constituídos a favor del trabajador que continúan al servicio del patrón sustituto. Precisamente por cuanto las prestaciones en cabeza de un trabajador no son créditos reales sino personales, el derecho social creó la institución de la "sustitución de patrono" para salvaguardiar los derechos de los trabajadores que hallándose vinculados por un contrato de trabajo a una unidad económico-jurídica cuya explotación se transmita a un tercero, por venta, arrendamiento a administración delegada, esos derechos causados en cabeza del patrón sustituído, se transmitan al patrón sustituto ya que se entiende que por el hecho de la sustitución los contratos de trabajo continúan en toda su vigencia. Pero esto no quiere decir que el patrón que quiera transmitir el dominio de su Empresa no pueda despedir a los trabajadores cancelando sus contratos de trabajo cuando a bien lo tenga, pues la "sustitución" no prohibe la terminación de los contratos sino que establece que continuando esos trabajadores al servicio del nuevo patrono, éste responde por los derechos causados en el tiempo anterior a la sustitución y que el contrato de trabajo no se entiende que haya terminado".

"Además debe tenerse en cuenta que la disposición legal sustantiva sobre "sustitución" para que sea operante en un caso determinado se requiere que el trabajador continúe vinculado jurídicamente con el nuevo patrón ya que sería injurídico hablar de **patrón** si no existe el otro sujeto de la relación jurídica de trabajo o sea el **asalariado"**.

Para resolver, se considera:

La simple lectura del inciso último del artículo 8º de la Ley 6ª de 1945, atrás transcrito, que dispone que la sola sustitución del patrón no extingue el contrato de trabajo y establece una responsabilidad solidaria entre sustituto y sustituído durante el año siguiente al cambio de situaciones, sugiere inmediatamente las siguientes preguntas: ¿en qué consiste la sustitución del patrono? ¿Cuándo tiene lugar? ¿Cuáles son sus fines y cuáles sus efectos?

A contestar estos interrogantes encamina el Tribunal Supremo su estudio.

La noción la da el artículo 53 del Decreto 2127 de 1945 reglamentario de la Ley 6ª citada en cuanto al contrato de trabajo, cuando expresa: "Entiéndese por sustitución toda mutación del dominio sobre la empresa o negocio o de su régimen de administración sea por muerte del primitivo dueño, o por enajenación a cualquier título, o por transformación de la sociedad empresaria o por contrato de administración delegada, o por otras causas análogas".

La definición del Decreto comprende más bien la sustitución de una empresa pero no la de patronos, aunque ambas condiciones están íntimamente ligadas. El artículo 53 transcrito principia definiendo la sustitución de patrón como "toda mutación del dominio sobre la empresa", cuando a simple vista se observa que es el cambio de un patrón por otro, motivado por diversas causas, entre las cuales sí puede contarse la que menciona ese precepto, o sea, la mutación en el dominio de la empresa. No parece, pues, jurídico ni técnico definir como sustitución de patronos el cambio de propiedad de la empresa o de su régimen de administración, pues estos actos jurídicos producen aquélla o le dan nacimiento pero no son la institución misma que trata de definirse. Cuando se dice: "sustitución de patrón" se está denotando un cambio de un patrón por otro, por cualquier causa que sea, pero no simplemente la mutación del dominio de la empresa, ni de su régimen de administración, que pueden ser unos de los factores que confluyan a configurar aquélla pero no todos exclusivamente.

Por eso que pueda decirse en términos generales y con más propiedad que es el cambio de un patrón por otro, por cualquier causa, aún por transferencia del dominio de la empresa, sin que ésta cese en el giro ordinario de negocios, ni concluya la relación de trabajo.

Pero lo que ocurre en realidad es que el derecho del trabajo, al establecer esta institución, ha querido amparar a los asalariados contra un imprevisto e intempestivo fin del contrato de trabajo producido por el traspaso o cambio de dominio o de administración de la empresa. Por eso que en Italia, España, Méjico, la Argentina y en nuestro país, la legislación haya vinculado este concepto de la "sustitución de patrono" a la cesión, traspaso, venta o cambio de la empresa.

La sustitución, como lo dice el artículo 53 del Decreto 2127 citado, siguiendo la doctrina de los expositores sobre el nuevo derecho, puede ser total o parcial, sea que comprenda la negociación o cambio de toda la empresa o una parte de ella "susceptible de ser considerada y manejada como unidad económica independiente", como ocurre cuando se da en venta una sucursal de un negocio determinado.

El fin primordial de esta institución, según se expresó, es el de proteger al trabajador de la empresa que cambia de dueño o de administración. Por lo tanto, cuando la sustitución tiene lugar, los contratos de trabajo no se extinguen y deben continuar con el nuevo patrón.

Así lo estableció en Italia la declaración XVIII de la Carta del Trabajo, cuya primera parte dice: "En las empresas de trabajo continuo, su traspaso no resuelve el contrato de trabajo y el personal de ella conserva sus derechos frente al nuevo titular...".

El artículo 79 de la nueva ley española de 1944 sobre contrato de trabajo dispone igual cosa. Al efecto preceptúa en su primera parte: "No terminará el contrato de trabajo por cesión, traspaso o venta de la industria, a no ser que en aquel contrato se hubiera pactado expresamente lo contrario, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior...".

En la República Argentina el artículo 157, inciso 4º de la Ley 11729 dispone: "Cuando se produzca cesión o cambio de firma, o cuando la precedente no haya dado el aviso previo en los plazos ya enunciados y en los casos de suspensión de tareas o rebaja injustificada de las retribuciones, pasarán a la nueva firma las obligaciones que establecen este artículo y los dos anteriores".

Y en Méjico, el artículo 35 de la Ley Federal del Trabajo, con el cual guarda una especial similitud el de nuestra Ley 6ª de 1945 en estudio, expresa también en forma clara igual principio, pues dice: "La sustitución del patrón no afectará los contratos de trabajo existentes. El patrón sustituído será solidariamente responsable con el nuevo patrón por las obligaciones derivadas de los contratos o de la ley, nacidas antes de la fecha de la sustitución, hasta por el término de seis meses, y concluído este plazo subsistirá únicamente la responsabilidad del nuevo patrón".

La legislación colombiana ha establecido asimismo normas sobre la responsabilidad del sustituto y sustituído frente a los asalariados de la empresa y, al efecto, ha instituído la solidaridad entre ambos durante el año siguiente a la sustitución, por todas las obligaciones anteriores, derivadas de los contratos de trabajo o de la ley, pues de las obligaciones que nazcan de dicha fecha en adelante, responderá únicamente el nuevo patrón. (Artículos 8º Ley 6ª de 1945 hoy sustituído por el 2º de la Ley 64 de 1946, y 54 del Decreto 2127 de 1945).

Y esta misma norma general sobre sustitución había sido establecida en nuestro país desde 1935 y para los empleados particulares, por el artículo 27 del Decreto Ejecutivo número 652 de ese año,

reglamentario de la Ley 10 de 1934, sobre derechos de dichos trabajadores, que dijo: "Para los efectos de la ley que se reglamenta, se considerará com una misma empresa, la que haya conservado en sus líneas generales el mismo giro del negocio u ocupaciones con las variaciones naturales del progreso, ensanche o disminución, auncuando hubiere cambiado de nombre, patrono o dueño".

Se requiere, por lo tanto, para que la sustitución exista, que se opere un cambio de patrón por cualquier causa, principalmente por mutación del dominio de la empresa o de su administración, y, además, que haya continuidad en el desarrollo de las operaciones del establecimiento y también en los servicios que presten los asalariados. Es decir, que continúe el mismo giro de los negocios o actividades, como antes, y que los trabajadores sigan laborando después del cambio como lo venían haciendo con anterioridad a él.

Y es claro que así sea, porque mal puede hablarse de la sustitución de un patrón por otro cuando la relación de trabajo no continúa con el nuevo empresario, por desaparecer uno de los sujetos del contrato, el asalariado, pues en ese caso no podría hablarse de que subsiste frente a él el otro sujeto, el patrón, toda vez que, como lo dice el recurrente con innegable lógica, sería injurídico hablar de éste cuando aquél no existe.

Así lo han entendido los expositores y la jurisprudencia de los países en donde se ha establecido esta institución, como pasa a verse, aunque en forma sucinta.

El tratadista argentino de estas materias, Juan D. Ramírez Gronda, afirma al respecto lo siguiente en su libro "El Contrato de Trabajo": "Puede también interrogarse por la responsabilidad de cesionario y cedente, en el caso que este último haya despedido al trabajador pero sin satisfacer las correspondientes indemnizaciones de cesantía (indemnización por despido y eventualmente, también por falta de preaviso). **Aquí no se produce una continuidad en la relación de trabajo,** y, en consecuencia, la nueva firma parece que nada tiene que ver con aquella relación que fue extinguida por el primitivo titular". (Se subraya). Es verdad que a continuación considera el caso de que el primitivo patrón sea insolvente y analiza cuáles obligaciones pasan según la legislación de su país, a la nueva firma; pero no tiene en ese estudio una conclusión categórica, acerca de las consecuencias que esa insolvencia pueda traer en forma cierta al patrón sustituto.

Y la Cámara de Paz Letrada de Buenos Aires ha tratado claramente este aspecto de la sustitución cuando en varias sentencias ha dicho lo que sigue: "Sin duda, la intención del legislador ha sido pre-

venir que los derechos de los empleados pudieran resultar fácilmente burlados mediante la transferencia del negocio donde prestaban servicios. Pero debe entenderse que el artículo alude a los contratos de empleo que se encontraban vigentes **en el momento de la transferencia,** es decir **a los empleados que pasaron a prestar servicio a la nueva firma,** a los que en la época de la transferencia se encontraban suspendidos sin haber vencido el plazo máximo autorizado por la ley, a los que hubieran sido despedidos sin previo aviso y el término correspondiente no hubiera aún fenecido en el momento de la transmisión, y a aquellos cuyos sueldos hubiera rebajado el propietario primitivo, sin haberse pronunciado al respecto el Tribunal de arbitradores". (Se subraya).

En Méjico, de donde parece haberse tomado el artículo 8º de la Ley 6ª de 1945, que se estudia, por la similitud que guarda con el artículo 35 de la Ley Federal del Trabajo de dicha nación que atrás fue transcrito, se ha entendido que esa disposición consagra el principio básico de "que el patrono sustituto se subroga en todos los derechos y obligaciones del patrono sustituído", y que **"además de significar la continuidad de la relación de trabajo,** es una medida de protección al salario de los trabajadores" (se subraya). (Mario de la Cueva, "Derecho Mejicano del Trabajo", pág. 646).

Y en ejecutoria de la Corte Suprema de Justicia de ese país se analiza el aspecto de la continuidad del Trabajador o asalariado, con una nitidez y precisión evidentes, pues expresa: "Es elemental en derecho obrero, que las prestaciones que resultan de la relación obrero-patronal, incumben exclusivamente a las partes que son sujetos del contrato de trabajo, siguiendo la regla de derecho común de que los contratos sólo obligan a quienes los celebran; la regla que admite la excepción del patrono sustituto, porque se considera la existencia de una subrogación del sustituto por el sustituído, continuando aquél con todas las obligaciones de éste; **de manera que para que pueda condenarse al patrono demandado al pago de las prestaciones reclamadas, es ind ispensable acreditar su carácter de patrono sustituto por medio de la continuación del contrato de trabajo respecto a éste,** para los efectos del artículo 36 de la Ley Federal del Trabajo; **pero si por propia confesión de la parte actora, la relación obrero-patronal se interrumpió de hecho, es claro que no puede considerarse al demandado en calidad de patrono sustituto...**" (Se subraya) ("Leyes del Trabajo", Sección "Jurisprudencia", por el Licenciado Luis Muñoz, páginas 190 y 191).

Y para finalizar estas citas de jurisprudencias extranjeras, por lo

demás convenientes y oportunas, se transcribe lo que sobre el mismo particular expresó el Tribunal Supremo de España en sentencia de 18 de noviembre de 1940. Y no debe olvidarse que allí rige una disposición similar a la nuéstra. Dice así el fallo: "Un contrato de trabajo continúa entre un empleado y el nuevo dueño al que se le adjudica una fábrica embargada, **desde el momento en que aparece prestación de servicios posteriores a la adjudicación** y la ley indica que se sigue a la industria y no al propietario de ella sino en cuanto la personifica, sin perjuicio de los fenómenos jurídicos que puedan surgir entre los antiguos y nuevos dueños los cuales no afectan al trabajador". (Se subraya). ("Extinción del contrato de trabajo, Disolución de la relación laboral", por Luis Benítez de Lugo y Reymundo, pgs. 249 y 250).

De todo este acopio de opiniones y jurisprudencias de innegable autoridad, se concluye claramente que para que la sustitución de patrono se configure en el derecho del trabajo, es necesario que se continúe también por el asalariado la prestación de sus servicios. Deben, pues, reunirse tres elementos: cambio de patrono, continuidad de la empresa y continuidad del trabajador. Sólo así se entiende que exista continuidad también de la relación de trabajo, del contrato laboral.

Pero si alguno de estos requisitos falta, si, por ejemplo, no existe o no se demuestra la continuidad de la prestación de servicios por el asalariado, lógicamente no puede hablarse tampoco de sustitución de patrono, o en forma más concreta, no puede hablarse siquiera de patrono, porque éste sólo existe frente al otro sujeto de la relación de trabajo y no aisladamente considerado.

La institución de la sustitución de patrono ha sido creada porque la relación de trabajo es individual, entre personas, y no real, entre el asalariado y la empresa; pues si fuese de esta última índole, no necesitaría la ley establecer expresamente esa continuidad de patronos y la solidaridad entre el antiguo y el nuevo para el pago de las obligaciones a favor del trabajador.

"Es verdad —dice de la Cueva— que en ocasiones se ha intentado sostener la existencia de un derecho real en favor de los créditos del trabajo, pero no existe apoyo legal alguno para esta tesis; la ausencia de base legal salta a la vista si se considera que el empresario puede no ser el propietario de los bienes que componen la empresa, como sería el caso del arrendatario de una finca rústica o de una fábrica". (Obra citada, pág. 644).

Dilucidado lo anterior, sí puede estudiarse el cargo.

El recurrente dice que se aplicó indebidamente por el Tribunal de Bogotá el artículo 8º de la Ley 6ª de 1945, por error de hecho evidente a que lo condujo la falta de apreciación de la confesión libre y espontánea del demandante contenida en los hechos 2º y 3º de su demanda cuando afirma que trabajó a órdenes del señor Velásquez hasta el día en que entregó la base industrial a sus propietarios y que en el tránsito de la Empresa no se le liquidaron sus prestaciones sociales. También dice el recurrente que a ese error de hecho llegó el sentenciador por no haber apreciado la confesión contenida en las respuestas dadas por el actor a las preguntas cuarta y sexta de las posiciones que absolvió durante el juicio, de las que consta que una vez terminado su contrato de trabajo, en mayo de 1945, se retiró del taller en que venía trabajando, sin prestar sus servicios un día más, y que terminado el contrato con el señor Velásquez acudieron a la Oficina del Trabajo para la liquidación de las prestaciones que éste le quedara a deber al absolvente por razón de los servicios prestados.

Los tres primeros hechos de la demanda, dicen así:

1º—En el mes de mayo de 1944, mi poderdante entró a trabajar al servicio del señor Alberto Velásquez A., en el taller que éste tenía en arrendamiento, como empleado linotipista".

"2º—Desde la fecha anterior en adelante Posse siguió prestando sus servicios sin interrupción hasta cuando en mayo de 1945 el señor Velásquez entregó a sus dueños actuales el taller que tenía en arrendamiento y donde trabajaba Posse".

"3º—En el tránsito del taller donde trabajaba Posse de manos de Velásquez a sus dueños actuales, señores Editorial Centro, Instituto Gráfico Limitada, no se liquidaron las prestaciones que correspondían a Posse por su año de servicios y su buen comportamiento, y hubo necesidad de acudir ante la Oficina Seccional del Trabajo de esta ciudad en donde en acta de 18 de julio de 1945, Velásquez reconoció el derecho y cuantía de las prestaciones de Posse correspondientes a auxilio de cesantía y vacaciones, así como también el sueldo fijo devengado por Posse ($ 180.00) y el promedio de la entrada adicional por su trabajo extra ($ 20.00)".

Y las preguntas cuarta y sexta de las posiciones formuladas al demandante, con sus respuestas expresan lo siguiente:

"A la cuarta que dice: Diga el absolvente si terminado el contrato de trabajo tantas veces referido en el mes de mayo de (1945) mil novecientos cuarenta y cinco se retiró del taller en que venía trabajando sin trabajar un solo día más. Contestó: Sí es cierto, y aclaro

que fue que me echaron". "A la sexta que dice: Diga el absolvente si es cierto que una vez terminado el contrato de trabajo con el señor Alberto Velásquez acudieron a la Oficina del Trabajo para la liquidación de las prestaciones sociales que dicho Velásquez saliera a deber al absolvente en razón de los servicios prestados, habiendo sido asistido el absolvente por el doctor Roberto de Zubiría como su apoderado? Contestó: Sí es cierto. El doctor Roberto de Zubiría me asistió en la Oficina del Trabajo y también asistieron a ella los señores Guillermo Bustamante y Mallol donde después de cuatro o cinco días de discusión en que Posse les hizo presente a los señores socios que todas las necesidades del linotipo, como fuentes de matrices, piñones para el motor y otros menesteres los sufragaba la Compañía.

De esos hechos segundo y tercero de la demanda y de las anteriores respuestas en la diligencia de absolución de posiciones, resulta claro que el contrato de trabajo entre el señor Posse y el señor Velásquez terminó en mayo de 1945, sin que el primero hubiera trabajado en la Empresa un día más. Por lo tanto, afirma que sólo trabajó al señor Velásquez y confiesa que no trabajó a los arrendadores de la Empresa una vez que éstos la recibieron de manos de aquél. Por último, confiesa en la respuesta sexta de las posiciones, que una vez terminado el contrato de trabajo con el señor Velásquez acudieron a la Oficina del Trabajo; luego acepta que el contrato de trabajo terminó en cabeza del señor Velásquez como patrón.

De acuerdo con estas manifestaciones del propio demandante, que tienen el carácter de confesiones según se verá a continuación, no existió la continuidad en la prestación del servicio, porque el contrato de trabajo terminó cuando el señor Velásquez era el patrón.

Es verdad que el señor Posse agrega en la contestación a la cuarta pregunta trascrita que no continuó trabajando porque fue despedido, pero esta excepción ha debido demostrarla y no aparece de autos que lo hubiera hecho. Sólo consta al respecto una simple afirmación suya, al aclarar o explicar la negativa dada en la pregunta segunda de las mismas posiciones. En efecto, se le preguntó allí si era cierto que el término del contrato acordado con el señor Velásquez se había determinado hasta el día en que como arrendatario debía entregar dicho señor el establecimiento a sus propietarios, y contestó: "No es cierto. Quien terminó el contrato de trabajo que yo venía cumpliendo fue el socio del señor Bustamante, o sea el señor Miguel Jossef Imallol y ningún aviso recibí del señor Alberto Velásquez". A simple vista se observa que esta explicación a una negativa rotunda no constituye confesión, porque ésta, según el artículo 604 del

Código Judicial, es "la manifestación de una parte de ser cierto el **hecho que le perjudica afirmado por la otra"**, y en la pregunta segunda no había afirmado la parte opuesta al absolvente que fueran ciertos los hechos que contiene la explicación. Para que esa excepción a la negativa fuese confesión o tuviese tal carácter, según el concepto que de tal medio de prueba da la doctrina y confirma nuestra legislación, hubiera sido necesario que la citada pregunta segunda hubiese contenido tal afirmación. En ese caso, aceptados por el absolvente los hechos preguntados **y que además le perjudicasen,** hubieran sido confesión. Como no sucedió así, tal narración o explicación a la negativa dada al contestar esa pregunta, cónstituye una verdadera afirmación del absolvente sin valor legal ninguno y sujeta por lo tanto a ser demostrada por él mismo para que se tuviese como cierta a los ojos del Juez. Así lo preceptúa en forma terminante el artículo 609 del mismo Código citado.

Por otra parte, no existe prueba de ninguna naturaleza de que el despido se hubiese efectuado por el señor Imallol, o Mallol, como lo afirma el demandante, ni tampoco de que se hubiese realizado la conversación con él, de que da cuenta el mismo señor Posse en la explicación o afirmación posterior a la negativa dada por él a la pregunta tercera de las posiciones mencionadas. En esta afirmación, que tampoco es confesión porque no es hecho preguntado por su contraparte, afirma el actor que "el señor Mallol, hablando en nombre de la Compañía me dijo que se iba a efectuar un trasteo y que veríamos qué nuevo arreglo se podría establecer conmigo. Después de que efectuaron el trasteo el mismo señor Mallol me ofreció unas horas solamente de trabajo las cuales consideré imposibles por ser las de almuerzo y comida, porque venían a ser tres horas solamente y con ese trabajo no podía souvenir (sic) a mis necesidades. Entonces le dije al señor Mallol que consideraba el contrato terminado y por consiguiente me sentía "echao". Esta afirmación no es confesión, porque no acepta hechos preguntados ni que le perjudiquen al absolvente, sino que contiene la narración de unos muy distintos que ha debido demostrar. Pero ni siquiera aparece la intención de acreditarlos, porque no consta en los autos que se hubiera llamado al señor Mallol a declarar o que se quisiera demostrar la existencia de ellos con prueba distinta, pues no se interrogó sobre su veracidad al absolvente Bustamante, representante de la Empresa demandada. Ni tampoco esos hechos se incluyeron en la demanda como fundamentales, siendo que en verdad lo eran para el actor.

El demandante, por el contrario, confesó en la respuesta a la pre-

gunta sexta de las posiciones que el contrato de trabajo terminó en cabeza del señor Velásquez, porque contestó que sí era cierto el hecho preguntado, que era el de que si una vez terminado el contrato con dicho señor habían acudido a la Oficina del Trabajo a liquidar las prestaciones sociales que el señor Velásquez le saliera a deber. Esta respuesta afirmativa a esos hechos preguntados y que le perjudican, es una clara confesión del demandante. Mas como a continuación agrega o aclara que a dicha Oficina también acudieron los señores Guillermo Bustamante y Mallol, —copropietarios del "Instituto Gráfico, Limitada"— ha debido demostrarlo; pero resulta de la copia auténtica del acta de esa diligencia, traída al juicio por el apoderado del mismo demandante, que a tal oficina y con ese fin sólo acudieron los señores Alberto Velásquez y el doctor Roberto de Zubiría, en representación del señor Alberto Posse. Esa copia auténtica, que sirve también de apoyo al recurrente para sustentar el presente cargo demuestra la inexactitud de esa afirmación del actor.

Las aseveraciones hechas por el apoderado de Posse en la demanda son confesiones, de acuerdo con lo que dispone el artículo 607 del Código Judicial, también invocado al efecto por el recurrente.

De las pruebas citadas en este cargo se tiene que el actor Posse confiesa que su contrato de trabajo terminó en cabeza de su patrón Velásquez y que no prestó servicios a los arrendadores del taller en donde trabajaba, o sea que no hubo continuidad de la relación de trabajo al pasar la Empresa a sus dueños. Por lo tanto, el cargo está fundado, tal como se expone en la acusación, y, en consecuencia, deberá casarse el fallo recurrido.

La sentencia de instancia deberá absolver a la Sociedad demandada, por no tener el carácter de patrono sustituto del demandante Posse, según lo analizado en esta providencia.

El apoderado del actor ha sostenido en sus alegatos que de acuerdo con el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, "salvo estipulación expresa en contrario, no se considerará terminado en ningún caso el contrato de trabajo antes de que el patrono ponga a disposición del trabajador el valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeude...". (Se subraya).

La disposición transcrita tendría sólo aplicación en el caso de autos con relación al verdadero patrón del demandante, pues por lo que se ha desmostrado en esta decisión no ocurrió aquí la sustitución de patronos alegada. Y únicamente podría decidir lo relacionado con ese artículo, con los efectos de él en relación con el verdadero patrón del señor Posse, el Juez que conozca del litigio correspondiente.

La sentencia de primera instancia condena a la Empresa demandada a pagar cesantía y vacaciones al actor, no porque considere que se operó la sustitución de patronos alegada, sino porque estima que de algunas declaraciones de testigos que obran en el expediente y de la confesión del señor Manuel Bustamante de que en marzo de 1946 el señor Alberto Velásquez trabajaba en la Empresa de la Sociedad demandada, aparece demostrado que este último no era arrendatario del taller sino un intermediario o contratista por cuenta de la Empresa.

Aunque el señor Juez no menciona por sus nombres a los testigos, sino que cita unos dichos por el folio en donde aparece su afirmación, lo que no deja de ser extraño, y aunque tampoco consta en el juicio el contrato de arrendamiento de la Empresa, no resulta demostrada la conclusión del fallador de primer grado porque las declaraciones de testigos son vagas e imprecisas y de modo principal porque el demandante ha sostenido a través del expediente, desde la demanda hasta el fin, con afirmaciones claras que son una confesión, que él entró a prestar sus servicios a Velásquez, siendo éste arrendatario del taller, hasta que la Empresa fue entregada a los arrendadores, o sean sus actuales propietarios. Además, como bien lo dice el fallador de segunda instancia, tanto el señor Velásquez como el señor Bustamante confiesan en posiciones que entre ellos existía el contrato de arrendamiento de la Empresa, de que tratan la demanda y el juicio.

También deberá revocarse, por consiguiente, el fallo de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida el 19 de septiembre de 1946 por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, que ha sido objeto del presente recurso, REVOCA la de primera instancia dictada el 17 de junio del mismo año por el Juez tercero del trabajo de esta ciudad en el presente asunto y, en su lugar, ABSUELVE a la Sociedad "Editorial Centro Instituto Gráfico, Limitada", de los cargos que le formuló el señor Alberto Posse Fernández.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase al Tribunal de origen.

Cástor Jaramillo Arrubla. — Luis Alberto Bravo. — Diógenes Sepúlveda Mejía. — Guillermo Martínez R., Secretario.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LAS SOCIEDADES DE PERSONAS Y SUS MIEMBROS EN RELACION CON EL OBJETO SOCIAL Y LAS OBLIGACIONES PARA CON SUS TRABAJADORES

En relación con el objeto social y las obligaciones para con sus trabajadores, las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí son solidariamente responsables, al tenor de lo dispuesto por el art. 7º del Decreto 2127 de 1945, que se halla en armonía con los arts. 472, 477 y 478 del Código de Comercio y 11 de la Ley 124 de 1937.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Luis Alberto Bravo)

Bogotá, diez y ocho de julio de mil novecientos cuarenta y siete.

En demanda presentada ante el Juzgado Primero Municipal del Trabajo de Bogotá el 11 de diciembre de 1945 contra la Sociedad Limitada "Cadena de Estaciones de Servicio Restrepo", domiciliada en esta ciudad y constituída por sus dos únicos socios Antonio y Julio Restrepo Suárez, afirma Samuel Garzón Rojas que fue llamado por los demandados para trabajar como expendedor y vigilante en bombas de gasolina de propiedad de la Tropical Oil Company, administradas por aquéllos; que desempeñó las referidas labores durante dos años y un mes en jornadas que principiaban a las ocho de la noche y duraban hasta las ocho o nueve de la mañana del día siguiente, en que era relevado; que se le despidió por no haberse sometido a condiciones en su concepto inaceptables, y que el contrato se celebró verbalmente.

No habiéndole reconocido los demandados sino auxilio de cesantía, con exclusión de las vacaciones y de las prestaciones correspondientes a los servicios extraordinarios que dice haber prestado, reclama el pago de las siguientes cantidades:

"$ 200.00 por concepto de cien domingos; $ 28.00 por catorce días de fiesta reconocidos por la ley para dos años; $ 30.00 por quince días de vacaciones; $ 265.00 por dos mil quinientas horas de trabajo ex-

traordinario durante la noche, a razón de $ 0.25 cada una. Es decir un total de $ 883.00 moneda corriente".

Remitido el negocio a los Juzgados de Trabajo de Bogotá, una vez que éstos comenzaron a funcionar, correspondió su conocimiento al Juzgado Cuarto, que dictó fallo el 7 de junio de 1946, condenando a la entidad demandada al pago de las siguientes prestaciones:

"a) **Doscientos seis pesos moneda corriente.** ($ 206.00) m. cte. por valor de ciento tres (103) domingos trabajados durante veinticinco meses de servicio a razón de dos pesos, ($ 2.00) c. u.

b) **Sesenta y cuatro pesos moneda corriente.** ($ 64.00) m. cte. por valor de treinta y dos (32) días de fiesta trabajados durante veinticinco meses de servicio a razón de dos pesos ($ 2.00) c. u.

c) **Doscientos cuarenta pesos moneda corriente.** ($ 240.00) m. cte. por valor de trescientas veinte (320) horas suplementarias trabajadas durante los domingos y días festivos a razón de setenta y cinco centavos ($ 0.75) c. u. con el recargo del 50%;

d) **Cuatrocientos veintisiete pesos con ochenta y cuatro centavos** ($ 427.84) por valor de mil trescientas treinta y siete horas suplementarias trabajadas durante los días ordinarios a razón de treinta y dos centavos ($ 0.32) c. u. con el recargo del 25%;

e) **Treinta pesos moneda corriente** ($ 30.00) por el valor de unas vacaciones durante un año de trabajo".

De esta sentencia apeló el apoderado de los demandados. El Tribunal del Trabajo de Bogotá, en fallo del 11 de octubre de 1946, confirmó los ordinales a) d) y e) de la parte primera de aquélla; modificó el ordinal b), en el sentido de condenar a los demandados al pago de veintiocho pesos ($ 28.00) moneda legal por concepto de trabajo ejecutado en catorce (14) días de fiesta, a razón de dos pesos ($ 2.00) cada uno, y reformó el ordinal c) en el sentido de condenar al pago de $ 206.18 por valor de doscientas setenta y cuatro (274) horas y cincuenta y tres (53) minutos, trabajados durante los domingos y demás días de fiesta.

Contra el fallo de segunda instancia interpuso recurso de casación el apoderado de los demandados.

Agotados los trámites respectivos, se procede a decidir el recurso, previo el examen de los cargos que formuló el recurrente contra la sentencia acusada.

Primer cargo. — Afirma el recurrente que la sentencia incurrió en la causal de nulidad señalada en el ordinal 3º del artículo 448 del Código Judicial, o sea por "falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas a juicio".

Funda el cargo en el hecho de haber sido demandada y condenada en las dos instancias una sociedad, que es persona distinta de los socios individualmente considerados. Y como la demanda se notificó a los señores Restrepo en su carácter particular, y ellos, en esa calidad y sin hablar para nada de la Sociedad demandada, confirieron poder al abogado que los representó en el juicio, resulta que no se citó legalmente a la Sociedad demandada y se violó así la disposición citada, además del precepto constitucional que establece que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio.

Se considera:

El actor demandó a la Sociedad Limitada de comercio "Cadena de Estaciones de Servicio Restrepo", representada por los señores Antonio y Julio Restrepo Suárez, de quienes dijo que eran sus dos únicos socios.

Conforme al artículo 232 del Código Judicial, el demandante no está obligado a presentar con la demanda la prueba de que la persona a quien designa como representante del demandado, lo sea en realidad.

En el presente caso, si a los señores Restrepo se les notificó la demanda, fue precisamente teniendo en cuenta sus nexos con la Sociedad mencionada, su carácter de únicos socios y representantes de la misma.

Al respecto, también se debe tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 7º del Decreto 2127 de 1945, las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí, son solidariamente responsables en relación con el objeto social, norma esta que guarda armonía con los artículos 472, 477 y 487 del Código de Comercio y con el artículo 11 de la Ley 124 de 1937.

Por lo demás, obra en el expediente la prueba de la existencia de la Sociedad y de que los dos demandados son socios.

En consecuencia, se rechaza el cargo.

Segundo cargo. — El recurrente acusa la sentencia por violación indirecta de la ley sustantiva, toda vez que el Tribunal incurrió en errores de hecho y de derecho al apreciar los elementos probatorios del juicio.

Al efecto señala el siguiente aparte de la sentencia:

"Este Tribunal ha revisado con toda minuciosidad y cuidado, los cuadros presentados por el actor, que obran a los folios 12 y siguientes, los cuales **no fueron objetados por la parte demandada** (subraya el recurrente), y que además, teniendo en cuenta las propias confesiones, ya relacionadas, en ésta, este despacho los halla ajustados a la realidad...".

Afirma el recurrente que el Tribunal sentenciador incurrió en error de hecho al apreciar los cuadros que de modo unilateral se llevaron a los autos y que de manera expresa fueron rechazados por el apoderado del demandado en la audiencia pública del 27 de marzo de 1946, en la siguiente forma:

"Pero no acepto la liquidación que el demandante ha presentado sobre los trabajos extras, porque, en primer lugar, según las instrucciones de los demandados y de acuerdo con la declaración firmada por el demandante a favor de los mismos, el valor de esos trabajos está cancelado. Más, suponiendo que haya de discutirse sobre esos trabajos extras, **para esa discusión no acepto la liquidación que presenta el demandante hecha por su cuenta exclusiva".** (Subraya el recurrente).

El Tribunal —continúa el recurrente— incurió en error de hecho al dar a los referidos cuadros el valor de plena prueba y consecuencialmente en error de derecho, al condenar a los demandados al pago de lo que no probó el actor en forma legal, y violó las siguientes disposiciones: artículo 3º de la ley 6ª de 1945, artículo 1º de la Ley 72 de 1931, artículo 51 de la Ley 57 de 1936, artículos 9º y 10 del Decreto 1278 de 1928, artículos 1757, 1763 y 1769 del C. C., y arts. 604 y 606 del C. J. Finalmente, cita como violado el artículo 3º, regla 3ª, de la Ley 75 de 1945, porque el fallo no fue dictado en derecho.

Se considera:

Dice el Tribunal en la sentencia acusada:

"En la contestación de la demanda, la cual tuvo lugar en la diligencia de audiencia pública, folio 10, el hecho 1º fue contestado en forma afirmativa, es decir la parte demandada aceptó sin objeción alguna, que el actor Garzón Rojas fue llamado por los demandados para prestarles servicios como expendedor y vigilante en unas bombas de gasolina, durante el lapso de dos años y un mes, o sean veinticinco (25) meses, en jornadas que principiaban a las ocho de la noche y duraban hasta el otro día a las ocho o nueve de la mañana en que era relevado".

El hecho primero a que alude el Tribunal fue expuesto en la demanda así:

"a) Mi poderdante Samuel Garzón Rojas fue llamado por los demandados para prestarles servicios como expendedor y vigilante en bombas de gasolina de propiedad de la Tropical Oil Company y administradas por ellos y trabajó durante dos años y un mes en jornadas que principiaban a las ocho de la noche y duraban hasta el otro día a las ocho o nueve de la mañana en que era relevado".

La respuesta del apoderado de los demandados se produjo en la audiencia celebrada en el Juzgado Segundo Municipal del Trabajo de Bogotá el 27 de marzo de 1946, en los términos que se copian a continuación tomándolos del acta respectiva:

"Al hecho a) de la demanda contestó; "Es cierto".

Continúa el Tribunal:

"Al folio 8º obra una copia debidamente autenticada de una diligencia habida en la Oficina Seccional del Trabajo de Cundinamarca, en la cual actuaron a más de los funcionarios de dicha dependencia las mismas partes que lo hacen en este juicio, en dicho documento encontramos lo siguiente: dice la parte actora: "Los señores Rocha y Garzón Rojas permanecieron al servicio del señor Julio Restrepo Suárez por espacio de dos años y un mes, en calidad de celadores con una jornada que comenzaba a las ocho de la noche y terminaba de siete y media a ocho de la mañana. Durante todo el período de servicios, los señores Rocha y Garzón Rojas no recibieron ni un solo centavo por los descansos remunerados correspondientes a los días domingos. Tampoco recibieron ninguna sobrerremuneración por las horas extraordinarias que resultaban de la jornada efectuada en la forma que antes relaté.

"De otra parte los trabajadores que represento sólo gozaron de un período de vacaciones, por lo cual están pendientes las que corresponden al segundo año de servicio. De modo que solicito el pago de las prestaciones que se originan de lo que me he permitido exponer".

"En este estado, el señor Rocha aclara que no sólo eran celadores de las bombas de gasolina número 2 y 3 sino que desempeñaban también el oficio de expendedores de gasolina y cajeros. Agrega el doctor Rodríguez Mira que Rocha y Garzón Rojas estarían dispuestos a llegar a un arreglo amigable y equitativo en este despacho, respecto de la diferencia surgida".

"Responde el doctor Mariño Ariza:

"Es cierto que los señores Rocha y Garzón trabajaron a órdenes de la Sociedad Limitada de Comercio de Antonio & Julio Restrepo Suárez, durante el tiempo que ellos dicen:

"Pero no es cierto que se les deba por Restrepo Suárez horas extras y trabajo dominical, porque en el contrato verbal que hicieron para ingresar como empleados a la Empresa se ajustó como sueldo mensual por todos sus servicios la suma de **sesenta pesos** ($ 60.00) los que recibieron oportunamente; durante el tiempo que estuvieron al servicio de la Empresa no hicieron reclamación alguna sobre el particular y en el recibo que expidieron por el valor de la cesantía de-

jaron a paz y salvo a la Empresa por todos los servicios prestados en ella. En lo que respecta a las vacaciones sí es cierto que se les debe un año o sea la suma de treinta pesos ($ 30.00) a cada uno, les serán cubiertos inmediatamente previa la revisión que se haga de los recibos expedidos por dichos señores que están en poder de la Empresa".

"En virtud de las atribuciones conferidas por la ley 12 de 1936, el funcionario actuante interroga así al señor Restrepo Suárez: ¿Los reclamantes trabajaban evidentemente tanto en los días comunes como feriados las horas que ellos afirman?

"Responde el señor Restrepo Suárez: Sí señor, pero de conformidad con el convenio a que se refirió mi vocero ya.

"Consideran del caso expresar los señores Rocha y Garzón Rojas que el contrato verbal ajustado con el señor Restrepo Suárez estipulaba que las condiciones de trabajo debían ser las mismas que regían para el que se había celebrado antes con la Tropical, de la cual es **necesaria** la fima **Antonio Restrepo y Julio Suárez,** "es decir que las jornadas de trabajo debían ser de las diez de la noche a las seis de la mañana, y la remuneración la de sesenta pesos ($ 60.00) mensuales.

"Respecto a esta afirmación, el doctor Mariño Ariza deja constancia de que dicho contrato verbal se celebró en la forma ya expresada".

"El acta a que se viene haciendo referencia no sólo no fue objetada por las partes, sino antes bien fue aceptada, en estas condiciones, tratándose como se trata de un documento oficial, constituye plena prueba. Quedando claramente establecido, que Garzón Rojas trabajó durante los veinticinco (25) meses que estuvo al servicio de los señores Restrepo Suárez, todos los días domingos, como también los días de fiesta de que trata la Ley 35 de 1939; que por concepto de vacaciones le deben lo correspondiente a un año de servicio, o sea el equivalente a una quincena de sueldo; igualmente ha quedado confirmado lo relativo a las horas extras laboradas y a lo cual ya se hizo mención cuando nos referimos a la contestación del punto primero de la demanda".

"Este Tribunal ha revisado con toda minuciosidad y cuidado, los cuadros presentados por el actor, que obran a los folios 12 y siguientes, los cuales no fueron objetados por la parte demandada y que además teniendo en cuenta las propias confesiones, ya relacionadas, en ésta, este Despacho los halla ajustados a la realidad, salvo ligeros errores en el cómputo de las horas extras trabajadas, los cuales han sido subsanados por esta superioridad".

Como se ve el Tribunal sentenciador fundó su condenación sobre

pago de horas extras principalmente en la propia confesión que hizo el apoderado de la parte demandada al contestar la demanda y en la diligencia llevada a cabo en la Oficina Seccional del Trabajo de Cundinamarca con intervención de las mismas partes que posteriormente actuaron en el juicio.

Es verdad que también tuvo en cuenta los cuadros presentados por el actor, respecto de los cuales dijo equivocadamente que no habían sido objetados por la parte demandada, a pesar de que ésta, según consta en los autos, manifestó que no aceptaba la liquidación hecha en ellos.

Pero como el error de hecho en que incurrió el Tribunal en relación con los mencionados cuadros, no influyó decisivamente sobre la sentencia, ya que la prestación de servicios en días domingos y demás de fiesta y en horas extras quedó demostrada plenamente con las confesiones producidas en la contestación al hecho 1º de la demanda y en la diligencia efectuada en la Oficina del Trabajo de Cundinamarca, el Tribunal Supremo considera que no hay base para casarla por este aspecto.

Se rechaza, pues, el cargo.

Tercer cargo. — El recurrente acusa la sentencia por haber condenado a la parte demandada al pago de una cantidad mayor de la que pidió el actor, y cita como violado el artículo 494 del C. J. que dice:

La apelación se entiende interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante, y por tanto el superior no puede enmendar la providencia en la parte que no es objeto del recurso...".

Agrega que como la única parte apelante fue la demandada, el Tribunal no podría revisar el fallo de primera instancia, consentido por el actor, sino en la parte desfavorable a aquella.

Se considera:

Es el fallo de primera instancia el que contiene una condenación **ultra petita,** en cuanto ordenó el pago de la cantidad de $ 977.84 a tiempo que el demandante sólo reclamó $ 883.00 en total.

El Tribunal se expresa acerca de este punto así:

"Cuando el fallo materia del recurso fue dictado, estaba en vigencia el Decreto Nº 969 de 1946 sobre procedimiento en los juicios de trabajo y lógico es que eran de forzosa aplicación las disposiciones en él contenidas, y el artículo 70 del mencionado estatuto daba fundamento suficiente para proferir el fallo; **ultra petita**".

"Además esta providencia podía tener su fundamento en la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador, los cuales son de orden

público. Con esto solamente se ha querido proteger justa y efectivamente los derechos del trabajador, que por descuido y la mayoría de las veces por ignorancia o por otros factores extraños, no solicita en la demanda, ni a lo largo del juicio, los cuales le han sido protegidos y declarados".

"En el caso de autos se ve precisamente el temor del trabajador para formular la reclamación de sus justos derechos, cuando en el libelo afirma, que, "se hace una liquidación por lo bajo", es decir a ciencia y paciencia, como se dice comúnmente, el trabajador por puro y legítimo temor pidió menos de lo que él mismo tenía conciencia de tener derecho".

"Aún en el supuesto de que no hubiera existido el Decreto 969 del año en curso ni la Ley 75 de 1945, el señor Juez del conocimiento que encontró probados suficientemente derechos del trabajador, que no le fueron pedidos en forma total, estaba obligado a declararlos y hacerlos efectivos a su favor, por ser ellos absolutamente irrenunciables, en los cuales está interesada la sociedad y el orden público económico".

Estas razones están indicando claramente que en los juicios del trabajo, donde se debaten derechos que por virtud de la Ley se ha sustraído a la libre disposición de los contratantes en atención a la notoria desigualdad en que se encuentra el trabajador, el Juez debe obrar de conformidad con el principio de defensa que entrañan las leyes del trabajo. Por esta razón el Tribunal no mira con animadversión la tesis de la **ultra petita,** sentada por el Juez del conocimiento, ya que comprende que quedaría frustrado en gran parte el amplio propósito defensivo de la Ley, si el Juez hubierā de ceñirse estrictamente a las reglas de la litis contestatio y desechar elementos probatorios claros que conducen a la defensa de los derechos que debe tutelar, y sólo amparan en el quantum lo estrictamente pedido, enviando por razón de su actitud, al trabajador demandante a reclamar el resto de lo que aquí se ha probado a otro juicio, cometiendo así una injusticia notoria, apartándose del espíritu de las Leyes sociales y pecando contra la misma economía procesal que debe imperar también en el derecho del trabajo".

"Cuando en el expediente obran elementos que le llevan al juzgador la plena convicción de los derechos que le asisten al trabajador, está obligado a decretarlos en su favor, esta es la diferencia sustancial entre el nuevo procedimiento de los juicios del trabajo y el procedimiento civil propiamente dicho".

"Es indispensable recalcar que esta condenación **ultra petita** se

confirma por las razones de orden público expuestas anteriormente y sobre la base de las confesiones hechas por los demandados tanto en la contestación de la demanda como en la diligencia que tuvo lugar en la Oficina Seccional del Trabajo de Cundinamarca, de la cual obra en el expediente una copia del acta debidamente autenticada".

Más, al dictar su propio fallo, el Tribunal, no obstante estimar que el valor correspondiente a las horas extras trabajadas en días ordinarios es el de $ 518.00 y no el de $ 427.00 que fue la cantidad liquidada y reconocida por el Juez de primera instancia, se abstiene de reformar en este punto la sentencia del inferior, precisamente para dar aplicación estricta al artículo 494 del C. J.

Es inexplicable que el recurrente sostenga que la sentencia de segundo grado haya sido más gravosa para el apelante que la de primera instancia, cuando de la simple comparación de las cantidades a que condenan una y otra, resulta todo lo contrario. En efecto, el fallo del Juez ordena el pago de $ 967.84 a cargo de la parte demandada, y el del Tribunal, $ 898.00. Esto es, una diferencia de $ 69.84 en favor del apelante.

Por tanto, tampoco prospera este cargo.

Observaciones finales

Como el Tribunal Supremo decidió hace pocos días un recurso de casación en un asunto similar al presente, de Pablo M. Rocha contra los mismos recurrentes, conviene aclarar aquí que en los dos negocios se presentaron situaciones diferentes, especialmente en casación, a saber:

1º En el de Rocha no se produjo confesión en la contestación de la demanda, como la vio el Tribunal de instancia; en cambio, en el de Garzón Rojas sí confesó el apoderado de los demandados en la contestación de la demanda todo lo relacionado con los servicios prestados por el actor. Por eso en aquél se casa la sentencia y en éste no, pues la base sustancial de la acusación del recurrente en ambos casos es la apreciación de la respuesta a la demanda, que en uno y otro fue distinta.

2º No hubo lugar a estudiar la clase de los servicios prestados por Garzón Rojas, es decir, si estaban o no exceptuados de la jornada legal, pues como no prosperó ninguno de los cargos de la acusación, no había para qué entrar a dictar sentencia de instancia en la que se considerase ese aspecto fundamental del litigio en las instancias, como sí pudo hacerse en el de Rocha, en el cual sí resultó admisible uno de los cargos.

3º En este asunto sí se demostró la existencia de la Sociedad demandada, lo que no se hizo en el de Rocha.

Estas observaciones explican nítidamente la diferencia de fallos en ambos negocios.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Supremo del Trabajo administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 11 de octubre de 1946, dictada en este juicio por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá.

Sin costas, por no haberse causado.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo. — Cástor Jaramillo Arrubla. — Diógenes Sepúlveda Mejía. — Guillermo Martínez R., Secretario.

I. LEYES SUSTANTIVAS Y LEYES ADJETIVAS. — II. SOLAMENTE LAS LEYES SUSTANTIVAS SON OBJETO DEL RECURSO DE CASACION. — III. DOBLE CARACTER DE LAS DISPOSICIONES DEL CODIGO JUDICIAL SOBRE PRUEBA TESTIMONIAL. — IV. CUANDO LAS NORMAS ADJETIVAS PUEDEN SER ALEGADAS Y CONSIDERADAS EN ESTE RECURSO. — V. MISION DEL TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO. — VI. LA TARIFA LEGAL DE PRUEBAS Y EL ARTICULO 697 DEL CODIGO JUDICIAL

I. — Es la violación de la ley sustantiva, a que se refiere la causal 1ª del art. 520 del Código Judicial, la que se contempla en el recurso de casación.

La doctrina y la jurisprudencia han definido la ley sustantiva como la que consagra o establece derechos y obligaciones y como adjetiva la que señala el procedimiento o determina la manera de hacer efectivos aquéllos.

La naturaleza de una disposición, su calidad de sustantiva o adjetiva, resulta de su propio contenido y no del Código o estatuto en donde figura. En el Civil hay disposiciones de mero procedimiento y en el Judicial las hay de orden completamente sustantivo. Los preceptos adjetivos no están sujetos a su estudio en casación. Así lo dice la ley al disponer la consideración exclusiva de los sustantivos en este recurso.

II. — La Corte Suprema de Justicia ha dicho: "La primera causal de casación, muy de acuerdo con la índole y naturaleza de ese recurso, requiere que la violación de la ley recaiga sobre preceptos sustantivos. Estos preceptos que son aquellos que establecen los derechos y obligaciones de las personas, y que están consagrados indistintamente en los diferentes Códigos de la Nación, y aun dentro del Código Judicial, son los únicos susceptibles de originar, cuando son violados por los Tribunales, la casación. En cambio las leyes adjetivas o de mero procedimiento encaminadas a determinar los medios de hacer valer los derechos abstractos escapan a la revisión de la Corte".

III. — Las disposiciones del Código Judicial que determinan la manera como se reciben por el Juez las pruebas, tienen un doble carácter, dice el tratadista colombiano de Pruebas Judiciales doctor Luis Alzate Noreña, pues son de orden sustantivo en cuanto a su admisibilidad y a su mérito y de orden adjetivo o procesal en cuanto a su constitución y producción. De la misma opinión ha sido la Corte Suprema de Justicia al decir que "Las disposiciones de este orden, esto es, las que reglamentan la manera de practicar tal o cual prueba y la de apreciarse, es decir, de servir de medio de llegar el Juzgador a la certidumbre, son incuestionablemente adjetivas".

IV. — El ataque en casación por transgresión de normas adjetivas del Código Judicial es procedente cuando se señalan también como infringidas disposiciones sustantivas de la legislación del trabajo, como consecuencia de aquella violación. Es decir, la primera violación es de medio, pues la verdadera y efectiva es la de la norma laboral sustantiva.

V. — La jurisprudencia cuya unificación tiene como misión el Tribunal Supremo, es la nacional del trabajo, por lo cual deben señalarse como violadas en casación normas laborales para la efectividad de los cargos en este recurso.

VI. — En los juicios del trabajo desapareció como obligatoria la tarifa legal de pruebas, según clara disposición del artículo 3º regla 4ª de la Ley 75 de 1945, de modo que el art. 697 del Código Judicial que es uno de los que señalan esa tarifa para la prueba testimonial, no es de aplicación estricta en las controversias de carácter laboral, y, por lo tanto, no es admisible en la casación del trabajo la acusación que se haga por haber sido quebrantado.

(Magistrado ponente: doctor Jaramillo Arrubla)

Bogotá, julio veintitrés de mil novecientos cuarenta y siete.

El Superintendente de Campo de la Sociedad de "Petróleos Ariguaní, S. A.", solicitó el 16 de marzo de 1946 al Inspector Auxiliar del Trabajo de Plato permiso para despedir al señor Rafael Villalobos, trabajador de la Empresa citada, amparado por el fuero sindical por ser Presidente del Sindicato de Petróleos Ariguaní.

Alegó para ello la causa grave que hace consistir en el hecho de que por descuido, negligencia o mala voluntad del mencionado tra-

bajador un tractor marca "Caterpillar" que se le había ordenado conducir hasta el sitio denominado "Doña Gerónima" fue a dar al lecho del río Magdalena, a una distancia de veinte metros de la orilla y a una profundidad de seis metros. También califica el solicitante como peligroso al conductor Villalobos, pues no sólo puso en peligro su propia vida sino la de sus compañeros y ayudantes de trabajo.

El Inspector ordenó notificar personalmente al trabajador la solicitud anterior y éste, en la diligencia de notificación, solicitó la práctica de una inspección ocular con intervención de peritos para esclarecer el estado de la máquina antes del suceso arriba narrado, la condición de sus frenos y si fue reparada inmediatamente antes de practicarse esa inspección.

El Inspector accedió a lo solicitado por el trabajador y comisionó al Secretario de su oficina para que llevase a efecto la inspección decretada.

El mismo día de la notificación, el trabajador se dirigió a la oficina del conocimiento haciendo referencia a la petición de despido. Explica allí que debido a un desgaste de los tambores del tractor que conducía y a que las bandas de los frenos estaban llenas de aceite, éstos no funcionaron cuando fue necesario usarlos. Agrega que confiado en que la máquina estaba en buen estado no pudo darse cuenta del defecto que fue la causa del insuceso. Además, dice que el verdadero móvil de la solicitud de despido es el de perjudicar al Sindicato que preside.

Practicadas las pruebas solicitadas por el trabajador, el Inspector ordenó correr traslados del expediente a cada una de las partes por un día para que presentasen pruebas y solicitudes.

Por último, el funcionario del conocimiento dictó su Resolución Nº 3 de marzo 30 de 1945 por medio de la cual niega la autorización de despido solicitada.

Interpuesto el recurso de apelación contra esa providencia por parte de la empresa, fue concedido para ante el Ministerio del Trabajo y éste a su vez lo envió al Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, por ser de su competencia, el que avocó el conocimiento.

El fallador de segunda instancia, en sentencia fecha 30 de agosto último, confirmó la Resolución apelada, ordenó la reincorporación del trabajador Villalobos al servicio de la Empresa, una vez ejecutoriado el fallo, y el pago de los salarios correspondientes al tiempo que duró la suspensión de sus labores. Un Magistrado salvó su voto.

La Compañía interpuso el recurso de casación contra la sentencia de segundo grado, el cual pasa a decidirse.

Dos cargos formula el recurrente, que se estudiarán en el orden propuesto.

Primer cargo

Dice así:

"Gravísimas deficiencias en la formación del expediente, autorizan para pensar que el señor Inspector de Trabajo de Plato no actuó directamente como era su deber, o que ignora los rudimentos de la ley procesal. No de otra manera pudo ocurrir la extraña y singular tramitación de este proceso, en que las distintas probanzas carecen casi completamente de las formalidades previstas en la ley para su plena eficacia jurídica. Fue, pues, acertado el fallo recurrido al desestimar en absoluto la exposición pericial de autos. Pero incurrió en una inconsecuencia evidente al apreciar y tener en cuenta las declaraciones de testigos, formuladas en coro al parecer, sin las preguntas previas de la ley, y sin las que el funcionario debe hacer para indagar la verdad del testimonio humano. Está fuera de toda discusión que las disposiciones legales sobre pruebas tienen carácter sustantivo. En forma que su violación es suficiente para casar un fallo como el recurrido, en que aparecen violados los arts. 683, 684, 686, 687, y 688 del C. J. como ya se expuso. Tan grave quebrantamiento resalta de la siguiente transcripción del fallo: "El Trabajador Villalobos prueba con las declaraciones de los testigos Sandoval, Escobar y Ballestas, quienes presenciaron el acicdente, que al soltar el embarcadero que arrastraba el motor, como no podía regresar por el mismo lugar, sacó el cambio de reverso para meter primera y dar la vuelta, pero la máquina se descolgó; y que hizo todo lo posible para frenarla, pero los frenos no agarraron, el tractor fue a parar al río. "Resulta así que el H. Tribunal ignoró por completo las graves deficiencias de las probanzas testimoniales y edificó sobre una base falsa la resolución final condenatoria".

Se considera:

El recurso de casación, cuando se invoca la causal 1ª del art. 520 del Código Judicial, procede por ser la sentencia violatoria de ley sustantiva por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea.

Es, pues, la violación de la ley sustantiva la que se contempla en este recurso y en esta causal.

La doctrina y la jurisprudencia han definido la ley sustantiva como la que consagra o establece derechos y obligaciones y como adjetiva la que señala el procedimiento o determina la manera de hacer efectivos aquéllos.

La naturaleza de una disposición, su calidad de sustantiva o adjetiva, resulta de su propio contenido y no del Código o estatuto en donde figura. En el Civil hay disposiciones de mero procedimiento y en el Judicial las hay de orden completamente sustantivo.

Los preceptos adjetivos no están sujetos a su estudio en casación.

Así lo dice la ley al disponer la consideración exclusiva de los sustantivos en este recurso.

Y conforme a tal norma, la jurisprudencia también lo ha reconocido así. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia ha dicho en reiteradas ocasiones lo siguiente:

"La primera causal de casación, muy de acuerdo con la índole y naturaleza de ese recurso, requiere que la violación de la ley recaiga sobre preceptos sustantivos. Estos preceptos que son aquellos que establecen los derechos y obligaciones de las personas, y que están consagrados indistintamente en los diferentes Códigos de la Nación, y aún dentro del Código Judicial, son los únicos susceptibles de originar, cuando son violados por los Tribunales, la casación. En cambio las leyes adjetivas o de mero procedimiento encaminadas a determinar los medios de hacer valer los derechos abstractos escapan a la revisión de la Corte. Ya lo dijo esta Corporación en sentencia de 16 de junio de 1932, **Gaceta Judicial**, tomo 40, página 157, Columna segunda: "La violación de las disposiciones legales adjetivas o de mero procedimiento no dan lugar al recurso de casación".

(Casación, XLV, Nº 1924 mayo 19 de 1937, pág. 120).

Esclarecido lo anterior, resta examinar si las disposiciones legales citadas en el presente cargo como infringidas por el fallador de instancia son sustantivas o adjetivas, acusables o no en casación.

Todas versan acerca de la manera como se reciben por el Juez las declaraciones de testigos.

El afamado tratadista colombiano de pruebas judiciales, Luis Alzate Noreña, considera que ellas tienen un doble carácter, pues son de orden sustantivo en cuanto a su admisibilidad y a su mérito y de orden adjetivo o procesal en cuanto a su constitución y producción.

"Como la ley que se refiere a la prueba —dice— participa del derecho sustantivo en cuanto se refiere a la sustancialidad de ella (valor jurídico y admisibilidad), y del derecho procesal en cuanto al modo como se constituye y su producción, para saber cuándo ha de producirse la prueba, es necesario atender a los principios procedimentales". (Pruebas judiciales, 1941, pág. 69).

Y de la misma opinión ha sido nuestro más alto tribunal ordinario de justicia cuando ha dicho:

"Las disposiciones de este orden, esto es, las que reglamentan la manera de practicar tal o cual prueba y la de apreciarse, es decir, de servir de medio de llegar el Juzgador a la certidumbre, son incuestionablemente adjetivas" (casación, octubre 29 de 1937, T. XLVI, pág. 205).

De allí que no pueda prosperar el cargo en estudio por ser todas las disposiciones que él cita de naturaleza adjetiva ya que se refieren a la manera como se reciben por el Juez las declaraciones de testigos, o sea, la forma de practicar pruebas.

Por otra parte, el ataque en casación por transgresión de normas adjetivas del Código Judicial es procedente en estos casos cuando se señalan también como infringidas las respectivas disposiciones sustantivas de la legislación del trabajo, como consecuencia de aquella violación. Es decir, la primera violación es de medio, pues la verdadera y efectiva es la de la norma laboral sustantiva.

Así lo ha reconocido la Corte Suprema cuando ha dicho:

"Las disposiciones del Código Judicial, que tienen por sí el carácter de sustantivas, como las referentes pruebas (pero según se dejó visto atrás sólo tienen ese carácter las que se refieren a admisibilidad y valor jurídico y no las que versan sobre constitución y producción), tampoco por sí solas pueden dar base para casar una sentencia sino que es preciso que de la infracción de una de esas disposiciones, resulte infringida otra norma sustantiva, que no tuvo operación o se aplicó o interpretó mal precisamente por no haberse aplicado o haberse aplicado erróneamente una disposición del Código Judicial. Cuando sólo se cita como violada la disposición del Código Judicial, pero sin hacer referencia a la otra norma sustantiva que queda desconocida por esa violación, el cargo resulta incompleto y entonces no puede prosperar, porque el juzgador no sabe cuál es la otra norma sustantiva que el recurrente estima violada y no puede proceder de oficio al respecto. No quiere decir ni significa lo anterior, que no existan disposiciones en el Código Judicial, cuya sola invocación y sin referirse a ninguna otra norma, puedan dar lugar en su caso a la casación de su fallo, tal es por vía de ejemplo el art. 474 del Código Judicial, entre otros, y así lo acaba de aplicar y de resolver la Corte en sentencia de 26 de noviembre de 1943. Mas en materia de disposiciones del Código Judicial sobre pruebas y en las meramente normativas, es preciso cuando ellas se invocan en casación, la relación con otras normas. La anterior es la doctrina de la Corte sustentada en numerosos fallos. Un ejemplo aclara y pone en evidencia la doctrina de la Corte. Suponiendo que se tratara de un juicio de reivindicación

no le bastaría al recurrente afirmar que se había violado el art. 697 del Código Judicial, sustantivo, sino que esa violación debería hacerla incidir, por ejemplo sobre el art. 496 del Código Civil. En el caso del ejemplo propuesto podría decir el recurrente: al no estimarse dos declaraciones, se violó el art. 697 del Código Judicial y esa violación condujo a la no aplicación del art. 946 del Código Civil". (G. J. tomo LVI pág. 319).

Por consiguiente, aún entendiendo que los artículos del Código Judicial sobre prueba de testigos que cita el recurrente en este cargo fuesen de carácter sustantivo, y que estuviese acreditada su transgresión, la acusación resulta incompleta pues no concluyó señalando las disposiciones de la ley del trabajo, de orden también sustantivo, que resultaron violadas como consecuencia de la primera infracción. El recurrente no menciona ninguna norma de orden laboral que se hubiese violado por el fallador de segunda instancia, de modo que aparece así incompleto el cargo. Sabido es que la jurisprudencia cuya unificación tiene como misión el Tribunal Supremo, es la nacional del trabajo, por lo cual deben señalarse como violadas en casación normas laborales para la efectividad de los cargos en dicho recurso.

El juicio en la instancia versó acerca de fuero sindical y el recurrente no contempla ningún aspecto de esta cuestión en su demanda de casación. Su acusación ha debido ir hasta considerar este primordial asunto del trabajo debatido. No habiéndolo hecho él, no puede hacerlo el Tribunal Supremo, de oficio, porque es bien sabido que en casación la actividad del fallador está circunscrita a los cargos propuestos en la respectiva demanda exclusivamente.

Pero también ocurre que el recurrente no expresó por qué concepto se violaron las disposiciones que menciona, pues no dice si fue por infracción directa, por aplicación indebida o por interpretación errónea, lo que ha debido manifestar para que se entendiera bien planteada su acusación, dentro de la técnica de este recurso.

Se desecha, por lo tanto, este primer cargo.

Segundo cargo

Lo propone en la siguiente manera:

"Sin embargo, haré un breve estudio de las pruebas aducidas por el opositor, para el caso de que el H. Tribunal Supremo resuelva otorgarles algún mérito":

"No cabe duda de que, por tratarse de un contrato, la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien lo alega".

"¿Pero en dónde estaban situados los testigos para ver tan clara-

mente los veloces y casi instintivos movimientos de que dan cuenta? Porque es un hecho que no iban dentro del vehículo. Y basta haber sido por dos veces pasajero de un automóvil para saber que para el cambio de velocidades del "Clutch" no se saca sino que se introduce previamente, esto es, se impulsa con el pie hacia dentro. Por fuerza de este error las declaraciones son anti-técnicas, y en esto van acordes con el fallo recurrido. Dice la sentencia: "sacó el cambio de reverso para meter primera..." Depone Saravia: "...al soltar el embarcadero como ni podía regresar por el mismo lugar, sacó el cambio de reverso para meter primera y dar la vuelta pero la máquina se descolgó..." Declara Escobar: "sacó el cloche para meter cambio y fue cuando se deslizó la máquina". Y afirma finalmente Ballestas: "...reversó para que yo soltara la cadena que sostenía el arrastre al tractor, y al sacar, el cambio de reverso se deslizó la máquina". Sobre este último testimonial pudiera también observarse que si él deponente estaba en la parte de atrás del tractor no estuvo en capacidad de ver los rápidos movimientos que el conductor dice haber ejecutado para protegerse".

"Resulta pues evidenciado en las transcripciones que preceden que los testigos no supieron o no pudieron apreciar los hechos de que pretenden dar fe. Y que el H. Tribunal de Barranquilla al aceptar lo contrario como base única y esencial de su proveído, y al tener como plena prueba la testimonial de autos, violó por aplicación indebida el art. 697 del C. J.".

Se considera:

La disposición que señala como violada en este cargo es la que estatuye que dos testigos hábiles que concuerden en el hecho y en sus circunstancias de modo, tiempo y lugar forman plena prueba en los casos en que este medio es admisible conforme a la ley.

Lo que se dijo en el primer cargo es aplicable a éste también, pero a más de eso es preciso tener en cuenta que en los juicios del trabajo desapareció como obligatoria la tarifa legal de pruebas, según clara disposición del artículo 3º, regla 4ª de la Ley 75 de 1945, de modo que este art. 697 del Código Judicial que es uno de los que señalan esa tarifa para la prueba testimonial, no es de aplicación estricta en las controversias de carácter laboral, y, por lo tanto, que no sea admisible en la casación del trabajo la acusación que se haga por haber sido quebrantada.

No prospera tampoco este segundo y último cargo.

No quiere terminar el Tribunal Supremo sin advertir que admitió este recurso con la salvedad expresa de que las cuestiones funda-

mentales de competencia que él suscitaba se pudieran estudiar en el fallo definitivo, si a ello habría lugar. Así lo manifestó en el auto en que le dio paso. Pero el recurrente nada dijo en su demanda de casación acerca de la competencia para conocer un Tribunal en segunda instancia de los asuntos de fuero sindical, ni tampoco acerca de si estos negocios tenían también recurso de casación, por lo cual no dio motivo para considerar este importante aspecto del derecho del trabajo en nuestra nación. La Corporación esperaba que se planteara tan fundamental cuestión para tener oportunidad de sentar doctrina por primera vez al respecto. Pero como el presente asunto asumió desde el primer momento un franco carácter de juicio, pues se notificó al trabajador la petición de despido hecha por la empresa, y dio contestación a esa solicitud, y pidió la práctica de pruebas, y alegó, y, en general, intervino en toda la tramitación del negocio, se resolvió admitirlo en casación por haber adquirido una clara calidad de controversia, de las que menciona el artículo 58 de la Ley 6ª de 1945, pues también versa acerca de la terminación del contrato de trabajo del señor Villalobos, y, por consiguiente, era admisible, en principio, en casación, porque esas controversias de tal artículo son las susceptibles de dicho recurso extraordinario al tenor del art. 3º de la Ley 75 de 1945 que lo estableció en los juicios del trabajo.

No dio, pues, la acusación lugar a ningún estudio de fondo.

En atención a lo discurrido, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, que ha sido objeto del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase al Tribunal de origen.

Cástor Jaramillo Arrubla. — Luis Alberto Bravo. — Diógenes Sepúlveda Mejía. — Guillermo Martínez R., Secretario.

I. TRABAJO LIBRE O INDEPENDIENTE Y TRABAJO DEPENDIENTE O SUBORDINADO.—II. REQUISITOS QUE DEBEN REUNIRSE EN UNO Y OTRO. — III. DIFERENCIA SUSTANCIAL ENTRE ELLOS. — IV. LA SUBORDINACION COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO DE TRABAJO.

I. — El derecho del trabajo distingue entre trabajo independiente y trabajo dependiente, entre trabajadores libres y trabajadores subordinados. Aquél es el que se realiza sin sujeción a ningún patrón, con autonomía, en virtud de la actividad libre del individuo, mediante la celebración de actos o contratos de derecho común. Este el que se presta con sujeción a un patrón, mediante un contrato de trabajo.

Nuestra legislación también distingue entre uno y otro, pues la noción de trabajo subordinado está comprendida dentro de la definición que de contrato de trabajo dan la Ley 6ª de 1945, en su artículo 1º y el Decreto 2127 del mismo año. en sus artículos 1º y 2º, y la de trabajo independiente se encuentra de modo especial en el art. 6º de este mismo Decreto.

II. — En el contrato de trabajo deben reunirse, como necesarios, los siguientes requisitos: a) La prestación de un servicio personal; b) Bajo la continuada dependencia o subordinación del patrono; c) Mediante un salario.

Es trabajador independiente el que reúna los siguientes requisitos: a) La prestación de un servicio o ejecución de una obra, bien en forma personal o por medio de otras personas; pero el trabajo debe realizarlo con sus propios medios; b) Autonomía técnica y directiva para realizar la obra o prestar el servicio; c) Por un precio determinado.

III. — El segundo requisito, de subordinación en el contrato de trabajo y de autonomía en el independiente, es el que los diferencia sustancialmente. Frente al concepto de subordinación o dependencia está el contrario u opuesto de autonomía o libertad o independencia.

IV. — La doctrina tiene establecido que es de la esencia del contrato de trabajo la subordinación. Donde ésta exista, hay contrato de esa naturaleza. Donde no exista hay un contrato de derecho común. Por consiguiente, donde haya autonomía o libertad para prestar el servicio, hay trabajo independiente.

Pero no basta que el trabajador goce prácticamente de autonomía o libertad en la ejecución de una labor determinada. Es necesario que la autonomía sea completa y real, porque si existe siquiera como posibilidad la atribución para el patrón de dar órdenes, y para el trabajador la obligación correlativa de acatarlas, hay la subordinación jurídica que es nota distintiva del contrato de trabajo.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Jaramillo Arrubla)

Bogotá, julio veintiseis de mil novecientos cuarenta y siete.

El doctor José Domingo Vélez obrando en nombre del señor S. Gutiérrez Prado, de quien dijo que era mayor y vecino de Bogotá, demandó a la "Voz de la Víctor", sociedad de hecho con domicilio en la misma ciudad, representada por el señor Alfonso Gaitán, también mayor y de esta vecindad, para que se ordene pagarle a su representado las cantidades de cuatro mil novecientos cincuenta pesos ($ 4.950.00) por auxilio de cesantía, un mil cien pesos ($ 1.100.00) por vacaciones y las costas del juicio en caso de oposición.

Su demanda la basó en los siguientes hechos: en 1936 entró el demandante a prestar sus servicios a la Empresa demandada en su condición de agente de propaganda para conseguir avisos para la radiodifusora, de propiedad de aquélla. Como sueldo mensual recibía el treinta por ciento del valor de cada anuncio conseguido. El promedio de sus sueldos en los tres últimos años, fue de $ 550.00 por mes. No podía prestar el mismo servicio de conseguir avisos a otras radiodifusoras. Nunca disfrutó de vacaciones, ni le fueron pagadas en dinero. La Empresa violó el contrato verbal de trabajo celebrado con el actor porque pasó comunicaciones a todas aquellas personas con quienes éste contrató avisos, manifestándoles que en el año siguiente no estaría el demandante autorizado para contratar publicidad. El representante de la Empresa ha manifestado claramente al actor que en adelante le pagaría un sueldo y un tanto por ciento muy reducido, haciendo que el salario devengado sea inferior al anterior, por lo cual

lo desmejoró en sus condiciones de trabajo. La Sociedad demandada no ha querido ni está dispuesta a pagar el auxilio de cesantía ni las vacaciones que se le adeudan.

La Compañía se opuso a las peticiones arriba indicadas porque le niega al demandante el carácter de empleado particular. Dice en la contestación de la demanda que a partir de 1936 no tuvo el actor relaciones jurídicas con la Empresa. Que no se trataba de sueldo, sino del reconocimiento de una remuneración a base de porcentaje por el servicio transitorio que prestaba, o sea sobre el valor del aviso que consiguiera. Y las funciones que accidentalmente desempeñó el demandante no son características de los empleados particulares.

El Juez 7º Civil del Circuito de Bogotá, quien conoció del litigio dictó su sentencia condenando a la Sociedad demandada a pagarle al actor cuatro mil pesos por auxilio de cesantía y seiscientos pesos por treinta días de vacaciones. No condenó en costas.

Apelado ese fallo por el apoderado de la Empresa, el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el suyo de fecha 11 de octubre último, confirmó la condena por cesantía del inferior y reformó la de vacaciones, pues declaró a cargo de la Compañía la obligación de pagar al actor la suma de mil doscientos pesos por vacaciones no disfrutadas en cuatro años. Además, condenó en las costas de la segunda instancia a la Empresa.

El representante de la Sociedad interpuso recurso de casación contra la sentencia de segundo grado, que le fue concedido y también admitido.

Fundado en tiempo ese recurso, pasa a considerarse.

La sentencia acusada

El Tribunal de instancia estima que sí hubo contrato de trabajo entre las partes y después de formular distintas consideraciones sobre el particular, concluye así:

"Se encuentra demostrado que Gutiérrez Prado fue contratado para conseguir avisos que se publicaban en la radiodifusora del demandado, y obran en el expediente, especialmente a los folios 52 a 157 innumerables comprobantes de que ese su trabajo (sic) y de la forma en que lo prestaba. Existe además la propia confesión del demandado hecha en posiciones sobre este particular, y la misma instancia del apoderado del demandado en tal sentido. Además, de las declaraciones de los señores Páez, Jesús María García y Rafael Moreno, se desprende claramente el hecho de que el demandante trabajaba en forma absolutamente exclusiva para la Voz de la Víctor puesto que sólo

conseguía avisos para ella. Cada uno de estos declarantes, que como ya se dijo, son propietarios de distintas radiodifusoras capitalinas, propuso al Sr. Gutiérrez Prado que fuera a trabajar con ellos, que consiguiera avisos para ellos, a lo cual el actor se negó alegando que su contrato de trabajo para este oficio lo ligaba de manera exclusiva con Gaitán Cubides, no pudiendo desempeñar igual labor para ninguna otra empresa o persona. El mismo demandado al absolver las posiciones manifestó que durante el tiempo de servicio del demandante éste no había ocasionado ningún perjuicio a la Empresa en el desempeño de sus funciones, y expresó ser conocedor de las "vallas" que Gutiérrez Prado hizo para la Tropical, afirmando él mismo que no se trataba de avisos ni de propaganda radial. Se tiene, entonces, que habiéndose celebrado entre las partes un contrato de trabajo mediante el cual el asalariado debía conseguir avisos para publicación y explotación comercial de la radiodifusora "La Voz de la Víctor" cumplió cabalmente con su cometido, que llevó a cabo en forma permanente, durante los años comprendidos entre 1939 y 1945.

El recurso

En una extensa demanda el recurrente manifiesta que el sentenciador incurrió en tres errores de hecho, por apreciación de pruebas, que lo condujeron a violar por aplicación indebida, las siguientes disposiciones legales: por razón del primer error de hecho, los artículos 1º de la Ley 6ª de 1945, del Decreto 652 de 1935 y 1º y 2º del Decreto 2127 de 1945, que definen y determinan los requisitos para la existencia del contrato de trabajo. Por razón del segundo error de hecho, los numerales a) y c) del artículo 14 de la Ley 1º de 1934 y f) del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945. Y como consecuencia del tercer error de hecho, el artículo 575, numeral 2º del Código Judicial.

Son, pues, tres cargos de los cuales estudiará el Tribunal el primero, por estimarlo probado.

Primer cargo

Este es el que propone el recurrente bajo el título "Primer error de hecho" y contiene la acusación principal.

Principia planteándolo en estos dos párrafos: "Afirma el Tribunal que entre el señor Alfonso Gaitán Cubides, como Gerente de "La Voz de la Víctor" y el señor Segundo Gutiérrez Prado, existió un verdadero contrato de trabajo, y que por consiguiente este último tiene derecho al pago de las vacaciones y cesantía que ha reclamado. Pues

sostiene la sentencia: "las consideraciones hechas aquí, demuestran plenamente al Tribunal que entre el demandante y "La Voz de la Víctor" existía un verdadero contrato de trabajo que se realiza dentro de los preceptos legales". (Fl. 241).

A continuación se extiende en una serie de consideraciones en relación con las pruebas que desvirtúan la aseveración del Tribunal en su fallo acusado, acerca de la existencia de contrato de trabajo entre las partes. De esa exposición hará una síntesis el Tribunal Supremo, limitándose a señalar las pruebas mencionadas por el recurrente y que contribuyen a configurar verdaderamente el cargo.

Sostiene que el demandante no fue contratado para que dedicara sus esfuerzos en forma permanente a la consecución de avisos para la radiodifusora ya mencionada, pues hubiera adquirido el compromiso de destinar todo su tiempo y sus esfuerzos al objetivo propuesto. Y que, por lo mismo, la Empresa habría podido tomar las medidas que estimara convenientes para cerciorarse de si su empleado dedicaba sus esfuerzos y su tiempo a favor de su patrono. Pero no sucedía así, porque el actor gozaba de plena libertad para ocuparse en lo que a bien tuviera, pues no le pagaba por unidad de tiempo por servicios diarios, mensuales o anuales, sino por cada obra, es decir, por cada aviso, que le llevara. Y concluye así esta acusación: "La plena libertad y autonomía de que gozaba el señor Gutiérrez Prado, está claramente sintetizada en la respuesta que dio a la cuarta pregunta del pliego de posiciones: "Es verdad que gozaba de plena libertad y de amplias facultades para conseguir los avisos y contratar (fl. 31 v.). Es decir, que era absolutamente libre para conseguir o no avisos, lo que traducido en otras palabras, significa que no era un trabajador asalariado o dependiente de la voluntad del empleador "que gozaba de amplias facultades y de plena libertad".

También ataca el recurrente la apreciación del sentenciador acerca del testimonio del señor Jesús María García, como base asimismo del error de hecho anotado, y los de los demás declarantes, y al respecto dice así sobre el particular:°

"El Tribunal sostiene la tesis de que Gutiérrez Prado estuvo subordinado a "La Voz de la Víctor" basándose principalmente en la declaración rendida por el señor Jesús María García, como testigo del demandante. Dice así el Tribunal: "Es especialmente importante la declaración de Jesús María García, no sólo por ser como ya se dijo, propietario de una radiodifusora, sino por la buena circunstancia de haber trabajado como empleado de "La Voz de la Víctor" durante veinte años y de haber conocido personalmente en sus actividades

a Gutiérrez Prado. Afirma este testigo que "el señor Gutiérrez en el ejercicio de sus funciones recibió órdenes de la Gerencia de la Víctor, sobre precios de los avisos, sobre la clase de programa y todo lo relacionado con los avisos tenía que ser consultado con la Gerencia de la Estación. Esto me consta hasta el tiempo que yo estuve colocado en la Víctor y yo como administrador sabía de las órdenes a que estaba sometido el señor Gutiérrez". Los otros testigos deponen igualmente en el sentido de manifestar que los empleados encargados de conseguir avisos no gozan de esa independencia que quiere atribuírles el demandado, puesto que tienen que someterse a precios señalados por la administración o la Gerencia y dar cuenta de su trabajo al mismo Gerente. Esto, al menos, dicen los deponentes, ocurre en sus radiodifusoras y constituye para el Tribunal una seria presunción de verdad. Que si un empleado para conseguir propaganda pudiera contratar avisos al precio que le provocara, llevarlos cuando a bien tuviera y suspenderlos cuando quisiera, dejaría de ser un trabajador y se convertiría en patrón".

"Estimó que el Tribunal ha exagerado un poco el fundamento precedente, y que dio pie para afirmar la dependencia continuada del trabajador, señor Segundo Gutiérrez Prado, por las siguientes razones:

"En primer lugar, dice así el señor Cristóbal Páez, testigo del demandante: "El (se refiere a Gutiérrez Prado) tenía que estar sujeto en la consecución de la propaganda a las órdenes que recibiera (fl. 37)".

"En segundo lugar, el señor Rafael Moreno, el otro declarante citado por el señor Gutiérrez Prado, afirmó: "No tengo conocimiento de quién sería la persona que le daba órdenes al señor Gutiérrez Prado en la Voz de la Víctor".

"Estos tres testigos, fueron los únicos que declararon sobre este particular. Además, fuera de estas tres manifestaciones, no existe en todo el expediente ningún otro hecho que pueda dar lugar a la conclusión del Tribunal, en materia de subordinación".

"Debe observarse, porque se nota a primer golpe de vista, que ninguno de los tres declarantes, afirma lo que sostiene el Tribunal, o sea "que los empleados encargados de conseguir avisos tienen que someterse a los precios señalados por la administración o la gerencia y **dar cuenta de su trabajo al mismo Gerente.** "La parte que es subrayada es perfectamente una afirmación gratuita del Tribunal, pues, no existe ningún fundamento para hacerla. En relación a los precios o tarifas de precios a que deben sujetarse los agentes, es cosa natu-

ral, pero sin que ello implique por sí sola la subordinación del empleado o trabajador. Sobre el particular, es conveniente advertir, que el simple hecho de someterse a una tarifa de precios, no constituye el vínculo de subordinación que la ley exige para que un trabajador pueda ser considerado como asalariado. Así por ejemplo la Ley 48 de 1946, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre representantes y agentes viajeros, establece para que tales trabajadores puedan ser considerados como empleados, entre otros los siguientes requisitos: que se dediquen exclusivamente al ejercicio de su profesión, que no constituyan por sí mismos una empresa comercial (art. 1º); que reúnan los requisitos legales, que obtengan la correspendiente licencia (art. 5º); que demuestren buena conducta por los medios ordinarios, civiles, comerciales, y de policía; que no hayan sido condenados por actos de contrabando, fraude, cohecho, falsificación de marcas o por algún otro delito coñtra la economía, industria y comercio, o contra la fe pública, etc. (art. 7º parágrafo). Luego no basta para que sean empleados o mejor dicho para que sean asalariados que una empresa les suministre una lista o tarifa de precios".

"Los agentes colocadores de pólizas de seguro para que puedan ser considerados como empleados particulares, no basta que carguen en los bolsillos del chaleco una lista o tarifa de precios; entre otros requisitos, deben llenar los siguientes: dedicación exclusiva a la labor de colocación de pólizas de seguros, continuada dependencia, que no tengan ninguna otra actividad u oficio distintos de la colocación de pólizas de seguro; que rindan semanalmente un informe escrito a la Compañía sobre su trabajo; que asista por lo menos una vez al día, durante cuatro días cada semana, a las oficinas que tenga la Compañía; que hagan una producción mínima anual de cincuenta mil pesos de valor asegurado y un mínimum de doce pólizas al año, etc., etc. (Véase Decreto Nº 1787 de 1946, reglamentario del artículo 72 de la Ley 6ª de 1946)".

"Si a un sujeto cualquiera le dan una lista de precios para que si quiere vender una máquina, la venda, no podrá decir más tarde que fue empleado de tal empresa, durante ocho meses que gastó en venderla, alegando que estaba subordinado a dicha empresa, porque ésta le había dado una lista de precios, o sea, porque estuvo subordinado a órdenes de un patrón".

Por último, el Tribunal Supremo encuentra que se destaca también en la demanda de casación y en este primer cargo la acusación por el error de hecho consistente en haber dado por demostrado el fallador de instancia que el demandante trabajaba exclusivamente para

la "Voz de la Víctor". Y que ese error se deduce de la consideración de las siguientes pruebas:

"a) El señor Gutiérrez Prado confiesa, al responder a la undécima pregunta del pliego de posiciones, lo siguiente: "Contraté en el año pasado unas vallas con la Tropical Oil Company. El Gerente de la Voz de la Víctor estaba impuesto de este contrato.... solamente el señor Gaitán se limitó a prohibirme que en su Oficina no podía atender nada que no fuera concerniente con la propaganda radial, por lo cual, me vi obligado a solicitar de un amigo a que me diera espacio en su oficina de abogado para poder atender a este cliente, la Tropical... En cuanto a los apartados, hace más de diez años que los tengo por conveniencia propia, por prestigio comercial" (fl. 32 vto.).

"b) A la décimatercera pregunta del mismo pliego, respondió el señor Gutiérrez Prado: "Es verdad que yo al mismo tiempo en que conseguía avisos para la Voz de la Víctor, me ocupaba en labores distintas de la propaganda tales como la confección de libretines con impresiones de oro, y de cartones, carteleras, dibujos, clisés, etiquetas, etc." (fl. 33).

"c) El señor Rafael Guerrero al responder al punto f) de su declaración, dijo: "Le conozco la oficina de propaganda y comisiones al señor Gutiérrez Prado, que es la oficina número 52 del quinto piso de un edificio que queda en la calle 15". Este mismo declarante, contestó así al punto g) de su declaración: "El mismo (se refiere a Gutiérrez Prado) me dijo a mí, que él solamente lo de la Víctor no le servía, que tenía otros negocios. Un día que estuve en la oficina de él, hizo un contrato con la Tropical, sobre unos papeles de propaganda, que oí mencionar que el contrato valía cinco mil y pico de pesos". (Fls. 38 y 38 vto.).

"d) El señor Gaitán Cubides, responde a la tercera pregunta del pliego de posiciones que tuvo que absolver: "Yo le propuse (a Gutiérrez) que entrara a trabajar como empleado de la emisora mediante un sueldo y una comisión, y no se fijó por no ser aceptadas esas condiciones por el señor Gutiérrez Prado, porque en su trabajo independiente ganaría mucho más de lo que le pudiera ofrecer (fl. 39)".

"e) En el expediente se encuentran los siguientes documentos: **Primero:** carta del señor Gerente de la Tropical Oil Company de fecha 6 de diciembre de 1945, en la que entre otras cosas dice: "Debemos informar a usted que el señor S. Gutiérrez Prado, quien no es empleado nuestro, nos arrienda para nuestra propaganda espacios para avisos en vehículos de uso público y vallas. También en ocasiones nos suministra artículos de propaganda preparados por él" (fl.

162). **Segundo:** carta del Gerente de la Tipografía O. K. en la que manifiesta que el señor Gutiérrez Prado ha prestado su colaboración a la Tipografía desde hace unos dos años (fl. 161). **Tercero.** una carta dirigida por el señor S. Gutiérrez Prado a la Compañía Fleischman Colombiana en la cual le ofrece los chacós (gorras) que él produce (fl. 163). **Cuarta:** carta del señor R. C. García, Gerente de la Compañía Fleischman Colombiana, en la que dice: "Conocemos al señor S. Gutiérrez Prado desde hace aproximadamente cuatro años en la categoría de solicitador independiente de propaganda de radio, escrita, y también como semi-industrial en el ramo de objetos de cuero para propaganda, habiéndole comprado una buena cantidad de dichos efectos en el año de 1944..." (fl. 164). **Quinto:** carta de la Compañía Mariano Ramos R. & Cía." de Cali, en la que dice que el señor Gutiérrez Prado ha sido su agente en Bogotá por varios años (fl. 165)".

"f) Que el señor Segundo Gutiérrez Prado tenía por su cuenta y bajo su exclusiva responsabilidad una oficina independiente, en la cual despachaba los diversos negocios en que se ocupaba, podemos comprobarlo, primero: con el anuncio que hace de sus diversas actividades en hojas impresas que reposan en el expediente (fl. 20, 21, 41, etc.); y **segundo,** con la propia confesión que hace el propio señor Gutiérrez Prado, al responder a la undécima pregunta del pliego de posiciones: "Me vi obligado a solicitar de un amigo que me diera espacio en su oficina de abogado para poder atender a ese cliente, la Tropical (fl. 32 vto.)".

"g) Que el señor Gutiérrez Prado no estaba permanentemente obligado ni exclusivamente obligado a conseguir avisos para la Voz de la Víctor, se demuestra también: primero: con las propias confesiones del demandante, cuando dice que evidentemente se ocupaba en diversas actividades, que tenía oficina para atender a sus diversos negocios, que los apartados postales los mantenía "por prestigio comercial". Segundo: con la declaración del señor Rafael Guerrero, al contestar el punto g) de su declaración: "El mismo (se refiere a Gutiérrez Prado) me dijo a mí, que él solamente lo de la Víctor no le servía, que tenía otros negocios. Un día que estuve en la oficina de él, hizo un contrato con la Tropical sobre unos papeles de propaganda, que oí mencionar que el contrato valía cinco mil pesos. Tercero: con la confesión que hace el señor Gutiérrez Prado al responder a la décimanovena pregunta del pliego de posiciones que dice: Es verdad, sí o no, que el señor Alfonso Gaitán Cubides no estaba facultado para controlar las funciones del absolvente, relativas a la propaganda

para la Voz de la Víctor, es decir, que dicho señor Gaitán no podía controlar o investigar si el absolvente se dedicaba permanentemente a conseguirle avisos o no? Contestó: "Para que me controlara en la forma de la pregunta, tendría que seguirme por todas las calles, lo que no creo que él se comprometiera a hacer. El control existía en el sentido de que recibía la propaganda que le llevaba". **Cuarto:** el señor Gutiérrez Prado, confiesa al contestar a la cuarta pregunta del pliego de posiciones: "Es verdad que gozaba de plena libertad y de amplias facultades para conseguir los avisos y contratar". **Quinto:** el señor Jesús María García, testigo del demandante al responder a una pregunta que se le hizo cuando rendía su testimonio, dijo: "El (Gutiérrez Prado) no estaba obligado a llevar avisos permanentemente". Y más adelante agrega: "Para ese evento (cuando Gutiérrez Prado no llevara avisos) no había sanción reglamentaria de ninguna clase". **Sexto:** otro testigo del demandante y propietario de la Radio Cristal, contestó a la siguiente pregunta: "¿Si un agente no lleva propaganda a la empresa, ésta tiene alguna obligación para el agente?". Respondió: "Si no lleva propaganda no tiene remuneración alguna".

No cree necesario la Corporación hacer resaltar otros aspectos del muy extenso cargo en estudio, pues con la consideración de los anteriores hay suficiente materia para analizarlo completamente.

Se estudia el cargo:

El recurrente sostiene que no hubo contrato de trabajo entre la parte que representa y el señor Gutiérrez Prado, pues de las pruebas que cita aparece que no existió subordinación de éste a aquélla, ni que trabajara exclusivamente a su servicio, o sea, que el iniciador de la acción era un trabajador independiente regido por un contrato de obra y no un trabajador subordinado regido por un contrato de trabajo.

El derecho del trabajo distingue entre trabajo independiente y trabajo dependiente, entre trabajadores libres y trabajadores subordinados.

Trabajo libre o independiente es el que se realiza sin sujeción a ningún patrón, con autonomía en virtud de la actividad libre del individuo, mediante la celebración de actos o contratos de derecho común. Trabajo dependiente o subordinado es el que se presta con sujeción a un patrón, mediante un contrato de trabajo.

Nuestra actual legislación también distingue entre uno y otro, pues la noción de trabajo subordinado está comprendida dentro de la definición que de contrato de trabajo dan la Ley 6ª de 1945, en su ar-

tículo 1º, y el Decreto 2127 del mismo año, en sus artículos 1º y 2º, y la de trabajo independiente se encuentra de modo especial en el artículo 6º de este mismo decreto.

Dicen así esos preceptos legales:

Ley 6ª de 1945, artículo 1º—"Hay contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal bajo la continuada dependencia de otro, mediante remuneración, y quien recibe tal servicio. No es, por tanto, contrato de trabajo el que se celebra para la ejecución de una labor determinada, sin consideración a la persona o personas que hayan de ejecutarla y sin que éstas se sujeten a horario, reglamento o control especial del patrono".

"A falta de estipulaciones lícitas escritas, el contrato de trabajo se entenderá celebrado de conformidad con los modelos que el Gobierno promulgue, previa audiencia de comisiones paritarias de patronos y trabajadores, y las obligaciones recíprocas que de él emanen se tendrán por ajustadas en las condiciones usuales en la región que sean más acordes con la aptitud del trabajador y con la naturaleza del negocio".

"Los modelos a que el presente artículo se refiere, no podrán contener estipulaciones más gravosas para los patrones ni menos favorables para los trabajadores que las señaladas por la ley".

Decreto 2127, artículo 1º—"Se entiende por contrato de trabajo la relación jurídica entre el trabajador y el patrono, en razón de la cual quedan obligados recíprocamente, el primero, a ejecutar una o varias obras o labores o a prestar personalmente un servicio intelectual o material, en beneficio del segundo y bajo su continuada dependencia, y este último a pagar a aquél cierta remuneración".

Artículo 2º — "En consecuencia, para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos: a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b) La dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional, y c) El salario como retribución del servicio".

Artículo 6º del mismo Decreto. — "No son simples intermediarios ni representantes, sino contratistas independientes y, como tales, verdaderos patronos de sus trabajadores, los que contratan la ejecución de una o varias obras o labores en beneficio ajeno, por un precio determinado, para realizarlas con sus propios medios y con autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo, dueño de la obra o base industrial, a menos que se trate de labores extrañas

a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores".

De acuerdo con las anteriores disposiciones se tiene que para que exista **contrato de trabajo** son necesarios los siguientes requisitos: a) La prestación de un servicio personal; b) Bajo la continuada dependencia o subordinación del patrono, y c) Mediante un salario.

A su turno, según la última de las normas transcritas, es **trabajador independiente** el que reúna los siguientes requisitos: a) La prestación de un servicio o ejecución de una obra, bien en forma personal o por medio de otras personas; pero el trabajo debe realizarlo con sus propios medios; b) Autonomía técnica y directiva para realizar la obra o prestar el servicio; y c) Por un precio determinado.

Se desprende de lo anterior que el segundo requisito, de subordinación en aquel contrato y de autonomía en éste, es el que viene a diferenciarlos sustancialmente. Frente al concepto de subordinación o dependencia está el contrario u opuesto de autonomía o libertad o independencia.

La doctrina tiene establecido que es de la esencia del contrato de trabajo la subordinación. Donde ésta exista, hay contrato de esa naturaleza. Donde no exista, hay un contrato de derecho común. Por consiguiente, donde haya autonomía o libertad para prestar el servicio, hay trabajo independiente.

Esclarecido lo anterior, corresponde analizar las pruebas que menciona el cargo.

La primera que cita el recurrente como base del error de hecho del Tribunal y que en su sentir demuestra la libertad del demandante para prestar el servicio convenido, es la respuesta a la pregunta cuarta de la diligencia de absolución de posiciones rendidas por el mismo actor, que con la interrogación respectiva dice así:

"Cuarta: ¿Es verdad si o no que el absolvente gozaba de plena libertad para conseguir los avisos que él quisiera, sin sujeción alguna por parte de la Voz de la Víctor? Contestó: Es verdad que gozaba de absoluta libertad y amplias facultades para conseguir los avisos y contratar, de acuerdo con mi antigüedad en la Empresa, la absoluta confianza de que yo disponía con el señor Gerente y de la eficacia que yo tengo demostrada. Leída la aprobó, agregando que en casos no comunes, yo consultaba con el Gerente sobre tarifas, tiempo, etc. y así contrataba con la previa autorización de él".

De esta confesión del propio actor resulta que los servicios a la Empresa demandada, como "agente de propaganda" los prestaba con "absoluta libertad" y "amplias facultades", según sus propias palabras, por lo cual podía "conseguir avisos y contratar" con pleno albedrío. Sólo exceptúa los "casos no comunes", en los que consultaba sobre tarifas y tiempo disponible antes de contratar.

El mismo demandante se denomina "agente de propaganda" en la respuesta al hecho segundo de esas posiciones y también su apoderado le da igual denominación en el hecho primero de la demanda.

Por consiguiente, la regla general era la libertad absoluta para conseguir avisos y contratarlos y la excepción, de casos no comunes, era consultar sobre tarifas y tiempo antes de celebrar el contrato de publicidad respectivo.

El Tribunal de Bogotá no consideró este aspecto fundamental de la naturaleza de los servicios del actor, ni analizó esta prueba, sino que basó su fallo principalmente en las declaraciones de los testigos Jesús María García, Cristóbal Páez y Rafael Moreno, para acoger la tesis contraria, según la cual, de acuerdo con esas declaraciones, "los empleados encargados de conseguir los avisos, no gozan de esa independencia que quiere atribuírles el demandado, puesto que tiene que someterse a precios señalados por la Administración o la Gerencia y dar cuenta de su trabajo al mismo Gerente. Esto es, al menos, dicen los deponentes, ocurre en sus radiodifusoras, y constituye para el Tribunal una seria presunción de verdad...". De allí concluyó también que existía contrato de trabajo con el demandante.

A simple vista se observa que existiendo la confesión del actor acerca de la independencia o libertad absoluta para conseguir avisos y contratar su publicidad no había necesidad de buscar la prueba de la característica contraria de dependencia o subordinación, en las declaraciones de otros propietarios de radiodifusoras acerca de la costumbre en sus distintos establecimientos en relación con las personas encargadas de conseguirles avisos, o la forma como, según ellos, los prestaba el demandante.

Es obvio que es la misma persona la que en este caso puede dar una versión más exacta de sus funciones, de modo que si existe confesión de ella, por haber afirmado la parte contraria al interrogarla en posiciones que se prestaban los servicios de una manera determinada, y esa parte acepta tal afirmación, es decir, confiesa, esta prueba tiene valor desde un punto de vista humano, según la más elemental lógica y de acuerdo con una sana crítica, que la que suministren simples declarantes.

Existe, pues, el error de hecho anotado por el recurrente, puesto que el sentenciador consideró que el servicio era dependiente y no libre o autónomo, como lo confiesa el propio actor, por lo cual aparece acreditado el cargo en cuanto a la prueba en estudio. Y ese error es manifiesto o evidente en los autos, según la demostración que se deja expuesta, pues basta la simple lectura de la respuesta transcrita para que él surja con toda claridad.

En numerosas providencias ha dicho la Corporación que el fallador de instancia goza de libertad para apreciar las pruebas en los juicios del trabajo, y que esa estimación es intocable en casación, salvo que con ella se incurra en un manifiesto error de hecho que conduzca a la violación de una norma sustantiva, de acuerdo con el art. 520, ordinal 1º del C. Judicial.

Pero como pudiera pensarse que este estudio es incompleto o superficial, el Tribunal Supremo, por amplitud y a sabiendas de que no es estrictamente necesario, y de modo principal para que no vaya a pensarse que quiso eludir la consideración detenida del problema, examinará otras de las pruebas citadas por el recurrente en apoyo de su cargo.

Entre las mencionadas en este motivo primero de acusación, que en concepto del recurrente acreditan que el actor era un trabajador independiente, están las que consisten en unas hojas impresas que figuran en los autos, según las cuales el demandante anuncia diversas actividades a que también se dedicaba, y las respuestas dadas por él a las preguntas once y trece de las posiciones que absolvió en el juicio, en las que confiesa que también desempeñaba esas otras labores. Se estudiarán esas pruebas.

Las hojas impresas, visibles a folios 20, 21 y 41 del cuaderno 1º que han figurado en el juicio por haber sido presentadas en oportunidad legal, las dos primeras con la demanda y la última en la audiencia de cuatro de diciembre de 1945 (fs. 27 ss.), por la parte demandada, dicen así: aquélla: "S. Gutiérrez Prado Agente de Publicidad" y la última: "S. Gutiérrez Prado, Representaciones y Propaganda", pero las tres agregan lo siguiente en su margen izquierda: "Especialidades: Anuncios en radiodifusoras, discos, periódicos, revistas, tranvías, buses urbanos, cines, carteleras, vallas, muros, cartones, cuero, almanaques, calendarios, dibujos, clisés, etiquetas, cromos, lito, avisos luminosos "Neón"; en el centro, debajo del nombre lo siguiente: "Apartados: Nacional 918, Aéreo 3958 Bogotá, Colombia, S. A.". Y al lado derecho, en la parte superior: Telégrafo "Segutiérrez".

Esta última hoja, la presentada en la audiencia, lo fue con fines de prueba manifiestos en cuanto a las anteriores leyendas, pues dice el apoderado de la Empresa al solicitar que se decretase como tal: "Como pruebas solicitó las siguientes: Primera. Presentó el documento en que se demuestra que mientras el señor Gutiérrez Prado conseguía avisos en forma accidental y transitoria para la Voz de la Víctor y Radio Mundial, tenía establecida oficina de Representaciones y Propaganda y del cual documento se desprende que el señor Gutiérrez Prado no sólo se dedicaba a conseguir avisos para las emisoras mencionadas, sino que se ocupaba de funciones diversas y con distintos patronos". Y el Juez, según consta en el acta de esa audiencia, decretó la práctica de las pedidas por las partes y mandó tener como pruebas los documentos presentados entre los cuales estaba el mencionado, para decidir de su mérito probatorio en la sentencia.

Y en la respuesta a la pregunta décima-tercia de las posiciones que absolvió en el juicio, el actor confiesa que al mismo tiempo en que conseguía avisos para la Voz de la Víctor, se ocupaba en labores distintas de la propaganda, tales como la confección de libretines con impresión en oro, de cartones, carteleras, dibujos, clisés, etiquetas, etc., aunque agrega que siempre cumplió con sus deberes de conseguir propaganda radial para dicha radiodifusora. Y en la respuesta a la pregunta 11ª expresa que para un negocio de la Tropical Oil Co. se vio obligado a solicitar de un amigo que le diera espacio en su oficina, pues el demandado le prohibió atender asuntos extraños en la suya. Además confiesa allí que tenía apartados de correos "hace más de diez años, por conveniencia propia, por prestigio comercial".

En resumen: entre las partes existió un convenio verbal mediante el cual el recurrente se comprometió a conseguir avisos para la estación radiodifusora del opositor. En un principio se estipuló como remuneración un sueldo mensual y una comisión, pero después se convino sólo un porcentaje de las sumas de dinero obtenidas en avisos. La remuneración por porcentaje se le pagaba por todo el tiempo que duraba la publicación del aviso, de modo que si éste se pagaba por mensualidades, también mensualmente se le liquidaba el porcentaje correspondiente. Si no llevaba anuncios, no tenía sanción ninguna sino que no aumentaba su remuneración, pues sus comisiones eran proporcionales a los conseguidos. Por ejemplo, durante el año de 1945 sólo consiguió cinco, cuatro en enero y uno en junio (fs. 42 a 48, Cuad. 1º). De allí el error del sentenciador al conceder cesantía y vacaciones por este año como si hubiera trabajado durante él, cuando lo que ocurrió fue que en los doce meses de ese año se le

pagaron los porcentajes de los correspondientes avisos. Dada la forma de la remuneración, la continuidad de ésta no presume la continuidad del servicio. Tampoco estuvo obligado a llevar determinado número de anuncios mensual, semanal o anualmente. Al mismo tiempo que conseguía avisos para la radiodifusora del opositor, se ocupaba en labores distintas de propaganda, como agente de publicidad independiente. El dueño de la radiodifusora podía darle instrucciones acerca de las tarifas y el tiempo disponible para los avisos, porque la índole del servicio lo requería, pues no es aceptable que la libertad de contratar del demandante fuese hasta señalar él mismo esa tarifa y ese tiempo que sólo corresponde fijar a la Empresa dentro de su natural organización. Estas funciones obvias de la Empresa no son, por consiguiente, la subordinación del contrato de trabajo, sino el modo ordinario de cumplir su función todo trabajador independiente de la misma clase que el actor. Por último, gozaba de absoluta libertad y amplias facultades para conseguir avisos y contratar su publicidad. Estas fueron las actividades convenidas entre las partes y cumplidas por ellas.

Desde luego, no basta gozar prácticamente de autonomía o libertad en la ejecución de una labor determinada. Es necesario que la autonomía sea completa y real, pues si existe siquiera como posibilidad la atribución para el patrón de dar órdenes, y para el trabajador la obligación correlativa de acatarlas, hay la subordinación jurídica que es nota distintiva del contrato de trabajo. Pero nada de esto ocurrió aquí porque la autonomía y la libertad fueron plenas para el señor Gutiérrez Prado, que tuvo por tanto la calidad de trabajador independiente.

De las pruebas que se han analizado, citadas por el recurrente y no consideradas por el Tribunal de instancia, se deduce la libertad o autonomía de que gozaba el señor Gutiérrez Prado frente a "La Voz de la Víctor", como él mismo lo confiesa y que, además, tenía como oficio el de "Agente de Publicidad", según se lee en el hecho primero de su demanda y en el papel timbrado que utilizaba, y se dedicaba también a "Representaciones y Propaganda", como consta de otras hojas de esa misma clase, que figuraron en el juicio sin ser rebatidas o redargüidas de falsas por el actor, fuera de que confiesa tales actividades en las posiciones indicadas. Todas esas pruebas demuestran que era un trabajador independiente, no sólo frente a la Empresa demandada, sino en relación con las demás labores que ejecutaba y de que se ha hablado.

La Corporación deplora no poder determinar si esas actividades

y el hecho de anunciarse en la forma como lo hacía en el papel timbrado y el conservar por diez años apartado de correos no sólo por conveniencia propia sino "por prestigio comercial" según sus propias palabras, y otras que surgen del expediente, constituyen o no actos de comercio, o actividades mercantiles, que incluyan al demandante como comerciante dentro de una de las diversas formas que contempla el estatuto legal sobre la materia, por ejemplo, el mandato comercial y dentro de él, la comisión de esa clase, o sea mercantil. Pero el recurrente no planteó en ninguno de los cargos de su demanda de casación, ni a través de las numerosas páginas de ese escrito, una acusación por haberse infringido ninguna norma mercantil, ni situó la actividad del señor Gutiérrez Prado dentro de estos límites, ni siquiera hizo una sola sugerencia en ese o parecido sentido. Tampoco lo hizo la sentencia de instancia, quizás porque sólo se basó en la consideración de que existía entre los litigantes un contrato de trabajo. Y sabido es que en el recurso de casación, y de modo principal cuando se trata de la causal primera que aquí se ha invocado, la labor del Tribunal Supremo se limita a confrontar el fallo acusado con la norma que se señala como infringida, a través del cargo respectivo naturalmente, pero sin que puedan ser admisibles acusaciones por hechos o razones no discutidos en las instancias, ni le es dable tampoco entrar de oficio en otras consideraciones distintas del asunto que en casación se ha propuesto.

El recurrente planteó en este primer cargo una acusación contra el fallo de segundo grado por violación, por aplicación indebida, de los arts. 1º de la Ley 6ª de 1945, primero del decreto 652 de 1935 y primero y segundo del Decreto 2127 de 1945, en virtud de un error de hecho cometido en esa providencia, que consistió en haber dado por existente un contrato de trabajo entre las partes cuando, en su concepto, el demandante sólo fue un trabajador libre e independiente.

Y este ataque así planteado lo encuentra acreditado esta entidad, según se dejó visto ya, y en cuanto a las disposiciones citadas de la Ley 6ª de 1945 y su Decreto reglamentario, Nº 2127 del mismo año, que se transcribieron atrás y que definen el contrato de trabajo, porque con base en su cita textual el sentenciador basó su estimación de que se había demostrado la existencia de tal convenio. No cree necesario mencionar este Tribunal Supremo la cita de violación del Decreto 652 de 1935, porque el sentenciador de instancia nada consideró sobre el particular, no obstante que el litigio comprende un lapso que se hallaba regulado por esa disposición; pero el fallo acusado sólo hace mención de aquellas disposiciones y no de ésta. Es decir,

no aparece la indebida aplicación del último de esos arts. pues ni siquiera consta su simple aplicación.

No existiendo contrato de trabajo, no tiene derecho el actor a las prestaciones sociales que reclama de su parte contraria y que le conceden los fallos de instancias.

Por lo expuesto, el Tribunal Supremo del Trabajo administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá con fecha once de octubre último, que fue objeto del presente recurso, revoca la de primera instancia, dictada por el Juzgado Séptimo Civil de este Circuito, y, en su lugar, absuelve a la parte demandada de los cargos de la demanda.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase al Tribunal de origen.

Cástor Jaramillo Arrubla, Diógenes Sepúlveda Mejía. — Luis Alberto Bravo. — Guillermo Martínez R., Secretario.

I. TECNICA DE LA CASACION. — II. NOCION DE CULPA

I. — En reiteradas providencias, este Tribunal ha dicho que la demanda de casación debe ceñirse a lo preceptuado en el art. 531 del Código Judicial; debe indicar las disposiciones que el recurrente estime quebrantadas por la sentencia, que ha sido objeto del recurso, e indicar, además, el concepto de la violación legal, con expresión de la causal o causales que se aduzcan para pedir la infirmación del fallo. Esto, porque lo que en casación se plantea, es un debate entre la sentencia y la ley, y por lo mismo, para que el juzgador pueda decidirlo, es menester puntualizar las disposiciones que se reputen violadas, pues a aquél no le es dable entrar a estudiar todo el proceso, ya que no se trata de una nueva instancia, sino de un recurso extraordinario.

II. — La culpa, en términos generales, es un factor negativo que envuelve más que otra cosa una idea de negligencia, de omisión. Sus elementos esenciales son la posibilidad y la imprevisión, como extremos; es decir, que ella no fluye sino en cuanto al daño que produzca pudo ser previsto y no lo fue. Por excepción la culpa nace de la acción en sí misma.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Sepúlveda Mejía)

Bogotá, julio veintinueve de mil novecientos cuarenta y siete.

Jaime Correa López demandó ante el Juzgado primero Civil del Circuito de Cali a la Sociedad denominada **Empresa Editora de Relator, S. A.,** a efecto de obtener que fuese condenada a pagarle el auxilio de cesantía correspondiente a doce años de servicio como empleado que fue de la dicha Empresa en el periódico **Relator.**

Según se refiere en las diligencias que forman el juicio, Correa López dirigió al doctor Eduardo Santos, con motivo de las elecciones presidenciales de mayo de 1942, un telegrama de felicitación por sus actuaciones referentes a la conservación del orden público y a

la garantía de los derechos ciudadanos, por lo cual el Gerente de la Sociedad, señor Ernesto Zawadsky, tomó disgusto, por no habérsele consultado previamente por Correa tal despacho telegráfico.

Correa López dirigía una sección del periódico bajo el mote de **Reportaje Relámpago,** en la cual hacía sus comentarios. Y aconteció que en esa sección apareció una publicación que expresaba conceptos contrarios a los que antes había expuesto Correa López en el telegrama de que se ha hablado, que, al decir de la demanda, contenía injurias contra el doctor Santos, y que hacían aparecer al encargado de esa sección, como persona desleal. Como tal comentario no fue escrito, según lo afirma Correa López, por él, sino por diversa persona, consideró que era el caso de retirarse de la Empresa, por el agravio que recibió, situándose, en su sentir, en el caso del empleado despedido.

Con este motivo produjo la demanda de que se ha hablado, la cual fue desatada en providencia de fecha diez y nueve de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco, y por medio de ella se condenó a la Empresa demandada a pagar a Correa la suma de dos mil setenta y seis pesos con noventa y un centavos ($ 2.076.91) como valor del auxilio de cesantía correspondiente a doce años de labor al servicio del periódico.

Llevada la aludida providencia en apelación ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, esta entidad decidió el negocio en sentencia de fecha veinticuatro de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, y confirmó en todas sus partes la sentencia apelada. El Magistrado doctor Tafur salvó su voto.

El recurso

Contra esta sentencia se interpuso el recurso de casación para ante este Tribunal, y como se ha agotado ya la tramitación respectiva es llegado el momento de decidirlo.

Pero antes de entrar al estudio de la demanda formulada por el recurrente, es de mucha pertinencia consignar aquí la extrañeza que le causa al Tribunal Supremo el hecho de que la sentencia del Tribunal Seccional de Cali se profiriera sin que antes se hubiera agotado la tramitación que la Ley ordena para el caso. No hay constancia, en efecto, de que se le imprimiera el trámite que señala el art. 502 del C. J., que ordena la fijación en lista del negocio, por el término de cuatro días, a fin de que las partes pudieran presentar sus alegaciones escritas. Lo que aparece de las diligencias es que una vez repartido el asunto se dictó la sentencia, cosa absolutamente irregular

puesto que no puede desestimarse de esta manera el procedimiento que la ley señala para la tramitación del recurso de apelación.

El cargo

La demanda de casación presentada por el apoderado de la parte demandante no está bien ajustada a la técnica de casación, es deficiente, puesto que no se conforma con las reglas que establece el art. 531 del Código Judicial, que exige que se señalen las disposiciones que se reputen quebrantadas por la sentencia objeto del recurso, además del concepto de la violación legal, con expresión de la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo.

Toda alegación del recurrente se encamina a demostrar que Correa López no estaba en condiciones de subordinación con respecto a su empleador, si era que tenía autonomía para manejar su sección denominada **Reportaje Relámpago,** para concluir en forma tangencial que su retiro fue voluntario. Son estas sus palabras: "o gozaba de autonomía sin que hubiera dependencia continuada o subordinación personal y entonces no existía contrato de trabajo, o era un verdadero empleado y su retiro fue voluntario e intempestivo. En ninguno de los casos tienen aplicación las disposiciones de la Ley 10 de 1934, art. 14 y Decreto 652 en su art. 9º. Hubo pues una indebida aplicación de la Ley".

Pero como la sentencia de segunda instancia también se limita a hacer exposición acerca del elemento subordinación, para encontrar el vínculo que ligaba al demandante con su empleador, y apenas en forma incidental hace referencia a las disposiciones del Decreto 652, sin individualizar las que sirven de apoyo para mantener el fallo, es el caso de considerar que el cargo que se formula contra éste es, en definitiva, el de indebida aplicación del art. 14 de la Ley 10 de 1934 y del art. 9º del Decreto reglamentario 652 de 1935, y por ello el examen del cargo se hará únicamente al través de estas disposiciones. Pero, se repite, la demanda no enfoca precisamente el aspecto referente a la causal del retiro del empleado, sino que se dirige sobre el de la subordinación, por lo cual tiene más apariencia de alegato de instancia que de demanda de casación.

Examen del cargo

La sentencia del Tribunal Seccional de Cali no cita ninguna disposición legal para apoyar su decisión. Las consideraciones que hace, como ya se dijo, se refieren más que las circunstancias de des-

pido del empleado, a la propia condición de éste, desde el punto de vista del vínculo de dependencia o subordinación que le ligaba al patrono, que lo era la Empresa demandada. Pero, en el fondo, acoge los conceptos de la sentencia de primer grado, y admite los fundamentos de derecho en que aquélla se inspiró para pronunciar su fallo condenatorio.

Como en casación la labor del juzgador consiste en hacer una confrontación de la sentencia con las disposiciones que se dicen violadas y no le es dable revisar el proceso, pues no se trata de una instancia, como equivocadamente suele considerársele, será forzoso examinar la providencia acusada al través de las disposiciones que el recurrente cree infringidas. No se examinará, pues, como ya se dijo, si dentro del concepto del artículo 12 de la Ley 10 de 1934, aplicable al caso, el demandante era o no empleado particular del demandado. Se parte de la base de que lo era.

Dice el artículo 14 de la Ley 10 de 1934:

"Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:

"c) En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones del año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicios, y si hubiere trabajado por un tiempo menor se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo".

Considera el recurrente que esta disposición fue indebidamente aplicada porque el retiro del señor Correa López no puede considerarse como involuntario.

El Juez de primera instancia se apoyó como ya se dijo, para sostener que sí hubo despido injusto en el ordinal tercero del artículo 9º del Decreto 652 de 1935, reglamentario de la Ley 10 de 1934, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 9º — Son justas causas para dar por terminado el contrato sin previo aviso:

. . . . . .

"3º Toda culpa grave que, con ocasión del trabajo, comprometa la seguridad de las personas o de las cosas".

La sentencia de primer grado al referirse a esta clase de culpa busca su definición legal en la ley civil, considerando que, "es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que

aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo".

El hecho que se imputa a la parte demandada, de haber ocupado la sección que solía llenar con sus comentarios el demandante para hacer una publicación que no estaba de acuerdo con el pensamiento de Correa López, puede catalogarse, lógicamente, como culpa grave que comprometiera la seguridad de la persona de éste o de sus bienes?

La culpa, en términos generales, es un factor negativo que envuelve más que otra cosa una idea de negligencia, de omisión. Sus elementos esenciales son la posibilidad y la imprevisión, como extremos; es decir, que ella no fluye sino en cuanto al daño que produzca pudo ser previsto y no lo fue. Por excepción la culpa nace de la acción en sí misma.

Según Carrara, la culpa "es la voluntaria omisión de diligencia, por el autor de un hecho, en calcular las consecuencias posibles, que él podía prever".

Esta definición encaminada a fijar el ámbito de la culpa penal es tan amplia que comprende asimismo la meramente civil. Los hermanos Mazeaud la definen diciendo que: "Culpa es un error de conducta en que no habría incurrido una persona prudente y diligente colocada en las mismas circunstancias externas en que obró el autor del daño".

El artículo 63 de nuestro Código Civil, siguiendo estas ideas la define así: "La ley distingue tres clases de culpa y descuido:

"Culpa grave o lata es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios particulares. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo".

. . . . . .

"El dolo consiste en al intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro. . .".

Como se ve, de la propia definición transcrita aparece muy claramente que la culpa grave es una resultante de la omisión o negligencia con que se manejan los negocios ajenos, de falta de prudencia en quienes tienen a su cuidado la gestión de intereses de terceros. Que para el caso en estudio nada tiene qué ver, como es obvio.

Bien claro se ve que la disposición que se buscó por el Juez de primera instancia para colocar dentro de ella el caso que el pleito contempla no es la aplicable. Porque no es exacto que, dando por establecido que se hizo la referida publicación bajo el mote de la sección que ordinariamente llenaba con sus escritos el demandante, no

se alcanza a comprender cómo con ese acto se comprometiese la seguridad de la persona de Correa López. La culpa grave, esto es, la falta de diligencia, o de prudencia, como la califica el fallador de primer grado no emerge muy claramente de la acción llevada a cabo por los Directores de Relator, dueños y responsables del periódico, y, por ende, con autonomía para ordenar, revisar y atender todo lo atinente a las publicaciones que en él se hicieran.

No quiere decir lo anterior que este Tribunal justifique la conducta observada con respecto a Correa López en el incidente que dio ocasión a su retiro; pero a esta entidad no le corresponde entrar a calificar el aspecto moral del asunto que motivó este litigio, la mayor o menor lealtad con que se movieran las partes en sus relaciones de trabajo, ni tampoco los efectos que pudieran desprenderse de la conducta observada por los directores o dueños de "Relator" con el empleado demàndante. Aquí sólo cabe observar que la disposición escogida para sustentar el retiro del empleado no es, en sentir de esta Corporación, suficiente para mantener el fallo recurrido.

Pero ni siquiera considerando que hubo dolo en la actividad que se anota como culpa grave, porque es regla general la de que éste no se presume, y, por consiguiente, habría que establecerlo en forma fehaciente". "El dolo, según Colin y Capitant, significa toda especie de artificio de que uno se sirve para engañar a otro. Por consiguiente, el dolo supone maniobras fraudulentas, manipulaciones, afirmaciones falsas empleadas para provocar el error en una persona y determinarla en ejecutar un acto".

No obstante lo expuesto, debe destacarse aquí el hecho de que el demandado sí encontró censurable que Correa López no hubiera consultado el telegrama que dio origen a la desavenencia surgida entre las partes, según la propia confesión del demandado, y tal hecho sí es, a todas luces, indicativo de que las obligaciones del patrono con respecto al empleado no se ajustaban precisamente a las normas que se señalan en la cláusula novena del modelo oficial de contrato, dentro del cual se desenvolvía el que existió entre Correa López y el demandado, y revela una situación vejatoria para el periodista. Porque la letra "J" de esa cláusula expresa que el patrono tiene la obligación de tratar al empleado como un colaborador en el desarrollo de la empresa y **respetar su independencia en las actividades particulares.** (Se subraya). Y si está demostrado que esa independencia no fue respetada, se incurrió en la justa causa que determina el ordinal a) del artículo 14 del mismo Decreto 652 de 1935; pero la terminación del contrato en tal caso requería el previo aviso de que allí se habla.

Estas consideraciones son suficientes para que sea casada la sentencia recurrida, por no haberse aplicado debidamente las disposiciones en que se basó tal providencia.

En mérito de lo anterior, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, revoca la del Juez de primera instancia, y, en su lugar, absuelve al demandado de los cargos de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase al Tribunal de origen.

Diógenes Sepúlveda Mejía. — Cástor Jaramillo Arrubla. — Luis Alberto Bravo. — Guillermo Martínez R., Secretario.

QUE CLASE DE SENTENCIAS SON SUSCEPTIBLES DEL RECURSO DE CASACION

El Tribunal Supremo del Trabajo ha dicho en repetidos fallos que el recurso de casación que por la regla 6ª del artículo 3º de la Ley 75 de 1945 se estableció en los juicios del trabajo, procede sólo contra las sentencias proferidas por los Tribunales Seccionales y en los casos que ella misma contempla, no existiendo, por lo tanto, ese recurso extraordinario contra los fallos de los Jueces, dictados en la primera instancia de esos juicios.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Jaramillo Arrubla)

Bogotá, agosto once de mil novecientos cuarenta y siete.

El señor Alfonso Rivera demandó, por medio de apoderado, al Departamento de Antioquia, ante el Juez del Circuito en lo Civil de Medellín, para que se declarase la obligación de pagarle la cantidad de mil ciento sesenta y un pesos con treinta y un centavos ($ 1.161.31) moneda corriente, por concepto de horas extraordinarias de trabajo.

Como hechos fundamentales de su acción expuso los siguientes: que trabajó al servicio del Departamento demandado, en el ramo de las Rentas Departamentales, desde el 1º de septiembre de 1942, hasta el seis de noviembre de 1944. Que la jornada de trabajo de los guardas de rentas en esa dependencia es de once horas diarias, ocho diurnas y tres nocturnas. Que devengó $ 75.00 mensuales desde que ingresó al servicio expresado hasta el 31 de diciembre de 1943, y $ 85.00 de allí en adelante. Que todo trabajo extraordinario que ejecuten los empleados y obreros del Departamento, con sujeción a las normas del Decreto Nacional Nº 895 de 1934, será remunerado con un recargo del 50% si se presta en las horas nocturnas que van comprendidas entre las 6 p. m. y las 12 p. m., según el art. 9º de la Ordenanza Nº 34 de 1937. Que del 1º de septiembre de 1942 hasta el 31 de diciembre de 1943 trabajó 487 días y en cada uno de ellos tres horas extras, lo que da un total de 1461 horas que con el recargo del

50% al ser nocturnas dan una remuneración de $ 679.36. Que entre el 1º de enero de 1944 y el seis de noviembre del mismo año trabajó 306 días y en cada uno de ellos 3 horas extras, lo que da un total de 918 horas, que con el recargo indicado por ser nocturnas dan una remuneración de $ 481.95. Y; por último, que el Departamento no le ha pagado nada por concepto de ese trabajo extraordinario.

El Juez 3º del Circuito en lo Civil de Medellín, a quien correspondió el conocimiento, falló absolviendo al Departamento de los cargos contenidos en la demanda.

El Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, que conoció de la controversia por apelación interpuesta por el apoderado del actor contra la sentencia de primera instancia, la confirmó por medio de la suya de 2 de octubre del año pasado.

Contra esta última interpuso recurso de casación el representante judicial del demandante, que concedido y admitido es tiempo de ser considerado.

A ello se procede.

El recurrente formula tres cargos que se estudiarán en su mismo orden.

Primer cargo

Dice así: "Las sentencias recurridas violaron, por infracción directa, el art. 9º de la Ordenanza 34 de 1937 y el art. 2º de la Resolución Nº 1 de 1934, aprobada por el Decreto Nº 895 del citado año, al negar las peticiones de la demanda".

A continuación transcribe varios párrafos que según él son de la sentencia del Tribunal de los cuales se desprende la violación que plantea. Esos apartes tomados por el recurrente dicen así:

"Dentro de la fuente del llamado Derecho Social y en relación con la jornada de ocho horas, no se encuentra un argumento decisivo para sostener que quienes desempeñan funciones como las de los guardas de rentas quedan comprendidos estrictamente en esa fijación, hecha para impedir la verdadera esclavización de los trabajadores. La doctrina base de la actual orientación del derecho mentado quiso excluir de la jornada dicha a las personas cuyas actividades escapan naturalmente a la duración de ocho horas de trabajo en cada día".

Otro lo transcribe así:

"Y continúa el Tribunal: "Arguméntase por la parte demandante que la Ordenanza invocada en apoyo de su pedimento no hace distinción y que por eso no cabe hacerla en el caso de autos. De manera

expresa no hace diferenciación el referido estatuto entre los diversos servidores departamentales y al expedirlo no aparece claramente que se haya hecho, según se infiere de los elementos de juicio traídos al litigio. Más, no obstante tal ocurrencia, ello no lleva a la conclusión de que no puede hacerse diferencia entre los empleados de una y otra clase, porque el art. de la Ordenanza dice que todo trabajo extraordinario verificado según las normas del Decreto 895, lo cual deja comprender que sí tiene razón de ser la tesis que aquí se expone. En armonía con ese decreto los recargos que establece la Ordenanza son relativos a horas extraordinarias en labores que las admiten, pues así debe interpretarse ya que de lo contrario se llegaría al extremo de no reconocerle significación..... al mentado decreto no obstante querer el autor de aquélla, al expedirla, darle aplicación, pues si no fuese así sería inoperante en la práctica, cosa inadmisible".

Y aún un tercer párrafo lo cita de la siguiente manera: "Y más adelante continúa la citada sentencia: "En efecto, las funciones de un vigilante común como las que desempeñaba Arroyave, no alcanzan a ser, como lo sostiene el señor Procurador Delegado en lo Civil, funciones de **confianza** que coloquen a quien las realiza dentro de la excepción que sobre este punto consagra el mencionado estatuto. Es tan sencilla la tarea de un vigilante o cuidandero, tan mecánicas sus funciones, que hasta un mastín bien amaestrado podría realizarlas. Nada hay en ellas que pueda considerarse como labor de supervigilancia o dirección, que es precisamente lo que constituye la nota característica de los puntos que no implican el pago de las horas suplementarias".

"Es pues indudable que las personas a quienes se encomienda la tarea de **vigilantes o celadores** en las empresas comprendidas por el Decreto 895 de 1934, pueden acogerse a lo preceptuado por el art. 2º de la referida Resolución para el efecto de que se les reconozca el pago de las horas extraordinarias de trabajo".

"Un guarda de Rentas en realidad es un **ejecutor** de las diversas órdenes que en las distintas ocasiones recibe de sus superiores, los Tenientes de Rentas, el Director de Tenencias, etc.; y por tanto es indudable que dichos guardianes a quienes se les encomienda la tarea de vigilar y celar y ejecutar órdenes superiores no ejercitan de por sí labor de supervigilancia o dirección que es precisamente lo que constituye la nota característica de los puntos que no implican el pago de las horas suplementarias".

"Afirmar lo contrario, como lo hace el Tribunal en el fallo recu-

rrido equivale a hacer esta monstruosa afirmación: **que los guardas de Rentas, es decir la policía de Rentas son los que supervigilan o dirigen las Rentas Departamentales".**

Se considera:

Principia el recurrente acusando "las sentencias recurridas", es decir, la de primera y la de segunda instancia. Y continúa desarrollando su cargo con las transcripciones que según él son de la sentencia del Tribunal, pero que en realidad son todas de la del Juez.

La Ley 75 de 1945 estableció en la regla 6ª de su art. 3º el recurso de casación en los juicios del trabajo pero sólo contra las sentencias proferidas por los Tribunales Seccionales y en los casos que ella misma contempla. No existe, pues, ese recurso extraordinario contra los fallos de los Jueces, proferidos en la primera instancia de esos juicios.

Como este cargo se limita a acusar la sentencia de primer grado, pues a ella pertenecen los párrafos que transcribe, y como también dice expresamente que ataca ese fallo, resulta improcedente e ilegal este primer motivo.

Por otra parte, la sentencia verdaderamente recurrida, o sea la del Tribunal, no se funda en las mismas o semejantes apreciaciones de la del Juez, que transcribe el cargo, sino que estima que no se demostró el hecho particular de que el demandante Alfonso Rivera hubiera trabajado por espacio de once horas cada día. Y esta base fundamental del fallo acusado no se ataca en el cargo en estudio, luego subsiste, y con ella la propia providencia recurrida.

Se desecha, pues, este cargo.

Segundo cargo

Se transcribe completamente esta acusación. Dice así:

"Acuso las sentencias recurridas por no aplicación y por interpretación errónea del art. 9º de la Ordenanza 34 de 1937 y del artículo 2º de la Resolución número 1 de 1934, aprobada por el Decreto número 895 del citado año.

"En efecto, además de las razones expuestas en el capítulo anterior, las funciones de un guarda de rentas, sea como vigilante, o sea como celador o sea como policía, ejecutor de órdenes superiores, no alcanzan a ser como se sostiene en los fallos recurridos, funciones de **confianza,** que coloca a los guardas de rentas dentro de la excepción que sobre este punto consagra el art. 2º de la Resolución número 1º de 1934, aprobada por el Decreto Ejecutivo número 895 ci-

tado, no sobre el mencionado estatuto departamental, la citada Ordenanza 34.

"A folios 20 aparece la confirmación de la tesis que dejé expuesta y que señala textualmente éstos: "En desarrollo de esas funciones fijadas por ordenanzas, los empleados superiores de las rentas (Superintendente, director de tenencias, administradores, etc.) señalan a los tenientes y guardas comisiones tendientes a aquellos fines de represión del contrabando por medio de oficios o verbalmente según el caso".

"Más claro, agua, señores Magistrados: los empleados de confianza son el Superintendente, el director de tenencias, los administradores etc. quienes **señalan** lo que los guardas o policías de rentas deben ejecutar; ellos de por sí no tienen otra función distinta de la de obedecer las órdenes de aquellos empleados superiores, que esos sí supervigilan y dirigen, no los policías, de las rentas".

Como en los fallos recurridos se estimó que los guardas de rentas son supervigilantes o directores y como se apreció también que los vigilantes o celadores no estaban amparados por la Resolución, el Decreto y la Ordenanza citada, se aplicaron indebidamente y se interpretaron erróneamente los artículos 2º de la Resolución número 1 de 1934, y del Decreto Ejecutivo número 895 del mismo año y el artículo 9º de la Ordenanza número 34 de 1937".

Se considera:

Incurre en el mismo error que en el motivo precedente, pues continúa acusando las dos sentencias, cuando la recurrida es una sola, la de segunda instancia.

Y también insiste en otro error, pues sostiene en este segundo cargo que "como en los fallos recurridos se estimó que los guardas de rentas son supervigilantes o directores y como se apreció también que los vigilantes o celadores no estaban amparados por la Resolución, el Decreto y la Ordenanza citada, se aplicaron indebidamente y se interpretaron erróneamente los arts. 2º de la Resolución Nº 1 de 1934 y del Decreto Ejecutivo Nº 895 del mismo año y el art. 9º de la Ordenanza número 34 de 1937".

Y es un error lo afirmado en este párrafo que concreta la acusación, porque la sentencia de segunda instancia, que es la recurrida, no contiene ninguna de las apreciaciones o estimaciones que sirven de base a este cargo. Vuelve a decirse que ese fallo del Tribunal de Medellín no estima, como lo afirma el recurrente, que los guardas de rentas sean supervigilantes o directores, ni contiene las demás imputaciones que se le hacen en este motivo, sino que, simplemen-

te considera que no se probó en el juicio que el actor hubiese trabajado las once horas diarias que afirma. Y este fundamento único y principal de ese fallo no se ataca en este segundo motivo de casación.

En numerosas oportunidades ha dicho la jurisprudencia y así lo ha manifestado también esta Corporación, que el fin prácico de este recurso es el de desquiciar los fundamentos o bases de la sentencia acusada. Si no se atacan éstos, el fallo subsiste, como es lógico.

Se desecha también este segundo motivo.

Tercer cargo

Se plantea así:

"Acuso la sentencia recurrida por apreciación errónea de las pruebas visibles a folios 5 y a folios 7, constantes en la escritura pública número 4341 de 4 de diciembre de 1944, de la Notaría 2ª de Medellín, por lo cual el Tribunal incurrió en error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos y error de derecho, pues, por la errónea apreciación de las citadas pruebas, ni hizo las declaraciones pedidas en la demanda y violó directamente el artículo 2º de la tantas veces citada Resolución número 1º de 1934 y del Decreto número 895 del mismo año, especialmente el parágrafo 3º de dicho artículo 2º, lo mismo que los arts. 11 y 12 de la referida resolución y decreto.

A folios 5 vemos que el Director General de Tenencias informa textualmente: "cuando no se presentan novedades, es por lo regular de 11 horas diarias, para los empleados que estén de servicio en filas".

A folio 7 vto. se informa por la Superintendencia de Rentas textualmente lo siguiente: "la jornada diaria de los tenientes y guardas de rentas que prestan los servicios en Medellín, ha sido desde el año de 1938 casi de once horas, o sean las ocho ordinarias y tres extraordinarias durante la noche".

"El Tribunal en la sentencia recurrida aprecia las pruebas dichas en estos términos: "Si se le diese al informe protocolizado todo el valor que él pueda tener por sí solo, demostraría quizá el hecho general de que los guardas de rentas trabajaban ordinariamente casi once horas por día, pero no se lograría demostrar el hecho particular de que Alfonso Rivera trabajó por espacio de once horas cada día, y a lo sumo se tendría un indicio de este último hecho. Pero sería tan leve el indicio, que podría conducir al absurdo de que todos y cada uno de los guardas trabajó once horas por día, y de ahí que las investigaciones y las actividades represivas del fraude tuvie-

ran duraciones iguales, o que fueran igualmente rápidos y activos los guardas en el ejercicio de funciones que implican iniciativa, lo cual llevaría también al absurdo de la igualdad de las capacidades investigadoras".

Y más adelante continúa:

"En síntesis, según los informes que aparecen a folios 5 y 7 del expediente y que he transcrito, la jornada diaria, ordinaria, común, si se quiere reglamentaria, que se le exige a los guardas es de once horas y en el caso de que reciban instrucciones especiales en casos particulares que se presenten o aislados por razón de un delito, tienen que trabajar mayor número de horas a las expresadas. Una cosa es la jornada diaria que se le exige y otra es la jornada especial o particular que se les demanda en los casos en que por razón de un fraude a las Rentas tengan necesidad de actuar mayor número de horas extraordinarias".

"El demandante Rivera no exige el pago de las horas extras que tuvo necesidad de trabajar en los casos particulares que se presentaron cuando él era guarda de rentas; su exigencia, su demanda se reduce a que se le paguen durante el período que ejerció el empleo las tres horas más que trabajó y que en los informes transcritos aparece que se exigían como jornada ordinaria común y corriente a los guardas de Rentas.

"Interpretar de otra manera las pruebas aducidas equivale a confundir la jornada diaria que prestan los guardas de Rentas de Antioquia con la especial, extraordinaria y que en casos particulares se les exige por la razón de la comisión de un delito.

"Queda pues demostrado señores Magistrados la apreciación errónea que se hizo de los informes visibles a folios 5 y 7 referentes a una jornada de once horas diarias que se exigían contra expresa prohibición de lo dispuesto en los arts. 2º, 11 y 12 de la citada Resolución número 1º de 1934 y del decreto que la aprobó".

Se considera:

Las pruebas que el recurrente estima mal apreciadas por el sentenciador de segunda instancia son las siguientes:

1º Un informe que a la letra dice:

"El suscrito Director General de Tenencias, en contestación a un memorial suscrito por el doctor Obdulio Gómez de diez del pasado mes".

Informa:

Al punto a) En los archivos sólo hay constancia del año de 1938 en adelante, de las labores del resguardo, sin poder precisar a cien-

cia cierta la jornada diaria, pues ésta se hace de acuerdo con las necesidades del servicio. Cuando no se presentan novedades, es por lo regular de once horas diarias, para los empleados que estén de servicio en filas.

Al punto b) En la actualidad vienen prestando sus servicios en las fábricas de vino, los siguientes señores: Antonio Restrepo, Julio Mesa, Aristides Zapata, Pedro L. Londoño, Rodrigo Acosta, Enrique Pérez, Pompilio Botero y Ernesto Villegas.

Al punto c) Las funciones de tenientes instructores de esta ciudad, las ejercen los señores Alfonso García y Carlos Calle F.

Medellín, diciembre 1º de 1944. — (Firmado), Hernando Botero V. Director General de Tenencias".

Otro informe del mismo funcionario, protocolizado en la Notaría Segunda del Circuito de Medellín por medio de la escritura pública Nº 4341 de 4 de diciembre de 1944 que textualmente expresa: "El suscrito Director General de Tenencias, atendiendo al auto anterior, **Informa**: la jornada diaria de los Tenientes y guardas de Rentas que prestan los servicios en Medellín, ha sido desde el año de 1939 casi de once horas, o sean las ocho ordinarias y tres extraordinarias durante la noche. De lo anterior se exceptúan los guardas y tenientes que prestan sus servicios de vigilancia en las fábricas de vinos cuya jornada depende de la necesidad del servicio en cada fábrica. En cuanto a los tenientes instructores, citadores de la tenencia y guardas que prestan servicio de oficina, la jornada es sólo de ocho horas. Este informe se rinde después de oír el del señor Jefe del Resguardo de esta ciudad y de consultar los registros diarios que al respecto se han encontrado en los archivos, entre los cuales no está el correspendiente al del año de 1937. Medellín, noviembre 9 de 1944. — Hernando Botero V. — (Hay un sello que dice: "Rentas de Antioquia. Director General de Tenencias)".

Acerca de estas pruebas y de otras no mencionadas por el recurrente, dijo el Tribunal de Medellín en su sentencia:

"Como a fs. 28 aparece un informe detallado de las funciones desempeñadas por los guardas de las Rentas, y de él se concluye que la naturaleza de tales funciones impide la determinación exacta del tiempo trabajado en general por dichos guardas, es preciso que en cada caso se determine el tiempo extraordinario trabajado por cada guarda, por lo cual la información de que trata la escritura Nº 4341 no puede tener el efecto de patrón o norma general aplicable estrictamente a cada caso como lo quiere el señor apoderado del demandante. Cuando en tal informe se dice que la jornada diaria de los guar-

das de Rentas ha sido "casi de once horas", no puede tomarse esa información con plena fuerza para cada caso particular, pues las labores propias de dichos guardas están indicando que necesariamente ha de ser distinta en su duración la jornada que cada día verifique, porque la inspección que en un caso dado puede prorrogarse más o menos y el ejercicio de actividades para evitar los fraudes puede llevarse a cabo en mayor o menor tiempo".

"Además de lo anterior, cabe observar que esa información general aun en el caso de que las funciones propias de los guardas permitiesen la sujeción exacta a un horario determinado, no podría tenerse como prueba de que Alfonso Rivera hubiese trabajado cada día las horas extras que en el informe se indican. La prueba se dirige siempre a demostrar que existe un hecho del cual se genera el derecho que se reclama. Si se le diese al informe protocolizado todo el valor que él pueda tener por sí solo, demostraría quizá el hecho general de que los guardas de rentas trabajaban ordinariamente casi once horas por día, pero no se lograría demostrar el hecho particular de que Alfonso Rivera trabajó por espacio de once horas cada día, y a lo sumo se tendría un indicio de este último hecho. Pero sería tan leve el indicio, que podría conducir al absurdo de que todos y cada uno de los guardas trabajó once horas por día, y de ahí que las investigaciones y las actividades represivas del fraude tuvieran duraciones iguales, o que fueran igualmente rápidos y activos los guardas en el ejercicio de funciones que implican iniciativa, lo cual llevaría también al absurdo de la igualdad en las capacidades investigadoras".

"El mencionado informe indicaría pues, en el mejor de los casos, que Alfonso Rivera estuvo durante su servicio a las Rentas, en capacidad de trabajar hasta once horas, pero de ninguna manera se sacaría del informe que efectivamente las trabajó. Por el contrario, el indicio formado por el informe, queda destruído por la naturaleza de las funciones, que como ya vimos, está sujeta en forma tal a la contingencia del trabajo mismo, que es imposible señalar una jornada exacta en su duración.

"Como las horas extras que en el juicio se reclaman no tienen fundamento en el trabajo general que desempeñan los guardas, sino en el particular que hubiere trabajado el demandante, se ha de concluir que en el presente juicio no se demostró precisamente el hecho generador de la obligación que de la entidad departamental se reclama".

Para el Tribunal Supremo no es la anterior una apreciación errada de las pruebas que menciona el recurrente, sino la más exacta y

lógica que puede hacerse de ellas porque, como lo dice el Tribunal de Medellín, esos documentos quizás demostrarían el hecho general de que los guardas de las rentas trabajan ordinariamente casi once horas por día, pero en ningún momento se probó en el juicio el hecho particular de que el demandante Rivera trabajó exactamente las tres horas extras diarias cuyo pago reclama.

Y no es valedera la afirmación del recurrente en el sentido de que la jornada ordinaria de esos guardas era de once horas y que su representado no reclama aquí el pago de ningún servicio extraordinario prestado después de ese tiempo ordinario de trabajo, sino el de las tres horas de más que trabajó y que según los informes aducidos por él se exigían como jornada común y corriente a esos trabajadores, porque el segundo informe citado afirma lo contrario y porque, si fuese cierta esa aseveración del recurrente, en el sueldo mensual pagado a esos guardas podría entenderse remunerada toda la jornada ordinaria, que según alega aquí el mismo recurrente era de once horas diarias.

En efecto, los dos informes del Director de Tenencias de Antioquia dicen que no se puede precisar "a ciencia cierta la jornada diaria, pues ésta se hace de acuerdo con las necesidades del servicio" y que "cuando no se presentan novedades, es por lo regular de once horas diarias, para los empleados que estén de servicio en filas", según el primero de esos documentos, y que "la jornada diaria de los tenientes y guardas de rentas que prestan los servicios en Medellín, ha sido desde el año de 1938 casi de once horas, o sean las ocho ordinarias y tres extraordinarias durante la noche", según el segundo de ellos. Por lo tanto no es exacta la afirmación del recurrente en el sentido de que no reclama su representado tres horas extras, sino tres de la jornada ordinaria, pues de acuerdo con esas mismas pruebas que invoca el recurrente y principalmente del segundo informe aparece que los tenientes y guardas de rentas prestaban servicio "casi once horas, o sean las ocho ordinarias y tres extraordinarias durante la noche". Luego, según esto, la jornada ordinaria, de esos trabajadores sería de ocho horas, "y casi siempre" se prestaba un servicio extraordinario de tres horas más.

Por lo demás, el recurrente dice: "El demandante Rivera no exige el pago de las horas extras que tuvo necesidad de trabajar en los casos particulares que se presentaron cuando él era guarda de rentas; su exigencia, su demanda se reduce a que se le paguen durante el período que ejerció el empleo las tres horas más que trabajó y que en los informes transcritos aparece que se exigían como jornada ordinaria común y corriente a los guardas de rentas".

Es decir, distingue el recurrente entre jornada ordinaria de once horas, que prestaban según él los guardas de rentas, y el trabajo extraordinario en casos especiales que podía exigirse pasadas esas once horas de trabajo. Y agrega que no es el pago de este trabajo extraordinario sino el de las tres horas que excedieron de ocho en la jornada de once horas el que reclama su representado. Pero olvida el recurrente que la demanda parece expresar otra cosa, pues en el hecho 2º dice que "la jornada de trabajo de los guardas de rentas en esa dependencia (las Rentas Departamentales de Antioquia) es de once horas diarias" y en los hechos 6º y 7º dice que trabajó "tres horas extras" en cada uno de los días que menciona. Luego si la jornada ordinaria era de once horas, las tres horas extras que cobra deberían entenderse posteriores a esas once. Quizás fue un error del demandante llamar a esas tres horas "extras" si las que reclama están comprendidas dentro de las once que, según él, constituían la jornada ordinaria; en ese caso no eran prestadas como trabajo extraordinario sino todo lo contrario, dentro del período ordinario.

Por lo mismo se contradice el recurrente con la demanda de su propio representado cuando dice: "En síntesis, según los informes que aparecen a folios 6 y 7 del expediente y que he transcrito, la jornada diaria, ordinaria, común si se quiere reglamentaria que se le exige a los guardas es de once horas y en el caso de que reciban instrucciones especiales en casos particulares que se presenten o aislados, por razón de un delito, tienen que trabajar mayor número de horas a las expresadas. Una cosa es la jornada diaria que se les exige y otra es la jornada especial y particular que se les demanda en los casos en que por razón de un fraude a las Rentas tengan necesidad de actuar mayor número de horas extraordinarias".

¿Y si esto es así, por qué entonces, se pregunta el Tribunal Supremo, el apoderado del señor Rivera dice que cobra el valor de "tres horas extras" (hechos 6º y 7º), y pide aplicación de una Ordenanza sobre remuneración de "trabajo extraordinario" (hecho 5º) y agrega que "el Departamento no ha pagado nada a mi poderdante por concepto de **trabajo extraordinario**" (hecho 4º), y cobra ese servicio extra?

Tal parece que el recurrente no hubiera tenido en cuenta esta base sustancial de la demanda.

Pero podría decirse que según el libelo inicial la jornada ordinaria no era de once horas diarias (no obstante que así lo expresa el hecho 2º) sino de ocho solamente, o sea la jornada legal, como se deduce del segundo de los informes transcritos, y que así se explica que

trate el demandante de cobrar el valor de las tres horas extras que completen las once que en total alega que trabajaba. Es decir, que la jornada ordinaria no fue de once horas, como dice el demandante y lo sostiene el recurrente, sino de ocho, como lo expresa el segundo informe, y que las tres horas demás trabajadas hasta completar las once del total son horas extras, y que éstas son las que cobra y que por eso las denomina así en su demanda inicial.

Por amplitud podría considerarse esta situación planteada en esa forma, pero resulta que como lo anota el Tribunal de Medellín las pruebas que el recurrente cita como mal apreciadas demostrarían quizás el hecho general de que los guardas de Rentas trabajaban comúnmente casi once horas por día, mas con ellas no se lograría acreditar el hecho particular de que el demandante Rivera trabajó precisamente once horas diarias.

Para el Tribunal Supremo esta aseveración del fallador de instancia es exacta y no ha sido destruída con las pruebas que cita el recurrente, porque en su concepto estuvieron bien apreciadas en la sentencia acusada al llegar a dicha conclusión.

Ha debido, pues, probar el actor que trabajó todo el tiempo cuyo pago reclama, pues de la vaga y general información de que los guardas prestaban servicios casi once horas por día, no se deduce que necesariamente hubiera trabajado el demandante ese tiempo justo y exacto.

Tampoco se encuentra demostrado este último cargo.

Y no prosperando ninguno de los motivos de acusación, no habrá de casarse la sentencia recurrida.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia objeto del presente recurso, proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín el 2 de octubre último.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cástor Jaramillo Arrubla. — Diógenes Sepúlveda Mejía. — Luis Alberto Bravo. — Guillermo Martínez R., Secretario.

I. ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO EN CASACION DEL TRABAJO. — II. LIBERTAD DE APRECIACION DE LAS PRUEBAS

I. — Cuando se trata de error de hecho o de derecho es necesario que se alegue acerca de éste, al través de las pruebas, porque si es indispensable que el error aparezca de modo manifiesto en los autos, y a él se ha llegado por falta de apreciación o por errónea apreciación de las pruebas, no puede examinarse el cargo que solamente anuncia el error, sin referirlo a ninguna prueba determinada.

En casación del trabajo no es aceptable el cargo por error de derecho sino cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigirse una determinada solemnidad para la validez del acto, pues de lo contrario no puede admitirse la prueba sino por este medio.

II. — El Tribunal de instancia goza de la más amplia autonomía para apreciar las pruebas que se presenten en el proceso para demostrar los hechos básicos en que se apoyen las pretensiones de los litigantes. Solamente cuando esa apreciación es equivocada o errónea y conduce a un error de hecho o de derecho, que aparezca de manera ostensible en los autos, cabe el estudio del haz probatorio o de las determinadas pruebas que se señalen, para determinar si ha habido violación legal por tal camino indirecto.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Sepúlveda Mejía)

Bogotá, trece de agosto de mil novecientos cuarenta y siete.

Alfonso Rojas Lineros demandó ante el Juzgado 5º Civil de Bogotá a la Sociedad anónima Transportes Magdalena, a fin de que le pagase la suma de mil ochocientos ochenta pesos, con ochenta centavos ($ 1.880.80) por concepto de auxilio de cesantía; novecientos

cuarenta pesos con cuarenta centavos ($ 940.40) por vacaciones, y quinientos ocho pesos ($ 508.00) por trabajo extraordinario.

Con fecha quince de febrero de 1946 el Juez del conocimiento dictó su sentencia y condenó a la Empresa demandada a pagar el auxilio de cesantía correspondiente a diez años, 2 meses y 24 días, además, a pagar el valor de una hora de trabajo extra en 22 meses, excepto los domingos, y decidió que se fijara el monto de estas condenaciones de conformidad con el procedimiento del art. 553 del Código Judicial.

El Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, ante quien fue apelado el fallo de primer grado, dictó su sentencia el 9 de noviembre del pasado año, y reformó la providencia del inferior, en el sentido de condenar solamente a pagar el auxilio de cesantía por tres años de servicio, lo mismo que vacaciones correspondientes al mismo lapso.

Contra esta decisión del Tribunal Seccional han recurrido en casación ambas partes, y como el trámite se halla agotado, es el momento de decidirlo.

Demanda del doctor Diego J. Fallan

El doctor Diego J. Fallan, obrando en representación del demandante Rojas Lineros presentó un memorial, como demanda de casación, que fue entregado en la Secretaría del Tribunal Supremo, el 7 de abril pasado.

Se estudia el aludido memorial.

El recurrente dice que fundamenta su demanda en las causales 1ª y 2ª del art. 520 del Código Judicial y agrega:

"Son hechos":

I.—La sentencia es violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa o aplicación indebida e interpretación errónea".

II.—La sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes".

Luégo hace el demandante una breve reseña del negocio y termina de la siguiente manera:

"Por las razones expuestas sostengo que se han violado las disposiciones terminantes de la Ley 6ª de 1945 lo mismo que **de las leyes anteriores** (se subraya) y especialmente la 10 de 1934".

"En derecho me fundo en lo dispuesto por el Capítulo 5º Libro II, Título XIV del Código Judicial".

Para resolver, se considera:

En múltiples decisiones de esta Corporación, y de acuerdo con la constante jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia,

se ha dicho que la demanda de casación debe ajustarse estrictamente a los términos del art. 531 del Código Judicial, que en forma clara determina que la demanda de casación debe contener un resumen de los hechos materia de la controversia; que debe señalarse la causal o causales en que se apoya el demandante para pedir la infirmación del fallo acusado, con indicación exacta de los fundamentos que le sirven de sustento y con cita de las precisas disposiciones legales que se estimen violadas.

"Una demanda de casación, se dijo en recurso interpuesto por el doctor Diego Luis Córdoba contra la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, de 23 de julio de 1946 (juicio de José A. Suárez contra el Municipio de Medellín) requiere, según lo anterior, ajustarse a determinados requisitos formales para que pueda ser considerada como tal y sea atendible. Porque no hay que perder de vista que la casación es un medio extraordinario de impugnación de las sentencias, es una verdadera acción para obtener su anulación; pero en ningún caso puede considerarse como una tercera instancia, que es con lo que suele confundírsele a menudo. Quiere ello decir que la demanda de casación está sometida en su formulación a una técnica especial, en cierto modo rigurosa, y fuera de la cual el recurso resulta inestimable".

En el caso que se examina, el recurrente se limitó a señalar como "hecho" las causales de casación en que dice va a fundamentar su demanda, señalando, al efecto, las dos primeras del art. 520 del C. J. Pero no hizo ninguna discriminación acerca de la primera de ellas, no dijo qué disposición se había violado, ni por qué concepto; porque la causal primera se descompone en varias modalidades, y para que el fallador pueda orientar su estudio es preciso que se determine claramente si se trata de infracción directa, o si es indebida aplicación de la ley, etc. pero de todos modos, obrando con la debida separación y explicando exactamente el concepto de la violación.

Por lo demás, en casación se produce el debate entre la sentencia y la disposición que se dice infringida, y el demandante en este recurso se conformó con decir que se violaron las disposiciones de la Ley 6ª de 1945, lo mismo que de las leyes anteriores, especialmente la 10 de 1934.

Quiere decir que el demandante estima que en casación puede citarse como violado todo un estatuto legal, sin determinar las disposiciones especiales que se consideran quebrantadas, lo cual es absolutamente inaceptable.

Como se ve, no puede darse trabajo más deficiente que el que ha

sido presentado a guisa de demanda de casación, por el apoderado del actor; pero que ni siquiera serviría como alegato de instancia, dada su absoluta imprecisión; lo que hace que este Tribunal se abstenga de entrar a considerarlo, para decidir si ha ocurrido el fallo en las violaciones que en el memorial aludido se le atribuye.

Demanda del doctor Miguel Chaves Botero

Dice el demandante que acusa el fallo del Tribunal por violación de la ley sustantiva y por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, y para ello invoca la causal 1ª del art. 520 del C. J.

Se ha dicho en reiterados fallos de esta Corporación que la causal primera de casación del art. 520 del Código Judicial envuelve varias modalidades, tales como son la infracción directa, cuando se quebranta en sí misma la norma jurídica, por contener el fallo acusado decisiones contrarias a los preceptos legales, así como la equivocada aplicación de la norma existente en relación con los hechos básicos en que se haya apoyado la providencia o el error sobre el significado o alcance del precepto, que equivale a la falsa o equivocada interpretación de su contenido.

Cuando se trata de error de hecho o de derecho es necesario que se alegue acerca de éste, al través de las pruebas porque si es necesario que el error aparezca de modo manifiesto en los autos, y a él se ha llegado por falta de apreciación o por errónea apreciación de las pruebas, no puede examinarse el cargo que solamente anuncia el error, sin referirlo a ninguna prueba determinada.

Se dice lo anterior porque en el Capítulo segundo de la demanda que se estudia afirma el demandante que se violó por error de derecho el inciso 3º del art. 8º de la Ley 6ª de 1945; pero en parte alguna señala las pruebas que llevaron al Tribunal de instancia a sufrir el error.

Solamente en el Capítulo IV se formula el cargo en forma aceptable:

"Violó el Tribunal por apreciación errónea y falta de apreciación de las pruebas producidas por las partes en la demanda, la citada disposición (el inciso 3º del art. 8º de la Ley 6ª de 1945). Veamos, dice el recurrente":

"Adujo la Sociedad demandada como prueba, y oportunamente, los siguientes documentos, entre otros: cópia auténtica de la escritura pública Nº 1.339 de 17 de abril de 1945, por la cual se constituyó esa Sociedad, y un certificado expedido por la Cámara de Comer-

cio de esta ciudad, que acredita la existencia legal de la Sociedad Transportes Tequendama Ltda.; Sociedad esta última que tenía existencia legal en la época en que se expidió esa certificación".

Demostró la parte demandada con estos documentos públicos, que Transportes Tequendama Ltda. funcionaba como Sociedad cuando se retiró de su servicio el señor Rojas Lineros para entrar a prestarlos a Transportes Magdalena S. A. y que aquella Sociedad no aparece disuelta ni liquidada.

"El Tribunal, sin tener en cuenta estos documentos, afirma en el fallo recurrido que "no existe, pues, la menor duda de que la Empresa Transportes Magdalena, S. A. es la continuación, en líneas generales, de la Empresa de Transportes Tequendama, Limitada", conclusión a que llega por la apreciación errónea del certificado expedido por la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas, según el cual la Empresa Transportes Tequendama Limitada, al fusionarse con la Empresa Transportes Magdalena, S. A. ha dejado de existir como Empresa de Transportes".

"Bien sabido es que la existencia legal de una sociedad o su disolución y liquidación sólo pueden acreditarse por los medios señalados expresamente por la ley, y jamás, por simples certificaciones de organismos puramente administrativos como lo es la Dirección de Transportes y Tarifas. La disolución y liquidación de Transportes Tequendama Ltda. sólo podía probarse con el certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, lugar de su domicilio, y jamás por otros medios de prueba. Sin embargo, el Tribunal atribuyó al certificado de la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas un mérito probatorio de que carece en absoluto, y determinado por esta apreciación indebida de tal prueba, concluyó que Transportes Tequendama es la continuación, en líneas generales, de Transportes Magdalena. S. A.".

"Pero hay más: el certificado de la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas dice que Transportes Tequendama Ltda. se fusionó con Transportes Magdalena, S. A., lo que además de ser inexacto es imposible jurídicamente, pues ya se vio que ambas Sociedades tienen existencia legal propia, que ambas gozan de vida jurídica, y por tanto no pueden haberse fusionado una en otra, como tan a la ligera se dice en ese certificado".

"Y al no tener en cuenta el Tribunal los documentos presentados por la sociedad demandada con los cuales probó plenamente que las sociedades de que se trata tienen, cada cual, existencia propia y que ninguna ha sido disuelta ni liquidada para dar nacimiento a otra, dejó de apreciar pruebas de capital importancia en el proceso, que lo llevaron a violar disposiciones sustantivas ya anotadas".

Afirma, con base en lo anterior, que además se violaron por el Tribunal los artículos 1494 y 1568 del Código Civil.

Se examina este cargo.

El Tribunal Seccional, al referirse a la cuestión que la demanda plantea se expresa así:

"Aparecen en el expediente como pruebas demostrativas de que la Sociedad "Transportes Magdalena S. A." sustituyó en todo, o por lo menos en parte, a la Sociedad de Transportes Tequendama Limitada, la escritura pública que obra á folios 1 a 6 del cuaderno de pruebas del demandado y el certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, visible a folios 7 a 9 inclusive del mismo cuaderno de pruebas, de las cuales se deduce que varios de los socios que formaron parte de la Sociedad Transportes Tequendama Limitada ingresaron a la Sociedad de Transportes Magdalena S. A. al constituírse ésta por escritura pública número mil trescientos treinta y nueve de fecha diez y siete de abril de 1945; también aparece a folios 1 a 2 del cuaderno de pruebas del demandante un certificado de la Dirección Nacional de Transportes según el cual la Empresa "Transportes Magdalena S. A." para la explotación del negocio de transportes tiene a su servicio "los mismos diez y ocho vehículos que prestaban el servicio en la misma ruta de la Empresa Transportes Tequendama, Limitada más otros nuevos incorporados posteriormente a la Empresa Transportes Magdalena S. A.; y en el cual se expresa, también, que "la Empresa Transportes Magdalena S. A. ha dejado de existir como Empresa de Transportes".

"No existe, pues, la menor duda de que la Empresa Transportes Magdalena S. A. es la continuación, en líneas generales, de la Empresa Transportes Tequendama, Limitada. La unidad económica o base industrial constituída por la Empresa "Transportes Tequendama Limitada no ha desaparecido con la formación de la Sociedad Transportes Magdalena S. A.".

Se considera:

El ataque fundamental de la demanda consiste en el hecho de que la Sociedad Limitada Transportes Tequendama existía legalmente cuando el demandante se retiró de ella para entrar a prestar sus servicios a la Sociedad Transportes Magdalena S. A., y que aquella sociedad no aparece liquidada ni disuelta.

Considera el demandante que el Tribunal Seccional violó por error de derecho lo dispuesto en el artículo 8º de la Ley 6ª de 1945, según el cual "la sola sustitución del patrono no extingue el contrato de trabajo. El sustituto responderá en solidaridad con el sustituído, du-

rante todo el año siguiente a la sustitución, por todas las obligaciones anteriores".

En repetidas ocasiones ha dicho esta Corporación, y ello está admitido ampliamente por la jurisprudencia de nuestra Suprema Corte de Justicia, que el Tribunal de instancia goza de la más amplia autonomía para apreciar las pruebas que se presenten en el proceso para demostrar los hechos básicos en que se apoyen las pretensiones de los litigantes. Solamente cuando esa apreciación es equivocada o errónea y conduce a un error de hecho o de derecho, que aparezca de manera ostensible en los autos, cabe el estudio del haz probatorio o de las determinadas pruebas que se señalen, para determinar si ha habido violación legal por tal camino indirecto.

En el caso que se examina no es que hayan dejado de apreciarse las pruebas que el demandante señala. Sencillamente el fallador estimó que a pesar de la prueba de la existencia legal coetánea de las sociedades de Transportes Teqendama Ltda. y Transportes Magdalena S. A. no era suficiente para desvirtuar el hecho de que la Empresa que manejaba la primera de estas entidades hubiera pasado a la segunda, y que en ambas hubiera trabajado sin solución de continuidad el actor, por lo cual, dentro del criterio de la libre apreciación de las pruebas, concluyó que la una (Transportes Magdalena) había sustituído a aquélla (Transportes Tequendama) para el efecto del pago de las prestaciones sociales de sus trabajadores.

El fenómeno de la sustitución de patrono que contempla el artículo 27 del Decreto 652 de 1935, reglamentario de la Ley 10 de 1934, y que más adelante ha venido a regularse por las disposiciones del artículo 8º de la Ley 6ª de 1945 y el Decreto 2127 del mismo año, dice relación a la empresa o negocio en sí mismos considerados, no importa cuál fuere el respectivo dueño. La existencia legal de las sociedades, como es obvio, no puede probarse sino en los términos que la ley señala; pero en el caso que se estudia no se trata de establecer si coexistieron o coexisten hoy las Sociedades Transportes Tequendama Limitada y Transportes Magdalena S. A. Ni tiene importancia para ello tampoco saber si algunos o todos los socios de aquélla vinieron a formar la nueva Empresa denominada Transportes Magdalena; porque dado el carácter diferente de una y otra, desde el punto de vista de la responsabilidad en presencia de tereeros, al paso que en la primera son todos los socios responsables, en relación con los respectivos aportes, y en la segunda esa responsabilidad recae directamente sobre la Sociedad sin consideración a tales aportes, bien podría suceder que ninguno de los fundadores de la primera es-

tuviesen hoy vinculados a la segunda, por haberse desapoderado de sus acciones.

En realidad, nada interesa para el caso de autos que ambas Sociedades existan legalmente; porque lo que la ley quiere es que el sólo cambio de patrono no sea un pretexto para dejar de atender al pago de las prestaciones de los trabajadores vinculados a la empresa. Sin que haya dejado de existir la Sociedad de Transportes Tequendama, es lo cierto que la Empresa que esta Sociedad manejaba, según las probanzas del expediente, pasó a la otra Sociedad, al menos parcialmente. Si el negocio a que se dedicaba antes la Sociedad Transportes Tequendama pasó a manos de Transportes Magdalena, puesto que el elemento primordial, los vehículos de que disponía la primera siguieron siendo explotados por la segunda, y aquella dejó de ejercer la industria del transporte para dejar en manos de la otra esa explotación, es claro, que no sirve de argumento para eludir el pago de las prestaciones sociales que se deban a los trabajadores. Admitir lo contrario, esto es, que por existir a un mismo tiempo ambas Sociedades, no pueda reclamarse a la que sigue manejando el negocio el pago de esas prestaciones, sería tanto como permitir que por el sencillo medio de la fundación de una nueva sociedad que tome los haberes de la obligada a responder, pudiese colocarse la primera en situación de insolvencia, sin que pudiera obligarse a la nueva sociedad a atender a tal pago mientras exista legalmente la anterior, por no haberse liquidado aún. Todo lo cual quiere decir que no puede establecerse confusión entre la sociedad que maneja un negocio y el manejo mismo.

Por lo demás, el cargo se endereza a hallar un error de derecho y no de hecho, y en casación de trabajo no es aceptable el cargo por error de derecho sino cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigirse una determinada solemnidad para la validez del acto, pues de lo contrario no puede admitirse la prueba sino por este medio. Y en el presente caso no se ha tratado de demostrar la inexistencia o liquidación de la Sociedad Transportes Tequendama Limitada por medios distintos de los que la ley señala. Porque no se trata de esto, sino de acreditar de que la empresa o negocio que ésta explotaba pasó a Transportes Magdalena S. A., y la prueba de este hecho no requería la demostración de que la otra Sociedad se había disuelto.

Al respecto ha dicho este Tribunal:

"No todo cargo por error de esta naturaleza es aceptable en casación del Trabajo".

"En efecto, él tiene lugar en este recurso según se expresó al principio, cuando se le da a una prueba un valor o mérito distinto del que la tarifa legal respectiva le señala, o cuando deja de apreciarse una prueba y se viola, en consecuencia el precepto legal que le asigna determinado valor probatorio; es decir, este cargo gira al rededor de una tarifa legal de pruebas que desaparece en los juicios del trabajo como obligatoria y, por lo tanto, como elemental y lógica consecuencia, también debe desaparecer el cargo por error de derecho en el recurso de casación en materia laboral, cuando se basa en la violación de una tarifa cuya aplicación no es estricta en estos asuntos".

"Pero sí es aceptable el cargo en la casación del trabajo, por error de derecho en la estimación de la prueba, 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 sustancial para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir la prueba sino por este último medio". (Sentencia de noviembre 27 de 1946).

Bastan las anteriores consideraciones para que el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASE la sentencia que ha sido objeto del recurso.

Sin costas.

Notifíquese, publíquese, cópiese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Diógenes Sepúlveda Mejía. — Luis Alberto Bravo. — Cástor Jaramillo Arrubla. — Guillermo Martínez R., Secretario.

I. CUANDO EL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES ES DE TRABAJO. — II. LA SUBORDINACION EN EL CONTRATO DE TRABAJO. LA TRIPLE CLASIFICACION DE LA SUBORDINACION. LA SUBORDINACION JURIDICA. III. LA LIBERTAD DE ORDEN CIENTIFICO EN EL CONTRATO LABORAL DE PROFESIONALES FRENTE A LA SUBORDINACION. — IV. CONFESION. — V. PUEDEN EXISTIR SOCIEDADES DE ABOGADOS. UNA COMPAÑIA DE ESE GENERO NO TIENE OBJETO ILICITO

I. — La prestación de servicios profesionales por un abogado comprende actividades propias de su oficio, pero no siempre que se habla de su contratación se está diciendo que el convenio sea de naturaleza laboral porque no se sabe si reúne o no las condiciones o características esenciales que configuren ese contrato. Para poder determinar que una convención es de trabajo, sin lugar a dudas, es necesario que aparezca demostrado en alguna forma que llena todas las notas indispensables que individualizan un acuerdo de tal naturaleza. Pero el simple hecho de ser prestación de servicios médicos, por ejemplo, no autoriza para catalogar el contrato que sobre ellos versa como de trabajo, porque no es la calidad de la labor lo que distingue a este convenio, sino, de modo primordial, la subordinación o dependencia del asalariado al patrón. Y si no resulta acreditado este elemento, no puede darse por establecido un contrato de trabajo.

II. — Donde exista subordinación como poder jurídico —expresa la doctrina— esto es, como principio de autoridad, habrá relación de trabajo. Faltando ese elemento se está en presencia de un contrato de derecho civil.

La moderna teoría en el derecho del trabajo prescinde de la triple clasificación de la dependencia o subordinación en el contrato laboral, o sea, la que la considera de orden personal, económico o técnico según las condiciones y circunstancias en que se presta el servicio, para destacar sólo la dependencia de carácter jurídico que con-

siste en la facultad de impartir órdenes al asalariado. Por consiguiente, surge de allí la obligación de éste de someterse a esas órdenes, de acatarlas y cumplirlas.

III. — Es natural que quien ha hecho los estudios especiales correspondientes a una carrera universitaria goce de libertar para escoger los medios adecuados según sus conocimientos y capacidades para lograr el fin que su cliente o patrón desea. Pero esa libertad de orden científico no va en el contrato de trabajo hasta suprimir la facultad o posibilidad jurídica de mando del patrón, que adquiere por la simple celebración de tal contrato la atribución de pedirle al profesional, y aún de ordenarle, que lleve a cabo determinada labor. Son los medios de acción los que quedan al arbitrio del profesional, de acuerdo con sus conocimientos científicos y su criterio de responsabilidad, pero según el contrato de trabajo debe acatar las instrucciones del patrón. Se tiene así cumplida en el contrato de trabajo con los profesionales la subordinación o dependencia jurídica que es nota distintiva de todo convenio de aquella naturaleza. De consiguiente, cuando en el contrato de prestación de servicios profesionales se encuentran reunidas las características esenciales que configuran el contrato de trabajo, es éste y no otro; pero para que lo sea, debe llenarlas todas sin excepción, porque no existe la norma legal que haga exclusión para él, ni razón jurídica que así lo justifique.

IV. — Una simple apreciación jurídica de carácter personal hecha por una parte, no puede destruír posteriormente los efectos de una confesión judicial perfecta de ella misma, que en su momento fue pura y simple.

V. — El avance que han cobrado las profesiones liberales al ensancharse cada día las ramas de su estudio, ha hecho que se imponga en el momento la especialización y que para lograr una mejor prestación de sus servicios se asocien dos o más profesionales para ofrecerlos en diferentes actividades de la misma profesión. No se ve la razón jurídica para admitir la prestación de servicios de un solo abogado y no la de varios, unidos por vínculos de hecho o de derecho. Si se pueden prestar por una persona, es absurdo considerar imposible legalmente que lo realicen dos o más, en conjunto. Existe, en el campo de las activida-

des del orden intelectual o de naturaleza científica o técnica, mayor posibilidad de acierto y de eficiencia cuando el trabajo se efectúa por varias personas que realicen un estudio, planean una obra o lleven a efecto una delicada investigación o análisis, que por una sola que pueda no reunir la vastedad de conocimientos que el mundo contemporáneo exige y que va extendiéndose aún más cada día.

No se concibe por qué pueda tener objeto ilícito una sociedad de abogados, constituída con el lleno de los requisitos legales para esta clase de contratos, o simplemente de hecho, pues tiene en tal caso una finalidad permitida por la Constitución Nacional y las leyes, como es la del ejercicio libre de una profesión y no sólo eso, sino amparada por ellas porque la Carta Fundamental y las mismas leyes protegen el trabajo humano.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Jaramillo Arrubla)

Bogotá, septiembre cinco de mil novecientos cuarenta y siete.

Antecedentes

El doctor Libardo López demandó al "Banco de Londres y América del Sur Limitada", ante el Juez del Circuito en lo Civil de Medellín, por la suma de dos mil ochocientos sesenta y seis pesos con sesenta y seis centavos ($ 2.866.66), equivalente al auxilio de cesantía por veintidós años de trabajo; por los perjuicios de la mora en el cumplimiento de esa obligación, o sea, el interés legal del seis por ciento anual sobre la suma indicada, desde el 13 de agosto de 1936 hasta que se verifique el pago; y por los gastos y costas del juicio. En subsidio, solicitó que se declarase que el Banco demandado le debe pagar en Medellín al día siguiente de la ejecutoria del fallo, el auxilio legal de cesantía por el tiempo de trabajo y sobre el promedio mensual de sueldo de los tres últimos años que se comprueben en este o en otro juicio.

Basó su acción el doctor López en los siguientes hechos: en agosto de 1914 el "Comercial Bank of Spanish America, Ltda.", sucursal de Medellín, contrató con él la prestación de servicios profesionales de abogado mediante el pago de un sueldo mensual. En agosto de 1926 ese establecimiento bancario suspendió negocios en Mede-

llín por transpaso que de su giro comercial hizo a "The Anglo South American Bank Ltd.". El 13 de agosto de 1936 este último Banco suspendió actividades en Medellín, por haberse hecho cargo el "Banco de Londres y América del Sur, Ltd." de todos sus negocios. El actor prestó servicios de abogado al Comercial Bank y a The Anglo South American Bank, ya mencionados, sin solución de continuidad, desde agosto de 1914 hasta agosto de 1926, al primero de ellos y desde esta última fecha hasta el 13 de agosto de 1936, al segundo. Al hacerse cargo el Banco de Londres del activo y el pasivo del Banco Anglo South American y al asumir el mismo giro de negocios, se dio por terminado el contrato de trabajo que existía con el demandante, pero no se le pagó el auxilio de cesantía. De septiembre de 1933 a agosto de 1934 devengó el doctor López de The Anglo South American Bank un sueldo mensual de cien pesos ($ 100.00) y de agosto de 1934 a agosto de 1936 devengó del mismo Banco un sueldo mensual de ciento cincuenta pesos ($ 150.00), lo que da un promedio de sueldo mensual de ciento treinta y tres pesos con treinta y tres centavos ($ 133.33) en los últimos tres años.

El apoderado de la entidad Bancaria demandada manifestó no constarle los hechos sustanciales de la acción ya indicados, expresó que fue The Anglo South American Bank el que dirigió una nota a López y López el 13 de agosto de 1936 sobre suspensión de servicios y afirmó que el doctor Libardo López nunca fue empleado del Banco de Londres y América del Sur, Limitada. Además, propuso la excepción de carencia de la acción intentada contra este último Banco y del derecho de cesantía reclamado a esa misma institución.

El Juez 3º del Circuito en lo Civil de Medellín, a quien le correspondió el conocimiento, falló absolviendo a la parte demandada por considerar que el actor no demostró que había sido un verdadero empleado y que el jurisconsulto que se ha comprometido a prestar su actividad en las ocurrencias que se presenten a cierta persona, pero sin perjuicio de sus demás actividades profesionales, no tiene la dependencia o subordinación económica que requiere la noción de empleado. El Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, que conoció del juicio por apelación de la sentencia de primera instancia interpuesta por el apoderado del demandante, profirió su fallo el 24 de julio del año pasado, por medio del cual revocó la providencia recurrida y, en su lugar, reconoció a cargo del Banco demandado y a favor del actor la obligación de pagarle la suma pedida en la demanda, quince días después de la ejecutoria de esa sentencia, con los intereses legales de dicha cantidad, desde el 13 de agosto de 1936 hasta que se verifique el pago.

Interpuesto por el apoderado del Banco el recurso de casación, y admitido, pasa a considerarse.

La sentencia

El Tribunal de Medellín estima probado el contrato inicial entre el doctor López y el Comercial Bank con la declaración del señor Mathew R. Carling, unida a la confesión que encuentra en la respuesta 5ª de la absolución de posiciones del señor Edward Alexander Frost.

Con esas mismas pruebas da por establecida la continuidad de los servicios profesionales prestados por el doctor López desde agosto de 1914 hasta su despido en 1936.

El hecho de ese despido y el no pago del auxilio de cesantía lo halla probado con la respuesta décima de las posiciones absueltas por el señor Frost y con la contestación décima cuarta de las posiciones rendidas por el señor Charles M. Davinson, gerente del Banco demandado.

Que devengó el demandante los sueldos que él mismo indica, lo acepta el Tribunal con base en las posiciones absueltas por los señores Frost y Clark, aunque con la advertencia del sentenciador de que es verdad que los absolventes no se refieren precisamente al doctor López sino a la casa Vélez y López y López y López, sociedad de abogados a la que pertenece el demandante, y con la aclaración de que sobre este último aspecto del litigio, tratará más adelante la sentencia.

El fallador entra luégo a analizar el contrato de empleado particular, según la Ley 10 de 1934, y su Decreto reglamentario, Nº 652 de 1935, para concluir de ese estudio jurídico lo siguiente:

"Pesadas y medidas las circunstancias que rodearon el trabajo ejecutado por el doctor Libardo López, a la luz de las disposiciones vigentes a la fecha de su despido, de acuerdo con el análisis antecedente, fuerza es concluir que tuvo la calidad de empleado de los establecimientos bancarios en que sirvió y por este aspecto su trabajo queda bajo el amparo de la Ley 10 de 1934".

Para el Tribunal no es válida la tesis de que quien prestó los servicios profesionales de abogado a los Bancos fue la Sociedad que se llamó "Vélez y López", primero, y "López y López" después, porque considera, con el apoderado del demandante, "que una Sociedad de abogados es una asociación **sui generis**, sin personería jurídica, sin firma social y sin patrimonio común, o sea, una comunidad cuya cohesión depende generalmente de la amistad". Además, estima que no

obra en el expediente la prueba de que exista o haya existido la Sociedad en referencia.

También admite la calidad de demandado del Banco de Londres, con base en el art. 2º del Decreto 652 de 1935, sobre continuidad de una empresa, pues sobre el particular manifiesta: "Ante la claridad del texto controvertido y probada como está la continuidad económica de las tres Empresas bancarias a las que prestó sus servicios, el demandante, será forzoso reconocer la responsabilidad o personería de la que ha sido demandada y que en virtud de los traspasos celebrados y acreditados, representa el activo y el pasivo de las otras dos".

Por último, para reconocer el pago de intereses, razona, en síntesis, de la siguiente manera: "No es aceptable que quien en definitiva resulte tener la razón de sus afirmaciones, cargue con los perjuicios de la mora, mientras que quien a la postre resultó vencido, no sufra lesión alguna en sus intereses a este respecto, luégo de una oposición que resultó descalificada". No hay que dejar al patrono la posibilidad ilegítima de calcular comercialmente sobre las prestaciones que debe pagar según la base de que es preferible entregar mil dentro de dos o tres años que desprenderse de ellos hoy, porque entre tanto y en sus manos esa suma le será un factor de producción en su beneficio".

El recurso

Ocho capítulos destina el recurrente en su demanda de casación para acusar la sentencia del Tribunal de Medellín, por diversas causales o motivos, aunque mal numerados porque del V pasa sin solución de continuidad al VIII.

Como el Tribunal Supremo encuentra demostrado uno de ellos, el IV, limitará a él su estudio, sin que haya necesidad de considerar los restantes, según el texto claro del art. 538 del Código Judicial.

El cargo

Dice el recurrente que el Tribunal consideró probado el contrato de trabajo con el demandante, en virtud de la declaración del señor Mathew R. Carling y de las posiciones absueltas por el liquidador del Banco Anglo, señor Frost. Afirma que en la apreciación de esas pruebas cometió varios errores de hecho y de derecho, fuera de que dejó de apreciar las que demuestran que el contrato se ce-

lebró con Vélez y López, que pasó a ser después López y López. Por esto, estima que el sentenciador violó por infracción directa o si no, por interpretación errónea, las disposiciones legales que definen el contrato de trabajo y que exigen como elemento constitutivo que el trabajador se comprometa a prestar personalmente un servicio.

Como en el cargo se estudian por separado las dos pruebas que se consideran mal apreciadas, se analizarán en la misma forma.

a) **La declaración del señor Carling.**

Acerca de este testimonio, el recurrente manifiesta que el declarante afirma que en el año de 1914 celebró con el doctor López un contrato en virtud del cual el demandante se obligó a prestarle sus servicios como abogado al Comercial Bank "mediante el pago de un sueldo mensual" (pregunta 3ª); pero que desgraciadamente la muerte del testigo y sobre todo el tiempo transcurrido, pues declara sobre sucesos ocurridos veintidós años atrás, del día en que se tomó la declaración, no permiten saber si aquello del sueldo mensual fue una apreciación personal del testigo o si verdaderamente se configuró lo que años más tarde vino a ser un contrato de trabajo. Agrega el recurrente que cuando más se puede saber que entre 1914 y 1919, año este último en que el señor Carling se retiró del Banco, el doctor López recibió un sueldo mensual; pero que de esa fecha en adelante supo de oídas que había continuado el actor prestando sus servicios al Comercial Bank "pero ignora en qué condiciones" (pregunta 4ª). En cuanto al Banco Anglo sostiene que es todavía más categóricamente inútil la declaración, puesto que ignora "en qué condiciones y con qué clase de contrato" prestó sus servicios de abogado el demandante a dicho Banco.

Y concluye así su acusación con relación a ese testimonio: "Es por lo tanto forzoso concluir que el Tribunal incurrió en un error de hecho manifiesto, cuando considera que la declaración constituye una presunción de que el Comercial Bank of Spanish y posteriormente The Anglo South American Bank contrataron los servicios del doctor López como empleado; cuando más hay la presunción de que con el doctor López se celebró un contrato y como la otra prueba que analizaré en seguida o sea las posiciones al liquidador, tampoco demuestran la existencia de él y como además en el Capítulo V comprobaré que el contrato se celebró con Vélez y López, posteriormente López y López, podemos afirmar que el Tribunal tuvo por existente un hecho que no ha sido demostrado y violó por aplicación indebida y seguramente también por infracción directa, las siguientes disposiciones: los arts. 12 de la Ley 10 de 1934; y 1º del Decreto 652 de 1935, 1º de la Ley 6ª de 1945, 1º del Decreto 2127

de 1945, que dicen las dos primeras qué elementos constituyen el contrato con el empleado particular y las últimas definen el contrato de trabajo general; y los arts. 14, ordinal c) de la Ley 10ª de 1934, y 12 ordinal f) de la Ley 6ª de 1945, que establece el auxilio de cesantía, la primera para los empleados y la segunda para todos los trabajadores".

Pasa a estudiarse este cargo.

En primer lugar, es verdad que la sentencia acusada da por establecido el contrato inicial entre el doctor Libardo López y el "Comercial Bank of Spanish America, Ltda." con la declaración del señor Mathew H. Carling, unida a la confesión que encuentra en la respuesta 5ª de las posiciones absueltas por el señor Eduard Alexander Frost. Así lo dice el fallo recurrido en los párrafos siguientes:

"El hecho del contrato inicial entre el doctor López y el Comercial Bank of Spanish está acreditado con la declaración del señor Mathew R. Carling (fls. 6 vto.). En la época del juicio el señor Carling había muerto según copia auténtica de la partida de defunción expedida por el Notario Cuarto del Circuito de Bogotá, pero su declaración está abonada con la de los eñores Enrique Estrada y Pedro A. Gallego, rendidas ante el Juez Tercero Civil de este Circuito y debidamente ratificadas".

"Es verdad que de acuerdo con el art. 696 del C. J. la declaración de un testigo constituye apenas presunción más o menos atendible, según las condiciones del declarante y la sinceridad y claridad de la exposición. Pero en este caso la declaración aludida, unida a otras constancias del expediente tales como la confesión del señor Frost (respuesta 5ª, fls. 3º vto. cdo. de pruebas del demandante), da la certidumbre requerida".

Y, más adelante, después de referirse a la continuidad de los servicios profesionales prestados por el demandante, a su despido y a su sueldo, y una vez analizadas las disposiciones legales que dan la noción de empleado particular, agrega la sentencia: "Pesadas y medidas las circunstancias que rodearon el trabajo ejecutado por el doctor Libardo López, a la luz de las disposiciones vigentes a la fecha de su despido, de acuerdo con el análisis antecedente, fuerza es concluir que tuvo la calidad de empleado de los establecimientos bancarios en que sirvió y por este aspecto su trabajo queda bajo el amparo de la Ley 10 de 1934".

La exposición del testigo señor Carling, que le sirve al fallador, junto con una respuesta de las posiciones absueltas por el señor Frost, para dar por demostrado el contrato de empleado entre el actor y el Comercial Bank, no da cuenta de la celebración de un con-

trato determinado, no menciona su naturaleza o índole, ni expresa sus diversas modalidades para deducir de ellas la clase de convenio acordado entre el Banco y el doctor López. En verdad, sólo dice al respecto el testigo que es cierto "que en mi calidad de Secretario del Gerente de la Casa Matriz de Londres, bajo cuyas órdenes obraba, contraté con el doctor Libardo López la prestación de servicios profesionales de abogado mediante el pago de un sueldo mensual". Y agrega: "Me consta que hasta mi salida de dicho Banco, a fines de 1919, el doctor Libardo López estuvo prestando el servicio de abogado del Banco de acuerdo con el contrato celebrado conmigo". Acerca de las demás preguntas, en relación con el actor, nada le consta personalmente al exponente; sólo, pues, atestigua los hechos de que acaba de hacerse hincapié o sea la declaración de un contrato de prestación de servicios profesionales y de que estaba cumpliéndose a fines de 1919.

El declarante no dice en qué forma se pactó esa prestación de servicios profesionales, es decir qué compromisos adquiría el abogado para con el Banco, ni qué derechos correspondían a la institución bancaria frente al profesional. Nada que dé a entender cuáles eran o fueron las obligaciones primordiales de cada uno de los contratantes para con el otro, ni si el Banco podía darle órdenes o impartirle instrucciones en algún sentido al abogado y éste estuviese en el deber de cumplirlas.

Es verdad que la prestación de servicios profesionales por un abogado comprende actividades propias de su oficio, pero no siempre que se habla de su contratación se está diciendo que el convenio es de naturaleza laboral porque no se sabe si reúne o no las condiciones o características esenciales que configuren ese contrato. Para poder determinar que una convención es de trabajo, sin lugar a dudas, es necesario que aparezca demostrado en alguna forma que llena todas las notas indispensables que individualizan un acuerdo de tal naturaleza. Pero el simple hecho de ser prestación de servicios médicos, por ejemplo, no autoriza para catalogar el contrato que sobre ellos versa como de trabajo, porque no es la calidad de la labor lo que distingue a este convenio, sino, de modo primordial, la subordinación o dependencia del asalariado al patrón. Y si no resulta acreditado este elemento, no puede darse por establecido un contrato de trabajo.

Donde exista subordinación como poder jurídico —expresa la doctrina— esto es, como principio de autoridad, habrá relación de trabajo. Faltando ese elemento se está en presencia de un contrato de derecho civil.

Esta tesis, que no hace sino destacar una noción elemental en derecho laboral y es acogida francamente por nuestra legislación, pues así se desprende de la definición que de contrato de trabajo dan la Ley 6ª de 1945 y su Decreto reglamentario Nº 2127 del mismo año, es también aplicable al contrato de empleo privado o de empleados particulares, según la Ley 10 de 1934 y su Decreto reglamentario.

En realidad el art. 12 de dicha Ley 10 dice lo siguiente: "Se entiende por empleado particular, para los efectos de esta ley, toda persona que no siendo obrero, realice un trabajo por cuenta de otra persona o entidad, fuera del servicio oficial, en virtud de sueldo o remuneración periódica o fija, participación de beneficios o cualquiera otra forma de retribución".

Y el art. 1º del Decreto 652 de 1935, reglamentario de esta ley, expresa a su vez: "Se entiende por empleado particular, para los efectos de la Ley 10 de 1934, todo aquel que, fuera del servicio oficial, sin ser obrero, se halle obligado, mediante un contrato, a prestar sus servicios a otra persona natural o jurídica, **que adquiera facultades para darle órdenes,** siempre que dicha prestación de servicios no sea con carácter ocasional, bien sea en establecimiento o empresas industriales o comerciales o en oficinas de otra naturaleza, sea cualquiera la remuneración de que disfrute y la forma en que le sea pagada". (Se subraya).

Aparece aquí también la noción de dependencia o subordinación cuando este último art. dispone que en el contrato referido el patrón "adquiere facultad para darle órdenes" al empleado particular. Esa es la subordinación o dependencia más exacta, y que consiste en la posibilidad jurídica de mando.

La moderna teoría en el derecho del trabajo prescinde de la triple clasificación de la dependencia o subordinación en el contrato laboral, o sea, la que la consideraba de orden personal, económico o técnico, según las condiciones y circunstancias en que se presta el servicio, para destacar sólo la dependencia de carácter jurídico que consiste en la facultad de impartir órdenes al asalariado. Por consiguiente, surge de allí la obligación de éste de someterse a esas órdenes, de acatarlas y cumplirlas.

Pudiera argüirse que el contrato de prestación de servicios profesionales no requiere esta subordinación o dependencia jurídica por la índole misma, por la naturaleza de las actividades propias del oficio o profesión de que se trate. Es natural que quien ha hecho los estudios especiales correspondientes a una carrera universitaria goce de libertad para escoger los medios adecuados según sus conoci-

mientos y capacidades para lograr el fin que su cliente o patrón desea. Pero esa libertad de orden científico no va en el contrato de trabajo hasta suprimir la facultad o posibilidad jurídica de mando del patrón, que adquiere por la simple celebración de tal contrato la atribución de pedirle al profesional, y aun de ordenarle, que lleve a cabo determinada labor. Son los medios de acción los que quedan al arbitrio del profesional, de acuerdo con sus conocimientos científicos y su criterio de responsabilidad, pero según el contrato de trabajo debe acatar las instrucciones del patrón. Se tiene así cumplida en el contrato de trabajo con los profesionales la subordinación o dependencia jurídica que es nota distintiva de todo convenio de aquella naturaleza. Por consiguiente, cuando en el contrato de prestación de servicios profesionales se encuentran reunidas las características esenciales que configuran el contrato de trabajo, es éste y no otro; pero para que lo sea, debe llenarlas todas, sin excepción, porque no existe la norma legal que haga exclusión para él, ni razón jurídica que así lo justifique.

El ponente en este recurso ha sido amplio al astudiar el contrato de prestación de servicios profesionales en relación con el contrato de trabajo y así consta en publicaciones particulares, pero es claro que para reconocer aquél como un convenio de la naturaleza del segundo debe reunir todos y cada uno de los requisitos indispensables que lo configuran, pues si falta uno sólo ya no puede considerarse como de trabajo, sino de otra clase muy distinta. En el asunto en estudio, falta la prueba de la existencia del primordial requisito para que exista el contrato de trabajo de empleado particular como es el de la subordinación, de modo que por carencia de esa demostración no puede reconocerse como tal el de autos y habrá de decidirse de conformidad con esa deficiencia probatoria. En general, las pruebas del actor son deficientes, lo que no deja de etxrañar, pues es de suponer que en un contrato de tan larga duración como el que aquí trata de demostrarse se hubieran producido distintas que de modo claro e indubitable establecieran su precisa calidad jurídica.

No resulta de la declaración del señor Carling, que se analiza, que el contrato celebrado por él en nombre del Comercial Bank con el demandante en 1914 hubiese sido de trabajo o de empleado particular. No consta, en verdad, de este testimonio, qué condiciones se estipularon en relación con el trabajo del doctor López, ni si comprendía todas las actividades de orden profesional que el Banco le solicitase o si solamente las de una rama determinada, ni si la ins-

titución bancaria podía pedirle al abogado u ordenarle la ejecución de una labor y si éste estuviese, en ese caso, en la obligación de acatar esas órdenes. Nada, en fin, que indique que ese convenio fuese de trabajo, o de empleado particular como dice el Tribunal de instancia.

Falta, pues, en esa exposición testimonial el requisito indispensable de la subordinación o dependencia que caracteriza al contrato de trabajo aún con los empleados particulares, por lo cual el cargo en estudio se encuentra fundado en cuanto a la declaración del señor Carling.

b) **Las posiciones del señor Frost.**

Se considerará a continuación el cargo en relación con las posiciones del señor Frost.

Ya se expresó al principio que el Tribunal de Medellín encontró acreditada la existencia del contrato entre el actor y el primer Banco con la declaración del señor Carling unida a la confesión que encuentra en la respuesta 5ª dada por el señor Edward Alexander Frost al absolver un pliego de posiciones.

El recurrente ataca la sentencia de instancia en cuanto a la estimación de esas posiciones diciendo que "en ninguna de las respuestas al Liquidador (señor Frost) acepta que el Comercial Bank y posteriormente el Anglo tuvieran contrato de trabajo con el doctor López; se acepta que el mismo doctor López prestaba servicios como abogado, pero como socio de la firma "Vélez y López", posteriormente "López y López". Y después de analizar algunas de esas respuestas termina así:

"Se cae de su peso que el Tribunal apreció erróneamente las respuestas a las posiciones que antes he sintetizado en gracia de la brevedad, pues tuvo la anterior confesión como pura y simple, a pesar de las negativas rotundas, y dio por demostrado con fundamento en ellas, el pretendido contrato de trabajo con el actor; cuando en realidad de verdad nos encontramos ante confesiones explicadas y en el caso de la posición 6ª ante una confesión indivisible y en consecuencia violó por infracción directa el art. 690 del C. J. que es disposición sustantiva, por no haberla aplicado; a pesar de ser pertinente para desechar las posiciones como prueba; violó igualmente por infracción directa, por la misma razón, el art. 690 del C. J. y el 605 de la misma obra, que también es disposición sustantiva, pues convirtió las contestaciones negativas de los hechos preguntados en respuestas afirmativas. No se diga que nos encontramos ante el caso de confesiones divisibles, pues en cualquier forma que se divida la contestación a las posiciones 4ª, 5ª, y 7ª a 11ª, siempre nos en-

contramos ante una negación y la afirmación de que el servicio lo prestaba otra persona y en el caso de la posición sexta nos encontramos ante el hecho indivisible que los servicios los prestaba la firma tantas veces mencionada".

Se analiza esta acusación.

La respuesta de estas posiciones que estima también el sentenciador como prueba de la existencia del contrato inicial de empleado particular entre el actor y el Comercial Bank, es la quinta, según lo manifiesta de modo expreso en su fallo, y que con la pregunta respectiva se transcribe a continuación:

"¿Cómo es cierto, si o no —dice esa pregunta— que Ud. sabe porque así consta en el archivo que al efecto la operación de que se habla en la pregunta tercera (que el Banco Anglo compró todo el activo y se hizo cargo del pasivo del Comercial Bank), y sin solución de continuidad, el doctor Libardo López entró a prestar sus servicios como abogado a sueldo al Anglo South American Bank Ltda.?" y la respuesta es la siguiente: "No es cierto. El Anglo no celebró, o al menos no encontré la debida constancia, contrato con el doctor Libardo López, ni hizo en la persona de éste nombramiento como abogado. Los servicios que prestó el doctor López al Anglo los prestó en su carácter de socio de una casa de abogados "Vélez y López" y más tarde "López y López". En esta misma calidad, el doctor López prestó servicios al Comercial desde 1914 hasta el día en que se liquidó este Banco. La referida casa de abogados prestó servicios al Anglo desde 1926 hasta su liquidación. El Comercial Bank se liquidó en 1926".

Para la Corporación no hay duda de que esta respuesta es una clara negación, puesto que el absolvente no acepta que el demandante hubiera prestado sus servicios de abogado al Anglo South American Bank, en virtud de contrato personal con él, sino que afirma que los prestó en su carácter de socio de una casa de abogados. Es decir, niega los hechos preguntados, acerca de la prestación de servicios personales del doctor López al Banco Anglo y se refiere a hechos no incluídos en la pregunta, como el de que en esa misma calidad de socio de una firma de abogados prestó también servicios al Comercial Bank.

No puede, pues, en presencia de tan clara respuesta negativa, dársele, como lo hace el fallador de instancia, el valor contrario de confesión o respuesta afirmativa del hecho preguntado, pues a esto último equivale la aseveración que contiene su sentencia acusada de que esa respuesta 5ª, unida a la declaración del señor Carling, ya analizada, sirve para demostrar la existencia del contrato inicial ce-

lebrado por el doctor López con el Comercial Bank, primero, y con el Banco Anglo, después, que califica luégo de contrato de empleado particular.

No cree la entidad necesario analizar las demás respuestas de esa absolución de posiciones porque, en primer lugar, el fallo recurrido sólo se basa en la que acaba de transcribirse y, en segundo término, las dadas por el señor Frost a las preguntas restantes que versan sobre el mismo punto, son en el fondo, en su significado claro y nítido, iguales a la que se deja considerada. En todas las respuestas que tocan con la índole del contrato, el absolvente afirma que no fue personal, sino que los servicios se prestaron por una firma de abogados y por el demandante en su calidad de socio de ella. Es decir, una negativa reiterada de los hechos afirmados por el actor al respecto.

Por consiguiente, está fundado el cargo de apreciación errónea de la prueba en estudio, pues con base en ella el Tribunal de Medellín dedujo la existencia de un contrato con el actor, que en ningún momento confiesa el absolvente.

Además, como se dejó expuesto atrás, la declaración del señor Carling da cuenta de un contrato de prestación de servicios profesionales entre el Comercial Bank y el doctor López, pero sin que exprese la característica esencial que lo configure como contrato de trabajo de empleado particular y que debe aparecer demostrada fehacientemente para que se le dé esa denominación, cual es la de subordinación o dependencia del trabajador al patrón. El Tribunal, al encontrar acreditada la existencia de un contrato de dicha índole, con base en esa declaración, incurrió en una notoria y evidente apreciación errónea de dicha prueba.

Esta equivocada estimación de las dos pruebas por parte del sentenciador de instancia lo condujo a incurrir en un error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos, y que consiste en dar por demostrados los hechos que configuran un contrato, sin que estuvieran en verdad acreditados. Y ese error lo llevó a violar el artículo 12 de la Ley 10 de 1934 y el 1º de su Decreto reglamentario 652 de 1935, señalados por el recurrente en su acusación, que definen el contrato de trabajo de los empleados particulares y, en consecuencia, también el artículo 14 ordinal c) de la misma ley que establece el auxilio de cesantía para esa clase de trabajadores, por aplicación indebida.

Y en cuanto afirmó el Tribunal de Medellín que el "aspecto de la dependencia, que puede ser considerado dentro de la teoría del contrato de trabajo, no aparece muy claro dentro de las notas que para

el contrato de empleados dan la Ley 10 de 1934 y su Decreto reglamentario", la violación del artículo 1º del Decreto 652 de 1935, también invocado por el recurrente, es manifiesta, por errónea interpretación, porque de dicha disposición se deduce sin lugar a dudas esa dependencia en el contrato de trabajo de los empleados particulares, como se dejó visto atrás, pues establece que en tal convenio el patrón "adquiere facultad para darle órdenes" al empleado, que no es otra que la dependencia o subordinación de carácter jurídico. El Tribunal Supremo cumple con su deber de defender la ley y lograr su adecuada interpretación corrigiendo esta equivocada estimación del sentenciador de instancia.

Ya en diversas ocasiones ha dicho esta entidad que la apreciación de las pruebas que haga un Tribunal Seccional es intocable en casación, porque el sentenciador en los juicios del trabajo forma su convencimiento sin sujetarse a tarifa alguna obligatoria de pruebas, salvo cuando con esa estimación incurra en un error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

Está, pues, probado el cargo y deberá casarse la sentencia recurrida por ese motivo.

La sentencia de instancia

Pasa a proferirse, en consecuencia, la sentencia que reemplace a la que va a ser casada.

Este Tribunal no encuentra en los autos ninguna prueba que acredite la existencia de un contrato de trabajo de empleado particular entre el demandante y alguno de los tres Bancos de que trata el juicio. Las pruebas tienden, por el contrario, a demostrar la existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales entre la casa o firma de abogados "Vélez y López", primero, y "López y López" después, con el Comercial Bank en un principio, y posteriormente con el Banco Anglo. Así lo confiesa en posiciones el propio demandante doctor López, en diligencia de absolución celebrada dentro del juicio el 9 de mayo de 1945 y ante el Juez del conocimiento. En efecto, contestó de la manera que se expresará en seguida a las dos primeras pregunas:

"A la 1ª — ¿Es verdad que la sociedad de Vélez y López fue la que prestó primeramente servicios de abogado y sirvió como consultor jurídico a The Comercial Bank of Spanish America Limited primeramente y luégo a The Anglo South American Bank? Contestó: Es cierto. Leída la aprobó. A la segunda. — ¿Es verdad que cuando se liquidó The Anglo South American Bank Limited, los servi-

cios de abogacía al Banco los prestaba la Sociedad López y López? Contestó: Es cierto. Leída la aprobó".

Es evidente que el cuatro de junio siguiente el doctor López compareció al Juzgado que conocía del litigio a reconocer unos documentos y, después de prestar juramento, expuso que las Sociedades de Abogados de que habló en la diligencia de absolución de posiciones y de que hablaba en ese momento no eran de carácter mercantil ni industrial sino simplemente de estudios jurídicos, pues no tenían otro capital que la amistad, ni otro propósito que la lealtad para con los mismos profesionales que la integraban y para las personas que solicitaban sus servicios, ni personería jurídica, ni razón social.

Pero fuera de que una simple apreciación jurídica de carácter personal hecha por una parte, no puede destruir posteriormente los efectos de una confesión judicial perfecta de ella misma, que en su momento fue pura y simple, el Tribunal Supremo no puede admitir la tesis o teoría de que no pueden existir jurídicamente las sociedades de abogados.

En efecto, el avance que han cobrado las profesiones liberales al ensancharse cada día las ramas de su estudio, ha hecho que se imponga en el momento la especialización y que para lograr una mejor prestación de sus servicios se asocien dos o más profesionales para ofrecerlos en diferentes actividades de la misma profesión.

No se ve la razón jurídica para admitir la prestación de servicios de un solo abogado y no la de varios, unidos por vínculos de hecho o de derecho. Si se pueden prestar por una persona, es absurdo considerar imposible legalmente que lo realicen dos o más, en conjunto. Existe, en el campo de las actividades del orden intelectual o de naturaleza científica o técnica, mayor posibilidad de acierto y de eficacia cuando el trabajo se efectúa por varias personas que realicen un estudio, planean una obra o lleven a efecto una delicada investigación o análisis, que por una sóla que puede no reunir la vastedad de conocimientos que el mundo contemporáneo exige y que va extendiéndose aún más cada día.

No concibe el Tribunal por qué pueda tener objeto ilícito una sociedad de abogados, constituída con el lleno de los requisitos legales para esta clase de contratos, o simplemente de hecho, pues tiene en tal caso una finalidad permitida por la Constitución Nacional y las leyes, como es la del ejercicio libre de una profesión y no sólo eso, sino amparada por ellas porque la Carta Fundamental y las mismas leyes protegen el trabajo humano. El hecho de que la sociedad no pueda ejercer poderes no es razón valedera porque el contrato de so-

ciedad de abogados no tiene por finalidad única litigar o ejercer la representación ante las autoridades, sino que ésta es una de las varias actividades que pueden presentarse dentro de la prestación de sus servicios. Hay otras como estudio de títulos, redacción de minutas, asesoría de negocios, expresión de conceptos, etc. que dan mayor garantía para el público realizadas en colaboración que ejecutadas por un solo profesional. Además, cuando se presente el caso de ejercitar un poder, cualquiera de los socios puede llevar la representación o figurar como mandatario, bajo la dirección, vigilancia o colaboración de los demás miembros de la sociedad, con una evidente presunción de acierto, como es obvio.

Si una sociedad de esta naturaleza tuviese objeto ilícito, también tendría que declararse lo mismo de las de ingenieros, arquitectos y de otras profesiones liberales que a diario se forman en los países de mayor desarrollo económico e industrial que el nuéstro y que aún en Colombia tienen actividad sin obstáculos y ejercicio sin ningún impedimento.

Los expositores de Derecho del Trabajo hablan ya del abogado que adquiere el carácter de asalariado o proletario cuando presta sus servicios en los grandes bufetes de abogados, constituídos generalmente en asociación o sociedad. Y en los Estados Unidos de América también se forma esa clase de contratos entre los abogados para dar mayor seguridad de éxito a la clientela, sin que en Colombia lo impida ley ninguna por exagerada que sea su interpretación. Aún más, entre nosotros se da el caso también de que existan esas sociedades con las condiciones o requisitos de las demás de su misma naturaleza, por ejemplo el capital, el ánimo de asociarse, la participación y distribución de las utilidades y el objeto lícito, y no simplemente con base en la sola amistad sino con fines de lucro.

Además, en el juicio existen pruebas que demuestran la existencia de un patrimonio común de la sociedad de abogados "Vélez y López", de Medellín, y del uso de esa firma social y de la Sociedad "López y López" por persona distinta del demandante, como el doctor Jorge López Sanín, en notas dirigidas a "The Anglo South American Bank, Ltda. "que dan razón de estudios de títulos, de la marcha de juicios y de la existencia de una cuenta de depósito disponible de la primera de esas sociedades en dicho Banco.

Luego a la confesión del demandante, acerca de la existencia de esas sociedades, se agregan estas otras pruebas que dan fe de su funcionamiento.

No tiene por qué entrar el Tribunal a considerar si están aquí

demostradas todas y cada una de las notas características que según nuestra legislación constituyen el contrato de sociedad, porque le basta, para fallar, la confesión del actor en el sentido de que quienes prestaron los servicios profesionales de que trata el juicio fueron otras personas y no el propio demandante. Es decir, que no fue él en todo caso. La confesión fue pura y simple en cuanto implicó una negativa a aceptar la prestación personal de sus servicios profesionales y en esta clara y nítida significación debe tomarse.

Reconocida, pues, por el demandante, en posiciones, la prestación de los servicios por unas sociedades y no por él mismo, debe aceptarse completamente esa confesión y fallarse en consecuencia.

En mérito de las consideraciones expuestas, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de 24 de julio de 1946, proferida en este asunto por el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, y, en su lugar, confirma la de primera instancia que absolvió al Banco demandado de los cargos de la demanda inicial.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase al Tribunal de origen.

Cástor Jaramillo Arrubla. — Diógenes Sepúlveda Mejía. — Con salvamento de voto: **Luis Alberto Bravo. — Guillermo Martínez R.**, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Con pena me aparto de la opinión de mis distinguidos colegas en cuanto ellos consideran que los servicios profesionales a que se refiere este juicio no se probaron personalmente por el actor sino por las sociedades de abogados "Vélez y López", primero, y López y López", después.

Sin desconocer la posibilidad legal de que existan sociedades de abogados, tengo para mí que las respuestas del doctor Libardo López y del señor Edward Alexander Frost a los respectivos pliegos de posiciones deben entenderse en el sentido de que quienes prestaron los servicios de abogacía a los Bancos demandados fueron los abogados que integraron aquellas sociedades o firmas, entre ellos el demandante, y no las personas jurídicas, incapaces de representar en juicio y de realizar el esfuerzo intelectual que implica la redacción de un concepto o el estudio de un título, etc.

Tampoco comparto la opinión según la cual en el presente caso

falta la prueba de la subordinación o dependencia, requisito necesario para configurar un contrato de trabajo.

El demandante dijo, al absolver posiciones: "En nuestro compromiso estábamos obligados a vivir en nuestra oficina en horas de despacho **a la disposición del Gerente y Subgerente del Banco** (subrayo), quienes con mucha frecuencia llamaban para tratar los negocios con los clientes y entonces estábamos obligados a concurrir al Banco o a recibir en nuestra oficina al Gerente, los empleados o los clientes del Banco".

Por otra parte, los informes que obran a folios 1 y 4 del cuaderno de pruebas del demandado, que seguramente se producían a diario, suponen una solicitud u orden del Banco que al ser recibida por el actor no podía desatender o desobedecer.

En el informe del folio 2 del mismo cuaderno, relativo a negocios judiciales del Banco, se encuentra el siguiente aparte:

"Juzgado 3º del Circuito. — Benjamín Escobar U. y José M. Jaramillo V. Se notificó a los deudores el auto ejecutivo. Suspendido **por orden del Banco".** (Se subraya).

Los testigos interrogados por el Banco señores Horacio Arbeláez, Manuel S. Caicedo, Guillermo Franco y William Neisin estuvieron acordes en declarar que los trabajos jurídicos que se le ocurrían al Banco, como informes y conceptos los hacía unas veces el doctor Libardo López y otras, el doctor Jorge López Sanín.

¿Cómo podía el doctor López hacer los trabajos jurídicos del Banco si éste no se los ordenaba? ¿Y cómo los ordenaba el Banco si no era en virtud de la "dependencia de carácter jurídico" a que su abogado estaba sometido en forma permanente?

Acreditada la subordinación y acreditados igualmente los demás elementos característicos de la relación de trabajo, estimo que no ha debido casarse la sentencia acusada por el concepto en que lo fue.

Bogotá, septiembre ocho de mil novecientos cuarenta y siete.

(Fdo.) **Luis Alberto Bravo.**

(Fdo.) **Guillermo Martínez R.,** Secretario.

I. CONDICIONES DEL RECURSO DE CASACION. SU TECNICA. II. LIBRE APRECIACION DE PRUEBAS. — III. APLICACION DEL ART. 553 DEL C. JUDICIAL.

I. — En casación no se estudia la integridad del proceso, y la demanda debe enfocar determinadamente la parte de la sentencia que se estima violatoria de la ley sustantiva, con expresión exacta de las pruebas que hayan conducido al error de hecho o de derecho en que haya incurrido el Tribunal. Porque si es forzoso examinar la conducta que observaron las partes en la ejecución del contrato de trabajo para saber si el retiro de la demandada puede considerarse voluntario o no, para que esta superioridad pudiera examinar esa conducta, sin que el ataque se haya hecho al través de determinadas pruebas sería preciso efectuar una revisión total del juicio, cosa que no es precisamente el objeto de la casación, recurso extraordinario de acusación y no una tercera instancia, como en repetidas ocasiones ha dicho esta corporación.

II. — El Tribunal de instancia es autónomo en lo que hace a la apreciación de las pruebas que ante él se aduzcan para establecer los hechos que son materia de la controversia y sólo cuando la acusación se ha formulado por error de hecho o de derecho que ha conducido a la violación legal al través de determinadas pruebas, es viable el recurso, cuando de pruebas se trata.

III. — En reiteradas providencias, el Tribunal ha dicho que el procedimiento adoptado por los Jueces del Trabajo en el sentido de remitir a la ejecución de la sentencia la fijación del valor de ciertas prestaciones, es inadmisible, porque el Código Judicial solamente permite acudir a tal procedimiento cuando de frutos, intereses, daños y perjuicios se trate, como puede comprobarse si en conexión se pone el artículo 553 con el 480 de esa obra, que hace una enumeración taxativa de los casos en que puede hacerse la fijación del importe de la condenación en la ejecución de la sentencia.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Sepúlveda Mejía)

Bogotá, septiembre ocho de mil novecientos cuarenta y siete.

Llevando la representación legal de Soledad v. de Castaño, el doctor Jorge Guacaneme González, demandó ante el Juzgado 1º Municipal del Trabajo de Bogotá, a Graciela C. de Montejo, a fin de que se le condenase a pagarle la suma de trescientos cincuenta pesos noventa centavos ($ 350.90) por concepto de horas extras; treinta y cuatro pesos con quince centavos ($. 34.15) por auxilio de cesantía y porcentajes en el negocio.

En sentencia de cuatro de noviembre pasado, el Juez Segundo del Trabajo de Bogotá, a quien pasó el asuntó, decidió el pleito y condenó a la parte demandada a pagar el auxilio de cesantía, sobre la base de un sueldo mensual de veintinueve pesos y remuneración en especie, que debía liquidarse conforme al procedimiento del art. 553 del C. J. Además, condenó al pago de la suma de treinta y cinco pesos ($ 35.00) por concepto de porcentaje en el negocio.

Esta providencia fue apelada por ambas partes para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, y dicha entidad con fecha treinta y uno de enero de este año, dictó su sentencia definitiva, por medio de la cual confirmó en todas sus partes la de primer grado, y, además hizo condenación por razón de las horas extras trabajadas.

Contra esta decisión del Tribunal Seccional se ha interpuesto el recurso de casación por el apoderado de la parte demandada, doctor Roberto de Zubiría.

El recurso

El recurrente presentó su demanda de casación en la debida oportunidad. En tres partes dividió el trabajo:

1º—Resumen del fallo del Tribunal Seccional.

2º—Violación de la ley sustantiva por aplicación indebida y violación de la ley sustantiva por aplicación indebida e infracción directa, y, además, desunificación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo.

Hizo un resumen del fallo del Tribunal, así:

"La sentencia del Tribunal estima probados los siguientes hechos:

a) Calidad de administradora de la demandante;

b) El tiempo de servicios prestados por la demandante;

c) El salario fijo y el porcentaje acordados por las partes;

d) Las horas extras trabajadas por la demandante a razón de 3 horas diarias;

e) El justo motivo que tuvo la demandante para dar por terminado intempestivamente su contrato de trabajo.

"El Tribunal en su fallo estima que la noción de subordinación o dependencia no es absoluta y que en el caso de autos había causa para que el trabajador rompiera el contrato de trabajo, sin previo aviso".

Como lo observa la parte opositora en este recurso, el recurrente resolvió hacer un resumen del fallo en lugar de acomodarse al mandato del art. 531 del C. J. que exige en forma terminante que se haga un resumen de los hechos materia de la controversia. Debe también expresarse la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, cosa que tampoco hizo el recurrente, auncuando del contexto de la parte siguiente aparece que se trata de la causal 1ª del art. 520 del C. J.

Dice así:

"Violación de la ley sustantiva por aplicación indebida. Esta forma de violación de la ley puede ocurrir, en armonía con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (G. J. XLV Nº 1924, págs. 119 y 120), entre otros casos cuando por ella se le hace producir efectos distintos de los previstos en la norma jurídica.

"Y tenemos, agrega, que a pesar de ser el contrato de trabajo bilateral y de que uno de sus elementos constitutivos es la subordinación o dependencia al patrono, el Tribunal ha estimado, **con bases no probadas** (se subraya) o, por mejor decir, sin demostración de que la intervención de la dueña de la pensión fuera maliciosa o condujera a engaño de la trabajadora, como bien lo dice el Magistrado Sotomayor en su Salvamento de Voto, que no puede haber en este caso una subordinación absoluta y que la trabajadora podía dar por terminado su contrato sin previo aviso. Y en este aspecto ha habido violación de la ley sustantiva porque se le ha dado aplicación incorrecta a las disposiciones contenidas en el art. 1º de la Ley 6ª de 1945 y arts. 1º y 2º del Decreto 2127 del mismo año, pues en ellas se consagra el elemento subordinación, dependencia, como imprescindible para configurar el contrato de trabajo sin restricciones ni atenuantes de ninguna especie".

En esta forma, que el Tribunal Supremo encuentra absolutamente deficiente, pues no se ajusta a la técnica de casación que exige el art. 531 del C. J. formula el primer cargo el recurrente.

No dice cuál es la causal de casación que invoca, y no obstante

que señala como violadas por aplicación incorrecta las disposiciones del art. 1º de la Ley 6ª de 1945 y 1º y 2º del Decreto 2127 del mismo año, es lo cierto que la acusación se refiere a una cuestión de hecho (la intervención de la dueña de la pensión en las actividades de su administradora) que no puede examinarse sino al través de las pruebas que obran en el expediente. En casación no se estudia la integridad del proceso, y la demanda debe enfocar determinadamente la parte de la sentencia que se estime violatoria de la ley sustantiva, con expresión exacta de las pruebas que hayan conducido al error de hecho o de derecho en que haya incurrido el Tribunal. Porque si es forzoso examinar la conducta que observaron las partes en la ejecución del contrato de trabajo para saber si el retiro de la demandada puede considerarse como voluntario o no, para que esta superioridad pudiera examinar esa conducta, sin que el ataque se haya hecho al través de determinadas pruebas, sería preciso efectuar una revisión total del juicio, cosa que no es precisamente el objeto de la casación, recurso extraordinario de acusación y no una tercera instancia, como en repetidas ocasiones ha dicho esta Corporación.

Por lo demás, el Tribunal de instancia es autónomo en lo que hace a la apreciación de las pruebas que ante él se aduzcan para establecer los hechos que son materia de la controversia, y sólo cuando la acusación se formula por error de hecho o de derecho que ha conducido a la violación legal al través de determinadas pruebas, es viable el recurso, cuando de pruebas se trata. Por lo cual el cargo, tal como viene expuesto, no puede producir la casación que se busca.

El segundo cargo se formula de la siguiente manera:

"Violación de la ley sustantiva por aplicación indebida e infracción directa, y, además, por desunificación de la jurisprudencia del H. Tribunal Supremo del Trabajo. En efecto, hemos podido apreciar que el fallo del Tribunal fundamenta y no pierde de vista un solo momento en las premisas que llevan a las condenaciones que hace, el carácter de Administradora de la demandante".

. . . . . .

"La Ley 10 de 1934, art. 15, estatuyó como jornada máxima de trabajo la de ocho horas por día. El Decreto 895 de 1934, aprobatorio de la Resolución Nº 1º de la Oficina General del Trabajo, a su vez consagró en su art. 2º, ordinal a) como excepción a la jornada de 8 horas, lo siguiente: "...El trabajo de las personas empleadas en oficios de confianza o de manejo..." Por este aspecto, el Tribunal aplicó la norma sobre jornada máxima de trabajo arriba citada,

a una situación no regulada por dicha norma cual es que la demandante estuviera comprendida por dicha disposición siendo administradora, cuando se sabe que por dicha calidad que significa dirección y manejo y confianza (en este caso) ella estaba excepcionada expresamente de dicha norma general".

"El Parágrafo 1º del art. 3º de la Ley 6ª de 1945, establece la siguiente excepción a las disposiciones generales sobre jornada máxima de trabajo contenidas en esa misma ley":... Lo dispuesto en este artículo no se aplica a los casos de grave peligro; ni al servicio doméstico; ni a la recolección de cosechas o al acarreo y beneficio de frutos; ni a los trabajadores que ocupen puestos de **dirección o confianza** (subrayado nuestro) ni a las demás labores que, a juicio del Gobierno, no sean ... Como se puede apreciar, también el fallo en cuestión ha violado la norma transcrita infringiéndola directamente, puesto que la demandante, como Administradora que fue, era trabajadora de confianza y manejo, pues así se ha aceptado en esta litis y así está planteada su condición de trabajadora en los hechos de la demanda; y con la actitud del Tribunal se ha aplicado una norma general a un hecho no existente".

"Por último, señor Magistrado, el fallador de segunda instancia, a pesar de estar tan manifiestamente establecido el clásico carácter de Administradora de la demandante, en el referido fallo no tuvo en la cuenta la jurisprudencia consagrada por el Tribunal Supremo del Trabajo, en el juicio iniciado por el señor Willy Miteh contra la Sociedad Cafetera Colombiana S. A. y que fue fallado en casación el 27 de noviembre de 1946".

Se estudia el cargo.

Auncuando deficientemente formulado este cargo, entiende el Tribunal que se ha invocado la causal primera del art. 520 del C. J., desde luego que se habla de violación de la ley sustantiva, por infracción directa, y también por aplicación indebida. Las disposiciones legales citadas son el art. 15 de la Ley 10 de 1934. El ordinal a) del art. 2º del Decreto 895 de 1934 y el parágrafo 1º del art. 3º de la Ley 6ª de 1945.

Verdad, es como lo observa el recurrente, que este Tribunal ha sentado jurisprudencia en lo tocante al trabajo de los Administradores, empleados de dirección o de confianza. Pero la jurisprudencia no es susceptible de violación, y por consiguiente no puede ser motivo de casación, como lo cree el demandante, pues ésta tiene como primordial objeto su unificación en materia laboral; pero, no hay ninguna disposición que la haga invulnerable, y bien pudiera ser

que mediante razones decisivas llegare el caso de tener que rectificar las tesis que este Tribunal tiene sentadas sobre este particular. Pero en el que se estudia, esa rectificación no cabe.

No obstante que el inciso final del art. 3º de la Ley 6ª de 1945 expresa que cuando se trate de labores discontinuas o intermitentes, o de las actividades previstas en el parágrafo 1º del artículo mencionado, esto es, de las labores de dirección o de confianza, cuya remuneración adicional debe ser estipulada por las partes, nada autoriza para que, a falta de estipulaciones pueda señalarse, en la forma en que lo hace la sentencia recurrida, esa remuneración adicional, porque el Tribunal Supremo considera que ajustado un sueldo mensual para labores que de antemano se sabe que deben realizarse en horas distintas de las de jornada legal, esa remuneración cobija la totalidad del servicio que se preste.

Las disposiciones de la Ley 6ª de 1945 no introdujeron en esta materia sino una modificación en el sentido de procurar que el trabajo suplementario de las personas exceptuadas de la jornada legal sea remunerado mediante arreglo contractual.

Mas, como en el caso que se examina, parte del trabajo se operó bajo el régimen de la Ley 10 de 1934 y también parte bajo el Decreto 2350 de 1944 y la Ley 6ª de 1945 si al entrar en vigor esta última no se hizo estipulación expresa con el objeto de remunerar el trabajo suplementario, debe entenderse que las partes convinieron en que el sueldo mensual cobija todo el servicio prestado.

No es necesario hacer extensas consideraciones para sostener la tesis expuesta, porque, como ya se ha dicho, la jurisprudencia no puede llenar las deficiencias de la ley, si es que en esta parte se encuentra ineficaz. Quizo el legislador de 1945, en atención a la índole de ciertas labores, que no pueden hallarse sometidas a la jornada legal de las ocho horas, que se estipulase una sobre-remuneración equitativa para atender al pago del trabajo que se realizara en horas extras; pero en parte alguna expresó que en caso de que tal estipulación no existiese debía aplicarse la tarifa legal que el mismo artículo 3º de la Ley 6ª de 1945 establece para retribuir las horas trabajadas fuera de la jornada legal en las demás labores no exceptuadas de esa jornada. Si tal fuera el alcance de la parte final del parágrafo 3º del dicho artículo, sencillamente se habría llenado el objeto propuesto dejando de mencionar tales labores, y así se entendería que la remuneración de todo trabajo suplementario caería bajo la tarifa allí señalada. Así podría decirse que se autorizaba el trabajo fuera de las horas legales, pero con obligación de pagarlo,

de acuerdo con los porcentajes allí fijados. Pero si se hizo mención expresa de las actividades previstas en el Parágrafo 1º y se estableció que la remuneración adicional será estipulada equitativamente entre las partes, se está diciendo, que no habiendo estipulación alguna, no es dable a la justicia señalarla **ad-libitum.**

No sobra advertir, una vez más, que el procedimiento adoptado por los Jueces del Trabajo en el sentido de remitir a la ejecución de la sentencia la fijación del valor de ciertas prestaciones, es inadmisible, porque como se dijo en otra ocasión (juicio de Ismael Umaña contra Bernardo Uribe O.) el Código Judicial solamente permite acudir a tal procedimiento cuando de frutos, intereses, daños y perjuicios se trate, como puede corroborarse si en conexión se pone la alùdida disposición del art. 553 con la del art. 480 de la misma obra que hace enumeración taxativa de los casos en que puede hacerse la fijación del importe de la condenación en la ejecución de la sentencia.

Por estas breves razones el fallo va a ser casado parcialmente, para exonerar a la parte demandada del pago del trabajo suplementario a que hubo de condenarse.

En consecuencia, el Tribunal Supremo del Trabajo administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida, objeto de este recurso, en cuanto hace condenación por horas extras, en favor de la demandante, y no la CASA en lo demás.

Sin costas.

Notifíquese, publíquese, cópiese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase al Tribunal de origen.

Diógenes Sepúlveda Mejía. — Cástor Jaramillo Arrubla. — Luis Alberto Bravo. — Guillermo Martínez R., Secretario.

OPORTUNIDAD PARA INVOCAR LA JUSTA CAUSA DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR

No puede alegarse dentro del juicio determinado hecho como constitutivo de justa causa para el despido de un trabajador cuando en el momento de operarse éste no se expresó claramente que tal hecho fuese el motivo de ese retiro. No se puede, a **posteriori**, tratar de establecer una causa de despido que no fue puesta en conocimiento del empleado despedido oportunamente.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Sepúlveda Mejía)

Bogotá, septiembre ocho de mil novecientos cuarenta y siete.

Fernando Fábregas de Zugasti demandó ante el Juzgado Segundo del Trabajo a la sociedad denominada **Laboratorios Hormona S. A.**, gerenciada por Esteban Rosenberg, a fin de que se le condenase al pago de las siguientes prestaciones:

Primera.—Un mes de sueldo por ruptura intempestiva del contrato de trabajo, a razón de trescientos veintitrés pesos con ochenta y nueve centavos ($ 323.89);

Segunda.—Cinco meses de salarios por concepto de retiro injusto antes de cumplirse el término del contrato presuntivo, o sea la cantidad de mil seiscientos diecinueve pesos con cuarenta y cinco centavos ($ 1.619.45);

Tercera.—El valor de la cesantía correspondiente, estimada en seiscientos cuarenta y siete pesos, con setenta y nueve centavos ($ 647.49); y

Cuarta.—Vacaciones por un total de ciento ocho pesos con quince centavos ($ 108.15).

Tramitado el juicio, en sentencia proferida el 13 de julio, en estrados, se condenó a la parte demandada en los términos siguientes:

Primero.—Condénase al señor Esteban Rosenberg, en su calidad de Gerente y representante legal de la Empresa denominada "Labo-

ratorios Hormona Colombia S. A." a pagar al señor Fernando Fábregas la suma de trescientos veintitrés pesos con ochenta y nueve centavos ($ 323.89) por concepto del previo aviso que ha debido dar al actor Fábregas a la terminación unilateral del respectivo contrato de trabajo;

Segundo.—Condénase al señor Esteban Rosenberg, en su carácter de Gerente y representante legal de "Laboratorios Hormona Colombia S. A." a pagar al señor Fernando Fábregas la suma de mil seiscientos diecinueve pesos con cuarenta y cinco centavos ($ 1.619.45) correspondiente a cinco meses de remuneración, tiempo que faltaba para el vencimiento del contrato presuntivo de trabajo respectivo;

Tercero.—Condénase igualmente al señor Esteban Rosenberg, Gerente y representante legal de "Laboratorios Hormona Colombia S. A." a pagar al señor Fernando Fábregas la suma de quinientos doce pesos ochenta y dos centavos ($ 512.82) a título de cesantía del demandante Fábregas;

Cuarto.—Absuélvese al demandado, empresa "Laboratorios Hormona Colombia S. A." representada por el señor Esteban Rosenberg, de los demás cargos formulados en la demanda;

Quinto.—Las sumas mencionadas anteriormente con deducción de la de trescientos veinte pesos cincuenta centavos ($ 320.50 que el demandante Fábregas recibió a buena cuenta de sus prestaciones, deberán ser consignadas en la secretaría de este despacho dentro de los diez días siguientes al de la ejecutoria del presente fallo".

De esta providencia apeló el apoderado de la parte demandada para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, y esta entidad, con fecha once de octubre pasado, decidió el recurso en la forma siguiente:

"Revócase el numeral primero de la sentencia de fecha trece de julio del corriente año, proferida por el Juzgado Segundo Seccional del Trabajo de Bogotá, materia de la alzada".

"Refórmase el numeral segundo de la mencionada sentencia, en el sentido de condenar, como en efecto se condena, a la Empresa "Laboratorios Hormona Colombia S. A." representada por su Gerente, señor Esteban Rosenberg, a pagar al señor Fernando Fábregas la suma de mil cuatrocientos ochenta y un pesos moneda legal, por concepto de la remuneración correspondiente a cinco meses faltantes para la terminación del contrato presuntivo de trabajo.

"Refórmase el numeral tercero de la misma sentencia, en cuanto por ella se condenó a la Sociedad demandada a pagar al actor la su-

ma de $ 512.82 por concepto de cesantía, y, en su lugar, se le condena a pagarle la suma de ($ 452.31) cuatrocientos cincuenta y dos pesos con treinta y un centavos moneda legal.

"Confírmase el numeral cuarto de la misma sentencia, y en consecuencia **absuélvese** a la parte demandada de los demás cargos de la demanda".

"Parágrafo.—Las sumas mencionadas anteriormente, con deducción de las de trescientos veinte pesos con cincuenta y nueve centavos ($ 320.59) moneda legal, que el demandante Fábregas recibió a buena cuenta de sus prestaciones deberán ser consignadas ante el Juzgado del conocimiento, dentro de los diez días siguientes al de la ejecutoria de la presente sentencia".

El recurso

El apoderado de la parte demandada, no conforme con el resultado de la apelación que interpuso contra el fallo de primera instancia, ha intentado el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, y como el trámite se halla agotado, es la oportunidad de entrar a decidirlo, lo que se hará mediante las consideraciones que más adelante se expondrán.

La demanda

Dentro del término del traslado legal, el demandante formuló la demanda respectiva. En el Capítulo II se expresó así:

"El H. Tribunal incurrió en error de hecho y en error de derecho en la apreciación de pruebas, y violó, en consecuencia la ley sustantiva.

"Los errores de hecho en la apreciación de las pruebas son los siguientes:

"a) Acepta el H. Tribunal la declaración del señor Garay según la cual el actor señor Fábregas no estaba obligado a visitar médicos. Esta declaración está en contradicción manifiesta con el resultado de las pruebas recibidas;

"Confiesa el mismo demandante (hecho 1º de la demanda) que fue dado de alta con el empleo de propagandista científico. Como demuestra el expediente, y como es ampliamente conocido, la función del propagandista científico es la de visitar a los médicos para explicarles las características de las drogas respectivas;

"b) La carta de nombramiento folio 67 presentada por el mismo demandado también habla del empleo como propagandista científico.

"c) El doctor Havas como Jefe de Propaganda dio instrucciones al señor Fábregas para que visitase médicos en la ciudad.

"d) La carta de junio 9 de 1945 dirigida al señor Fábregas, cuya copia está firmada y reconocida por él mismo le obliga a visitar un mínimo de 35 médicos semanales en sus consultorios.

"e) El mismo demandante confesó en posiciones que recibió una lista de un número determinado de médicos, para visitar y comprobar direcciones con el objeto de destinarme a aquellos que se consideraren necesarios. "El señor Juez al recibir las posiciones no pidió al absolvente de conformidad con el art. 617 del C. J. que conteste de modo preciso, pero quedó claro que el señor Fábregas sí recibió tal lista de médicos y que solamente visitó una parte de ellos. Pregunta 10 de las posiciones".

"Es, pues, un error manifiesto aceptar contra toda esta evidencia, proveniente casi exclusivamente del mismo demandante, la única declaración contraria, que como se verá adelante, ni siquiera fue recibida en forma legal.

"Este error llevó al H. Tribunal a violar el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945 y el artículo 47 ordinal g) del Decreto 2127 del mismo año, pues no consideró el contrato como terminado por decisión unilateral, por incumplimiento del trabajador.

"No se tuvo en cuenta la prueba relativa a la terminación convencional del contrato de trabajo. En posiciones se preguntó al señor Fábregas si es cierto que aceptó el día 2 de marzo de 1946 la suma de $ 400.00 a buena cuenta de su cesantía causada por la terminación del contrato de trabajo, y éste contestó que sí recibió esta cantidad a buena cuenta de la liquidación que resultare finalmente de su cuenta corriente con el Laboratorio y a resultas de su despido. "No es exacta la contestación, porque el recibo (folio 18) reconocido por el mismo señor Fábregas, establece con claridad que se trataba de un pago a buena cuenta de la cesantía y demás prestaciones" que se deducirá al hacer la liquidación definitiva".

"Es decir, el señor Fábregas, que en ese momento reconoció que no podía seguir en el empleo y a quien se escribió una carta amistosa, destinada a no perjudicarlo, aceptó el despido y declaró por terminado el contrato de trabajo".

"El H. Tribunal no tiene en cuenta esta prueba y violó por este motivo el artículo 47 ordinal d) del Decreto 2127 citado, disposición ésta que, por su parte, se funda en las reglas generales de derecho colombiano, según las cuales todo contrato puede terminarse por mutuo acuerdo de los contratantes. (Artículo 1602 del C. C.).

"El H. Tribunal tampoco tuvo en cuenta que está plenamente probado, por los informes diarios firmados y reconocidos por el señor Fábregas (fol. 22 a 66) que no cumplió con su obligación de visitar médicos. Ni siquiera negó este hecho sino que quiso justificarlo negando su obligación de efectuar tales visitas".

Se estudia el cargo.

Es evidente que el mismo demandante afirma en el hecho 1º de su demanda que entró a trabajar como propagandista científico en la Empresa demandada. También se lee en la carta de 2 de julio de 1944 lo siguiente: "Tenemos mucho gusto en confirmarle por escrito nuestro acuerdo sobre su empleo como propagandista científico y agente de los Laboratorios "Hormona Colombia S. A.".

Lo es, además, que en la carta de junio 9 de 1945, dirigida por Laboratorios Hormona al señor Fábregas se le manifiesta lo siguiente: "1º Todos los agentes en la ciudad de Bogotá deben visitar semanalmente un mínimo de treinta y cinco médicos **en sus consultorios.** No se toman en cuenta en esta cifra las visitas a médicos que se hacen por la mañana en hospitales, instituciones, etc. "las condiciones señaladas en esta carta fueron aceptadas por el señor Fábregas, pues al pie de ellas aparece la firma del demandante, sin observación alguna.

En posiciones confiesa el demandante el hecho de habérsele ordenado visitar treinta y cinco médicos semanales. La pregunta novena se le formuló así: "¿Sí es cierto que recibió una lista de médicos a quienes debía visitar? Contestó: "Sí es cierto que recibí una lista de un número determinado de médicos para visitar y comprobar direcciones con el objeto de destinarme a aquellos que se considerasen necesarios". En la pregunta décima se dijo: ¿Sí es cierto que usted no visitó a estos médicos? Contestó: No es cierto, pues la mayoría fueron visitados".

Al folio 18 del expediente obra el comprobante de pago número 2110, firmado por el señor Fábregas que dice: "Suma a cuenta de la liquidación de su cesantía y demás prestaciones que se deducirá al hacer la liquidación definitiva... $ 400.00". Y en las posiciones absueltas por el citado Fábregas se encuentran las siguientes, en relación con este recibo: Preguntado: "¿Sí es cierto que usted recibió el día 2 de marzo de 1946 la suma de cuatrocientos pesos ($ 400.00) de Laboratorios Hormona Colombiana S. A.? Contestó: Sí es cierto. Leída la aprobó. Al punto 2º que dice: ¿Sí es cierto que usted aceptó esta suma a buena cuenta de su cesantía causada por la terminación del contrato de trabajo que se había celebrado entre Laborato-

rios Hormona S. A. y usted? Contestó: Sí es cierto que recibí esta cantidad a buena cuenta de la liquidación que resultare finalmente de mi cuenta corriente con el Laboratorio Hormona y a resultas de mi despido de la misma. Leída la aprobó. Al punto 3º que dice: ¿Sí es cierto que la Sociedad demandada le pagó esta suma de cuatrocientos pesos ($ 400.00) antes de haber podido hacer la liquidación definitiva, en vista de que no se presentó ninguna controversia sobre la terminación del mencionado contrato de trabajo? Contestó: Sí es cierto".

Lo primero que puede observarse en este negocio es que la Empresa demandada alega que el empleado Fábregas no cumplió con sus obligaciones de conformidad con las obligaciones que constan en la carta de 9 de junio, y que esa fue la causa del despido, y al mismo tiempo sostiene que hubo un acuerdo mutuo para dar por terminado el contrato, lo cual es una ostensible contradicción

Las pruebas traídas por la Sociedad demandada a los autos pueden acusar negligencia del empleado o deficiencia en la prestación del servicio; pero no destruyen el hecho cardinal de que el empleado fue despedido en virtud de la carta de fecha 28 de febrero de 1946, en la cual se le avisa que el cargo que venía desempeñando fue suprimido.

"Por orden de la Gerencia, me permito comunicar a usted que desde la fecha ha sido suspendido el cargo que usted ocupa en la organización de los Laboratorios "Hormona Colombia S. A.", razón por la cual ruego a usted se sirva hacerme entrega, en mi oficina, de las pertenencias de la Empresa que tenga en su poder".

"Por razón de que sus emolumentos provienen de porcentajes de venta y, como la facturación correspondiente al presente mes sólo podrá terminarse en el curso de los primeros días del próximo mes, la liquidación total de su cuenta y, por consiguiente, de sus prestaciones sociales, sólo podrá efectuarse el próximo sábado o a más tardar el lunes 4 de marzo venidero".

Son estos los términos de la aludida carta, en la cual no se hace referencia alguna al incumplimiento de las obligaciones de Fábregas como causa generadora del despido.

La Empresa en carta de fecha 9 de abril de 1946 hizo la liquidación de las prestaciones y diciendo ceñirse a las disposiciones legales vigentes reconoce en favor de Fábregas el auxilio de cesantía, al cual no habría tenido derecho el empleado si su despido hubiese sido ocasionado por incumplimiento de sus obligaciones. Pero, más tarde, ya en el juicio, la Sociedad demandada ha sostenido, con base

en las pruebas que señala el recurrente, que el retiro del trabajador fue por la expresada causa.

Pero todas estas constancias procesales y la misma confesión del demandante en el sentido de que recibió determinada cantidad porque no hubo controversia en relación con la terminación del contrato, nada significa en favor de la Empresa demandada, porque si es verdad que el empleado se allanó a su retiro fue en virtud del ofrecimiento expreso de que se le pagarían sus prestaciones sociales, como se desprende sin lugar a duda de las comunicaciones que obran en el expediente.

Es evidente que la Empresa pudo despedir a su empleado por falta de cumplimiento de sus obligaciones; pero no lo hizo así. La carta que el señor apoderado de la Empresa califica de despido amigable habla de la supresión del cargo que venía desempeñando Fábregas en Laboratorios Hormona, y en parte alguna hace referencia a la conducta del empleado. Por lo que no es aceptable que sea en el juicio en donde haya pretendido demostrarse que el demandante fue despedido por aquella falta de cumplimiento de sus obligaciones como trabajador de la Sociedad demandada.

Todas las pruebas que el recurrente considera que fueron desestimadas por el Tribunal resultan desvirtuadas por las propias palabras de la demanda de casación pues en ellas se reafirma en forma indudable que sí hubo despido, al mismo tiempo que, en forma contradictoria, se pretende sostener que fue un retiro convenido entre las partes de modo amistoso.

El Tribunal Supremo estima que no puede alegarse dentro del juicio determinado hecho como constitutivo de justa causa para el despido de un trabajador cuando en el momento de operarse éste no se expresó claramente que tal hecho fuese el motivo de ese retiro. En el presente caso no ocurrió así sino que, al contrario, se le reconoció el derecho al pago de prestaciones que no le hubieran correspondido si aquella justa causa hubiera existido. No puede, pues, a posteriori tratar de establecerse una causa de despido que no fue puesta en conocimiento del empleado despedido, oportunamente.

En el presente caso, si Fábregas no estaba dando cumplimiento a la obligación de visitar el número de médicos que se le había indicado en la carta de 9 de junio la Empresa pudo despedirlo por esta razón, pues no es exacta la aseveración que hace el Juez de primer grado en el sentido de que las instrucciones dadas al empleado no le eran de obligatorio cumplimiento; pero la Empresa no despidió al demandante por esa causa, sino que simplemente suprimió el cargo que desempeñaba, lo cual es muy distinto.

Por lo que queda dicho, el cargo no puede prosperar.

Segundo cargo.

Errores de derecho.

En este capítulo el recurrente se refiere a la declaración del señor Ladislao Garay, que en su concepto, no debió ser tenida en cuenta por el Tribunal, porque no tenía el Juez autorización para hacer comparecer como testigo al expresado señor en virtud del artículo 35 del Decreto 969 de 1946. Que esa declaración no debió recibirse y que por tanto se violó el artículo 597 del C. J.

Este cargo no se encuentra formulado de acuerdo con la técnica de casación; no dice qué causal invoca ni cuál es el concepto de la violación. El Tribunal no se detiene a analizarlo entre otras cosas porque no se refiere a violación de disposición sustantiva, y si bien es cierto que el precepto del Decreto 969, citado por el Juez, no permitía la comparecencia del testigo, sí tuvo apoyo tal procedimiento en el artículo 50 del mismo Decreto.

Se desestima este cargo.

En este mismo capítulo dice el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho al desechar como prueba la carta de junio 9 de 1945. Afirma que fueron violados los artículos 637 y 645 del C. J.

"La Ley 6ª de 1945 (art. 1º), la Ley 10 de 1934 (art. 13) y el Decreto 2127 (arts. 14 y 17) permiten a las partes fijar las condiciones del contrato mientras no sean ilícitas. La carta aceptada por el demandante mediante su firma, constituye una estipulación lícita escrita, que no puede desecharse, a menos que se pruebe la falsedad de la firma del demandante".

Este cargo tampoco está formulado de acuerdo con la técnica de casación.

El Tribunal Supremo, con todo, debe expresar aquí que no está de acuerdo con el criterio del Juez de primer grado, que el Tribunal Seccional acoge, en lo que hace a las obligaciones del empleado de cumplir las condiciones señaladas en la referida carta. Se sostiene que el trabajador no estaba obligado a cumplir las condiciones impuestas unilateralmente con posterioridad a la celebración del contrato, en los siguientes términos:

"Con fundamento en las razones que preceden, toda modificación unilateral por parte del patrono en las condiciones contractuales, haciéndolas más gravosas, no obliga al trabajador, quien conserva la facultad de terminar unilateralmente el respectivo contrato. Es por ello por lo cual, a juicio de este despacho, el actor Fábregas no es-

taba obligado a cumplir con las condiciones de trabajo señaladas en la comunicación de la Empresa demandada que obra a folios 20 del informativo (sic) fijadas unilateralmente con posterioridad a la celebración del contrato de trabajo, y cuyo incumplimiento no puede ser alegado por la Sociedad referida como causal de despido".

El Tribunal Supremo considera que si el trabajador Fábregas aceptó las condiciones señaladas en dicha carta, estaba obligado a cumplirlas. Si las halló inaceptables, el camino habría sido el de no aceptarlas. Pero no hubo objeción por su parte y el contrato debió cumplirse bajo ellas, y no es dable alegar que, después de haberse surtido todo un nuevo período de seis meses y unos meses del cuarto período, el trabajador podía romper unilateralmente el contrato y la Empresa se hallaba en imposibilidad de exigir el cumplimiento de esas obligaciones. Vale decir que la Empresa estaba sometida a mantener indefinidamente a un trabajador que no estaba sometido a ninguna condición en la prestación del servicio, lo que es inadmisible.

Pero estas consideraciones se hacen a sabiendas de que no tienen ninguna incidencia en la decisión del recurso y solamente para fijar el criterio del Tribunal Supremo, porque no obstante los términos de la carta aludida, su incumplimiento no fue la causa del despido del trabajador.

Los demás cargos que aparecen en este capítulo sobre recepción de pruebas se refieren a cuestiones adjetivas que no pueden ser objeto de estudio en casación. Dice el recurrente que el Tribunal violó las reglas relativas a la carga de la prueba. Que una vez probada la existencia del contrato de trabajo celebrado por tiempo indefinido correspondió a la parte demandada la justificada terminación unilateral o convencional del contrato, y que al demandante le corresponde desvirtuar esta prueba. Cita el art. 1757 del C. C. que expresa que incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta. Para el Tribunal no hay duda alguna, se repite una vez más de que la carta que el recurrente califica de despido amistoso es prueba suficiente de la terminación unilateral del contrato, por parte de la Empresa. Ya está dicho que no es aceptable que en el juicio se trate de establecer hechos que no fueron tomados en consideración en el momento del despido, como causa para su justificación. Por eso tampoco es viable este cargo.

El cargo sobre violación de la Constitución Nacional no puede examinarse por la manera vaga como viene formulado. Auncuando se cita el art. 20 de la Codificación en casación no cabe este estudio.

Se dice que fuera de la Constitución Nacional se violó la Ley 6ª de 1945, y entonces es forzoso repetir aquí que de conformidad con el art. 531 del C. J. para que una demanda de casación sea tomada en cuenta es necesario que se acomode su formulación a la técnica respectiva, de lo cual carece casi en su totalidad la que es motivo de este análisis. No se puede señalar como violado todo un Código, ni toda una ley, ni toda la Constitución Nacional. En forma clara determina la disposición del art. 531 los requisitos que debe llenar la demanda de casación, que en este caso se echan de menos.

Por último dice el recurrente que se violaron los arts. 8 y 11 de la Ley 6ª de 1945 y los arts. 47, 48 y 49 del Decreto 2127 del mismo año. Toda la alegación gira al rededor del hecho de que Fábregas no cumplió con la obligación de visitar los 35 médicos, lo que justificó su despido. Pero, una vez más, insiste en que el contrato terminó por mutuo consentimiento y como estos aspectos de la cuestión han sido analizados atrás, el Tribunal no debe repetir aquí lo que ya expresó claramente, al anotar la contradicción en que incurre la demanda cuando unas veces afirma que hubo despido justificado y otras que la terminación del contrato fue el resultado de un acuerdo de voluntades.

Al referirse el recurrente a la violación del art. 11 de la Ley 6ª de 1945 no enfocó el problema de competencia de la jurisdicción especial, en el momento del fallo, proferido antes de la vigencia de la Ley 64 de 1946, para hacer la condenación por salarios presuntivos considerados como indemnización de perjuicios, razón por la cual este Tribunal se abstiene de examinar este aspecto del problema debatido, único en el cual habría podido prosperar el recurso; el concepto de la violación no se refiere a él, por lo cual nada puede decidirse al respecto.

En mérito de las consideraciones que quedan expuestas, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia objeto de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase al Tribunal de origen.

Diógenes Sepúlveda Mejía. — Cástor Jaramillo Arrubla. — Luis Alberto Bravo. — Guillermo Martínez R., Secretario.

I. INOBSERVANCIA DE REGLAS ADJETIVAS EN LOS JUICIOS. — II. PRUEBA DE POSICIONES

I. — La simple inexistencia de la nota de presentación personal de la demanda, o la inobservancia del reparto, o la omisión de providencias tales como las relativas al envío o al recibo de un negocio en el caso de tránsito de jurisdicción, no bastan para fundar el recurso de casación, si, por otra parte, no hay duda de que el Juez tiene competencia por razón de la materia, del lugar o de la cuantía, si se han hecho las notificaciones personales que la ley ordena expresa y taxativamente, y si, además, aparece que la misma parte demandada ha comparecido en juicio.

II. — No habiendo señalado el Decreto 969 de 1946 norma especial reguladora de la prueba de posiciones, era necesario, vigente dicho Decreto, estarse a lo dispuesto sobre el particular por el Código Judicial; de tal suerte que si decretadas las posiciones, la persona citada personalmente no se presenta en la hora y lugar designados para absolverlas, "se presumen ciertos los hechos preguntados y admisibles, previos los trámites de una articulación", o sean los señalados en el artículo 395 de la misma obra.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Bravo)

Bogotá, diez de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete.

Blanca Salazar demandó, por medio de apoderado, a la Empresa "Gran Panadería y Bizcochería Palace" de esta ciudad para el pago de auxilio de cesantía y remuneración de trabajo en domingos y demás días de fiesta y en horas extras. Señaló como hechos el haber sido despedida sin justa causa el 15 de julio de 1945 después de prestar servicios de empleada no sólo en los días ordinarios sino también en los de fiesta y fuera de la jornada legal, desde el 28 de diciembre de 1938, con un sueldo de $ 40.80 mensuales, en los últimos años.

El juicio se inició en el Juzgado 1º Municipal del Trabajo de Bogotá, pero una vez que comenzaron a funcionar los Juzgados especiales del trabajo, pasó al primero de los de este Círculo judicial, que lo falló condenando a la entidad demandada al pago de la suma de $ 1.561.88 m. c.

En virtud de apelación interpuesta por el apoderado de la parte demandada, subió el negocio al Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá. Este reformó la sentencia de primer grado en el sentido de reducir a $ 1.194.92 m. c. la cantidad que la "Gran Panadería y Bizcochería Palace" debe pagar a Blanca Salazar.

Interpuesto el recurso de casación por la parte demandada, y surtidos los respectivos trámites legales, se procede a decidirlo.

En su breve demanda de casación que más parece un simple alegato de instancia, dice el recurrente:

"La sentencia viola la ley sustantiva porque no se dio aplicación a los siguientes preceptos: 312 del C. J.; 618 de la misma obra; 15 del Decreto 969 de 1946. Incurrió por otra parte en las causales de nulidad que contempla el art. 448 en sus numerales 1º y 3º Causales 1ª y 6ª art. 520 del C. J.".

Y en un capítulo que denomina "Crítica Jurídica de la sentencia acusada", expone los cargos así:

"Primero. La demanda no fue presentada por el apoderado de la demandante en la forma que exige el art. 223 del C. J. La nota de presentación personal brilla por su ausencia. Además el Juez abocó (sic) el conocimiento sin haber sometido el negocio al correspondiente reparto.

"Segundo. El Juez Primero Municipal del Trabajo quedó privado de jurisdicción para conocer de las controversias del trabajo en cuanto empezó a funcionar la rama jurisdiccional del trabajo. Los términos quedaron en suspenso una vez que los asuntos del trabajo pasaron a los Jueces competentes. De manera que el Juez del conocimiento ha debido dictar una providencia por medio de la cual abocaba (sic) el conocimiento del negocio, providencia que, en virtud del art. 312 del C. J. ha debido ser notificada personalmente al Gerente de la Gran Panadería y Bizcochería Palace, S. A. El Juez Primero del Trabajo dio cumplimiento a un auto, el que señalaba día y hora para la celebración de la audiencia, proferido por el Juez Primero Municipal sin que las partes tuvieran noticia legal de que había abocado (sic) el conocimiento del negocio. De suerte que la parte demandada no fue notificada ni emplazada en la forma ordenada por la Ley.

"Hallándose los términos en suspenso técnicamente y consultan-

do los intereses de ambas partes, no los de una solamente, el nuevo juzgador ha debido levantar la suspensión mediante la correspondiente providencia; jamás celebrar una audiencia cuya fecha había fijado el funcionario a quien la creación de la jurisdicción del trabajo había arrebatádole la competencia.

"Tercero. El Gerente fue notificado para que absolviera unas posiciones, no para que acudiera a la celebración de una audiencia. Me confirió poder para que las absolviera a su nombre; el Juez aceptó y ordenó que, en día posterior, compareciera mi poderdante con el fin de absolver tales posiciones. Este auto que había sido apelado por mí no le fue notificado personalmente a mi mandante sin embargo fue declarado confeso. Se violaron las disposiciones contenidas en el párrafo 2º, Libro II, Título XVII, Cap. 2º del C. J. Cuando el absolvente que ha sido debidamente notificado no concurre a absolver las posiciones pedidas, los hechos preguntados y admisibles se presumen ciertos pero para que se pueda hacer tal condenación menester es observar el rito ordenado en el art. 618 del C. J.".

"A mi poderdante se le privó hasta de la oportunidad de demostrar por qué motivo no había acudido".

Se considera:

Es evidente que no hay constancia de que la demanda hubiese sido presentada personalmente por el demandante o por su apoderado ni que el negocio se sometiera a reparto.

Asimismo, es cierto que el Juez Primero Municipal del Trabajo no dispuso por medio de auto el envío del expediente a los Jueces especiales, cuando éstos comenzaron a funcionar. Ni el Juez Primero del Círculo Judicial del Trabajo de Bogotá, al avocar el conocimiento del juicio, notificó de ello a las partes. Tampoco hizo nuevo señalamiento de día y hora para audiencia, sino que dio cumplimiento a la providencia que al respecto había proferido el del Municipio.

Pero la simple inexistencia de la nota de presentación personal de la demanda o la inobservancia del reparto o la omisión de providencias tales como las relativas al envío o al recibo de un negocio en el caso de tránsito de jurisdicción, no bastan para fundar el recurso de casación, si, por otra parte, no hay duda de que el Juez tiene competencia por razón de la materia, del lugar o de la cuantía, si se han hecho las notificaciones personales que la ley ordena expresa y taxativamente, y si, además, aparece que la misma parte demandada ha comparecido al juicio.

Y como es indiscutible que el Juez Primero Municipal del Tra-

bajo de Bogotá era competente para conocer de este juicio en el momento en que se inició, y consta en el expediente (fol. 8 vto.) que al demandado se notificó personalmente la primera providencia dictada, según los trámites del procedimiento verbal, no pueden prosperar los cargos sostenidos en los puntos 1º y 2º del escrito del recurrente.

La tesis según la cual al pasar de la jurisdicción ordinaria a la especial fuera menester llevar a cabo nuevas notificaciones personales, no es aceptable, ya que no se trata de un asunto judicial distinto.

En consecuencia, se rechazan los referidos cargos.

Respecto a la declaración de confeso hecha contra el Gerente de la Empresa demandada por el Juez de primera instancia, dice el fallo del Tribunal:

"El actor, como se dijo atrás, solicitó que el Gerente de la Empresa demandada absolviera posiciones dentro del juicio. El Juez aceptó la solicitud por auto que obra en el folio 13 del expediente y ordenó la notificación personal del demandado en la misma providencia. Esta notificación se llevó a cabo según consta en la boleta de citación que aparece en el folio 17, y el demandado quedó en esta forma enterado de que se trataba de la absolución de posiciones. Tan cierto es esto que en nota-respuesta de una notificación personal (fol. 19) dijo al Juez del conocimiento que se da por notificado de la providencia en la cual se le ordena comparecer a absolver posiciones agregando que confiere poder al abogado Carlos Delgado Morales para que las absuelva en nombre suyo. El funcionario del conocimiento, con muy buen acierto, no accedió a semejante solicitud, porque se trataba de obtener la prueba de confesión, y es sabido que ésta busca la declaración, por boca del mismo obligado de hechos que son personales, excluyendo por consiguiente la posibilidad de que persona extraña, a quien naturalmente no constan tales hechos, pueda confesarlos. La absolución de posiciones y por ende la confesión puede también hacerse por medio de apoderado, como lo dice el art. 622 del C. J., únicamente "sobre hechos que ellos (los apoderados) hayan ejecutado en nombre de sus representados, y es claro que los enunciados en el pliego habían sido ejecutados personalmente por el Gerente de la Empresa y sólo él tenía conocimiento personal de los mismos, por la cual razón no podía aceptarse que persona a quien no le constaba fuera a declarar en posiciones sobre su existencia. Por esta razón, el Tribunal confirma el auto por medio del cual se negó la solicitud de Gmunder tendiente a que su apoderado

absolviera las posiciones mencionadas. Ahora bien. No habiendo asistido el demandado a absolver las posiciones que le fueron propuestas, con el pretexto de que las absolviera quien en la ley no podía hacerlo, lo hacía incluso en desobediencia al mandato legal, y el Juez no tenía otro camino que proceder a calificar dichas posiciones, sin que hubiera sido necesario dictar nuevo auto de citación, y a declarar confeso al absolvente en aquellos hechos que hubieren sido preguntados y que fueran admisibles".

"Pero se arguye que el Juez ha debido abrir un especial incidente para hacer tal declaratoria, mediante una articulación. No ha reparado el apoderado del actor que a la fecha en que las posiciones fueron pedidas, en que se hizo la citación personal y en que fue declarado confeso el demandante, se encontraba en vigencia el Decreto Nº 969 sobre procedimiento en los juicios del trabajo que aunque no excluía del juicio cierta clase de incidentes, decía que ellos no interrumpían el curso del juicio y dejaba las apelaciones que se solicitaran para que fueran concedidas en el momento de conceder la de la sentencia si ésta fuere apelada".

Ciertamente, como anota el Tribunal sentenciador, en la fecha en que las posiciones fueron pedidas, en que se hizo la citación personal y en que fue declarado confeso el demandado, se encontraba en vigencia el Decreto Nº 969, sobre procedimiento en los juicios del trabajo, conforme al cual "los incidentes que surjan en el curso del juicio no interrumpen la marcha del mismo, y las apelaciones que preceden se concederán con la de sentencia, si esta fuese apelada". (Art. 29).

Pero el citado Decreto no estableció regulación especial de la prueba de posiciones, y por tanto era el caso de dar aplicación a las normas pertinentes del Código Judicial, cuyo art. 618 dispone que "Cuando la persona citada personalmente no se presenta en la hora y lugar designados, se presumen ciertos los hechos preguntados y admisibles, previos los trámites de una articulación", o sean los que señala el art. 395 de la misma obra.

Dice el Tribunal "que el Juez no se negó a abrir el procedimiento especial para la declaratoria de confeso". Y agrega: "Basta observar que dentro de la audiencia celebrada el 10 de julio, a la cual no asistió el demandado encontrándose debidamente citado, el apoderado del actor pidió que se declarara confeso, "previos los trámites correspondientes". Inmediatamente el Juez corrió traslado de esta solicitud notificándola en estrados como lo mandaba el mismo Decreto 969, y ante la falta de oposición causada en la deliberada au-

sencia del demandado y de su apoderado, decretó la declaratoria de confeso".

Aunque tal procedimiento fuera el más acorde con el principio de la oralidad y el más eficaz en orden a la pronta decisión de las controversias del trabajo, carecía de fundamento legal.

El Tribunal Supremo halla, pues, justificada, la primera causal del artículo 520 del C. J., invocada por el recurrente, por falta de aplicación del artículo 618 de la misma obra, el cual tiene carácter sustantivo puesto que provee a la defensa de las partes.

Por otra parte encuentra que dentro de la audiencia celebrada el 28 de junio de 1946, el Juez hizo nuevo señalamiento de día y hora para que el señor Emilio Gmunder compareciera a absolver las posiciones que se le pidieron, providencia ésta que no se notificó personalmente.

Por lo expuesto, el Tribunal Supremo del Trabajo administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida del Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá y, en su lugar, REVOCA la de primera instancia y resuelve ordenar al Juez del conocimiento que dé cumplimiento al artículo 614 del Código Judicial señalando nueva fecha para la diligencia de absolución de posiciones y notificando el auto respectivo personalmente al absolvente y, si no compareciere éste, que observe el procedimiento del artículo 618 del Código citado, en armonía con el 395 del mismo.

En consecuencia, el juicio continuará tramitándose a partir de ese señalamiento, en adelante.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase al Tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo. — Cástor Jaramillo Arrubla. — Diógenes Sepúlveda Mejía. — Guillermo Martínez R., Secretario.

AUTO DICTADO POR EL TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO EN EL JUICIO ORDINARIO DE MIGUEL VERGARA REY CONTRA LA NACION

I. DIFERENCIAS ENTRE EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL DE OBRA. — EL TRIBUNAL SUPREMO ES ENTIDAD DE II. CASACION Y NO DE APELACION

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Jaramillo Arrubla)

Bogotá, septiembre veintinueve de mil novecientos cuarenta y siete.

La Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia envía a este Tribunal el juicio ordinario seguido por el señor Miguel Vergara Rey contra la Nación, en virtud del auto de 28 de marzo último proferido por esa H. Sala, que dispone remitirlo a esta entidad con fundamento en el artículo 68 de la Ley 6ª de 1945.

El artículo citado dice así:

"Los negocios atribuídos a la jurisdicción especial del trabajo, de que vengan conociendo los Jueces ordinarios, pasarán, en el estado en que se hallen, a los Tribunales del Trabajo, tan pronto como éstos se organicen".

Dos cuestiones surgen de esa disposición que es preciso analizar para saber si esta entidad es la competente para conocer de ese litigio: si él es de los atribuídos a la jurisdicción especial del trabajo y si éste es el Tribunal a quien corresponde, por razón de sus funciones, su conocimiento.

I. — Naturaleza del litigio

Es necesario saber si el juicio es de los atribuídos a la jurisdicción ordinaria o a la especial del trabajo.

La H. Sala remitente considera, después de analizar la demanda y su respuesta, que este es un litigio de naturaleza laboral. Para ello se basa en las siguientes consideraciones:

"Salta a la vista que la controversia surgida entre Vergara y la Nación tiene estas características: emanó de que aquél le prestó a ésta servicios personales sujetándose desde luego, al horario, reglamentos y control de la Empresa del Ferrocarril del Pacífico, y mediante una remuneración por jornal que es la que cobra ahora a la Nación".

Detenidamente examinada la obligación que a la Empresa del Ferrocarril del Pacífico le quiera hacer efectiva don Miguel Vergara Rey, se ve que ella cabe dentro de la disposición del artículo 69 de la Ley 6ª de 1945... Es pues, a la jurisdicción del trabajo a quien le incumbe ahora pronunciarse sobre tal cuestión y hacer las declaraciones correspondientes a súplicas como las que la demanda contiene".

"Porque la jurisdicción del trabajo está instituída para decidir de las controversias entre patronos y asalariados, o entre asalariados solamente con motivo de la interpretación o ejecución de las cláusulas del contrato de trabajo o de las que se susciten con ocasión de la interpretación o aplicación de la legislación del trabajo".

Para mejor dilucidación de la naturaleza jurídica del litigio, conviene tener en cuenta que el señor Vergara Rey demandó a la Nación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Civil, el 4 de mayo de 1940, mediante juicio ordinario de mayor cuantía, para que se la condene a pagarle la cantidad de un mil ciento treinta y seis pesos con treinta y ocho centavos ($ 1.136.38) que le adeuda por los conceptos que expresa en los hechos de su demanda.

Esos hechos dicen textualmente:

"1º—El 18 de febrero de 1929, más o menos, a insinuación del señor Gregorio Martín contratista con el Ferrocarril del Pacífico celebré contrato con el Ingeniero doctor Jaime Botero Isaza sobre una obra de mampostería, en el K. 327 de la vía Zarzal-Armenia, principiada por el compareciente el 21 de febrero y terminada el 10 de agosto del mismo año. El contrato se hizo a razón de cinco pesos el metro cúbico, adquiriendo el compareciente como única obligación, fuera de la de entregar la obra, la de pagar el agua necesaria".

"2º—Al mismo tiempo que se comenzaba el trabajo de mampostería sobre una excavación ya hecha por el Ferrocarril, contraté la excavación de una sección, en el mismo lugar, por la cantidad global de $ 550.00 contrato que cumplí sin perjuicio del anterior. Principió el 16 de marzo y terminó el 15 de mayo de 1929".

"3º—Al mismo tiempo que con mis obreros daba cumplimiento a los contratos mencionados, me dediqué a trabajar personalmente,

como cabo director de trabajos en otra sección de excavación y en el mismo lugar, devengando un jornal de cuatro pesos ($ 4.00). Esto se hizo entre el 1º de junio y el 10 de agosto del año citado".

"4º—De esta suerte la Caja de la Empresa me debía valores que correspondían a los contratos de excavación y mampostería por una parte y a los jornales devengados por otra".

"5º—La Empresa me pagó varias cantidades por medio de planillas, pero sin hacer las imputaciones correspondientes a los contratos y a las obras adelantadas por administración y también sin distinguir que en algunas ocasiones se me debieron simultáneamente diversos valores y por diversos conceptos".

"6º—Del 1º al 20 de febrero de 1929, por ejemplo, no hubo contrato y sin embargo devengué por conceptos de jornales la cantidad de $ 306.68 y $ 45.00 por descanso dominical, cantidades que la Empresa imputa al pago de contratos, que en esa fecha no existían".

"7º—Entre el 16 de marzo y el 16 de mayo, cumplí totalmente el contrato de excavación a que hice referencia; y al mismo tiempo, cumplía parcialmente el contrato de mampostería, de manera que en el lapso indicado la Empresa tenía **dos** y no una obligación de pagar".

"8º—Entre el 1º de junio y el 10 de agosto, al mismo tiempo que con mis obreros daba cumplimiento al contrato de mampostería, servía a la Empresa como obrero, a jornal de $ 4.00, en la última sección de excavación que se hacía por administración directa. Por concepto de jornales la Empresa me debía la cantidad de $ 676.70 más el valor de $ 108.00 por concepto de dominicales en ese lapso. El Ferrocarril en sus cuentas imputa estos valores al contrato de mampostería, como si mi trabajo personal no hubiera existido".

"9º—Es de advertir, además, que fuera de los contratos indicados y de los trabajos a jornal ya mencionados, hice también otros diversos trabajos en la misma Empresa".

"10.—Debido a una confusión en las cuentas del Ferrocarril del Pacífico y al hecho de haberse negado a describir las distintas cuentas en lugar de confundirlas, dicha entidad, de propiedad nacional, se ha negado a pagarme los siguientes valores:

Por jornales en la excavación hecha por administración entre el 1º y el 20 de febrero de 1929 ..... $ 306.68
Por descanso dominical en el mismo tiempo 45.00
Por jornales en la excavación hecha por administración en-

tre el 1º de junio y el 10 de agosto de 1929 ..... 676.70
Por descanso dominical hasta el 2 de junio de 1929..... 108.00

Con un total .....$ 1.136.38

11.—El Ferrocarril al exigirle el pago de estos valores alega que como de las planillas resultan pagadas las cantidades correspondientes a los contratos nada se me debe, error que como ya dije consiste en imputar a los contratos, el valor pagado por jornales devengados en obras simultáneas y viceversa, lo cual constituye un círculo vicioso perjudicial para mis intereses y aprovechable por la Empresa".

"12.—Con citación del Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales y del señor Fiscal del H. Tribunal Superior de Cali, los representantes administrativo y judicial respectivamente, de la Nación, se llevó a cabo un examen pericial de las cuentas del Ferrocarril en relación con los hechos de esta demanda habiéndose llegado a la conclusión de que la Nación está en mora de pagarme los valores indicados en el hecho 10 de este libelo, acuerdo tomado por los peritos tercero y el designado por mí".

"13.—Es evidente que si las cantidades dichas se imputan en los pagos hechos a los contratos,se me deben esas cantidades por concepto de jornales; y si se imputan a jornales, se me deben por concepto de los contratos".

Dos clases de contratos resultan expuestos por el demandante en los hechos anteriores; unos de construcción o de realización de obras determinadas, o sea, contratos de obra, y otros de prestación de servicios materiales como obrero, a jornal, o sea, contratos de trabajo.

El actor no sabe a qué clase de convenios inputar la suma que cobra, pues en el hecho 13º de su demanda, ya transcrito, expresa una clara duda al respecto, cuando manifiesta que si ese dinero se abona a pagos hechos a los contratos de obra se le debe tal cantidad por concepto de jornales; y que si se le imputa a contrato de trabajo, se le debe por concepto de los contratos de obra.

Es claro que si se le debe la suma que cobra por razón de los contratos de obra, la naturaleza del litigio es civil y corresponde, por lo tanto, decidirlo a la justicia ordinaria. Al paso que si se le debe por razón de los contratos de trabajo, el juicio es de carácter laboral y debe fallarlo la jurisdicción especial del trabajo.

Importa, pues, como cuestión fundamental, definir si el actor co-

bra la suma demandada por razón de una clase de contratos o de otra. Y para mejor precisar este sustancial asunto, es evidente que debe dejarse claramente establecido cuál es el contrato de obra y cuál es el contrato de trabajo. Sólo así podrá definirse la naturaleza del presente litigio.

Contrato de obra y contrato de trabajo.

No hay necesidad de hacer un detenido estudio para demostrar la diferencia que existe entre ellos. Es sabido que la distinción tiene origen en el derecho romano que conoció la **locatio conductio rerum** (arrendamiento de cosas), la **locatio conductio operarum** (arrendamiento de servicios) y la **locatio conductio operis** (arrendamiento de obra).

Los Códigos Civiles del Siglo pasado que se inspiraron en el napoleónico de claro origen romanista, como el chileno y el nuéstro, conservaron esta distinción entre arrendamiento de obra y de servicios. Hoy este último es el que ha venido a denominarse contrato de trabajo y aquél contrato de obra.

El avance de la vida contemporánea en todos los órdenes y principalmente en los nuevos sistemas de producción indican que las formas elaboradas por el derecho clásico resultan insuficientes para explicar y disciplinar la relación de trabajo. Por eso principió a usarse la expresión contrato de trabajo y a emplearse oficialmente en algunos países de Europa en sus modernas legislaciones. Primero Bélgica, después Suiza y más tarde Francia, hasta que hoy aparece adoptada esa denominación casi unánimemente por la doctrina.

"El paralelismo con la locación de servicios —explicó Josserand—, procede de un punto de vista arcaico y superficial; se comprende en tiempo de esclavitud, cuando el trabajo era servil; no cuadra ya con las ideas modernas de libertad humana y de independencia de los trabajadores; regido por un estatuto original, el contrato antes llamado arrendamiento de servicios ha conquistado su autonomía; ha surgido el contrato de trabajo, y bajo este vocablo no se evoca ya, en el fondo ni en la forma, el recuerdo del arrendamiento de cosas, los servicios prestados por una persona no pueden ser vaciados en el mismo molde que los prestados por las cosas". (Curso de Derecho Civil Positivo Francés).

Siempre ha existido un convenio del cual una persona se obliga o compromete a prestar sus servicios a otra. Pero sólo con la aparición de Derecho del Trabajo a fines del siglo pasado surgió el problema de la distinción de servicios del hombre para el hombre.

Un destacado autor americano de estas materias afirma que el tratadista alemán Lotmar fue el primero que dijo en 1902 que debía revisarse el concepto de contrato de trabajo. Según este último, existen dos tipos de contratos de prestación de servicios, aquel en el cual la remuneración se paga en relación con el tiempo y el que obtiene la remuneración según el resultado del trabajo. El primero sólo comprende el servicio por jornal y el segundo se refiere a una parte del antiguo arrendamiento de obra y, por lo tanto, al contrato de obra.

Es importante, más aún, fundamental, establecer esa distinción entre uno y otro, porque el contrato de trabajo se rige por las leyes de orden laboral y el segundo por las normas civiles. "La primera preocupación del jurista en esta materia, debe ser la distinción entre el contrato de trabajo y la locación de obra", ha dicho con toda propiedad el tratadista italiano Leónidas Anastasi.

Está ya definido por la doctrina en el nuevo Derecho, y lo acepta nuestra legislación, que para que exista contrato de trabajo se requieren tres requisitos: a) la prestación de un servicio personal; b) bajo una continuada dependencia o subordinación; y c) mediante un salario o remuneración. (Ley 6ª de 1945, art. 1º; y Decreto 2127 de 1945, arts. 1º y 2º). Pero primordialmente la nota distintiva o característica sustancial del contrato es la segunda, o sea la subordinación o dependencia a un patrono. Donde hay subordinación, ha dicho con toda propiedad la doctrina, hay contrato de trabajo. Y viceversa: donde no existe la subordinación hay contrato de derecho común.

Frente a este concreto concepto debe girar, por lo tanto, la distinción entre los dos contratos, no como simple teoría, sino examinando en realidad las condiciones pactadas y la índole misma de los servicios contratados.

Muchos han sido los esfuerzos de los autores por precisar en forma completa la distinción entre esos convenios, Se ha afirmado que los diferencia el objeto de la prestación, que en el uno es la fuerza de trabajo, el servicio, y en el otro, el resultado del trabajo, o sea, la obra producida. También se ha expresado que los distingue el tiempo de duración, pues en el uno hay una relación permanente o por cierto tiempo y en el otro no hay fijación de plazo. Se ha dicho asimismo que en el uno la prestación de servicios debe ser personal, al paso que en el otro no es ese un requisito indispensable. Se ha visto, como acaba de expresarse, que en el uno hay trabajo subordinado y en el de obra lo hay libre. Y, por último, se ha sostenido que la distinción proviene de los riesgos, que en el contrato de trabajo son siempre de cargo del patrono, mientras que en el de obra corren de cuenta del contratista.

Al respecto vino a fijar una noción clara la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Méjico, que se produjo en una sentencia proferida por su Cuarta Sala, que es la que conoce de los asuntos de trabajo, y precisamente en el caso de un litigio con unas compañías constructoras de caminos. Dijo así esa Corporación:

"Se sostuvo por el señor Jacques ante la Junta que había celebrado contrato de trabajo con las Compañías Constructoras de Caminos el Aguila, S. A. y Carreteras de Méjico, S. A. y éstas, al contestar la demanda, afirmaron que no se trataba de un contrato de trabajo, sino de un contrato de obra regido por el Código Civil. Conforme al artículo 2605 del Código Civil, el servicio doméstico, el servicio por jornal, el servicio a precio alzado en el que el operario sólo pone su trabajo y el contrato de aprendizaje se rigen por la Ley reglamentaria del artículo 123 de la Constitución, y de acuerdo con el 2616, el contrato de obras a precio alzado es aquel en el cual el empresario dirige la obra y pone los materiales; atentos los preceptos citados, es claro que debe distinguirse entre contrato de obra a precio alzado y contrato de trabajo y que el primero se encuentra regido por el Código Civil, de tal manera que la controversia se limita a establecer si, en el caso, se celebró un contrato de obra a precio alzado o si, por el contrario, el pactado por el señor Jacques es un contrato de trabajo; la existencia de estos dos distintos contratos y la circunstancia de que el de obra a precio alzado se encuentra regido por el Código Civil, deriva, además, de los artículos 39 y especialmente 25 de la Ley Federal del Trabajo, el último que dispone que en los contratos en que se estipule que el salario se pagará por unidad de obra, además de especificar la naturaleza de ésta, se hará constar la cantidad y calidad del material, el estado de la herramienta y útiles que el patrono, en su caso, proporciona al ejecutor de la obra y el tiempo por el que los pondrá a disposición del trabajador, así como la retribución correspondiente. Admitida por nuestra ley la existencia de los dos contratos, la diferencia entre los mismos deriva, por una parte, como lo sostiene unánimemente la doctrina, de que en el contrato de trabajo la prestación del obrero consiste en energía de trabajo, en tanto que en el contrato de obra a precio alzado, lo que se promete por el operario es el resultado del trabajo, esto es, una obra producida; por otra parte, de que en el contrato de trabajo todo el riesgo es a cargo del empresario, puesto que la obligación del trabajador consiste en poner, a disposición de aquél, su energía de trabajo, mientras que en el contrato de obra a precio alzado, el riesgo es a cargo del operario, en atención, precisamente a que lo que se promete es el resultado del

trabajo, o, como se dijo, una obra producida; pero para que este contrato de obra a precio alzado exista y ésta es la tercera diferencia que existe entre los contratos de que se viene haciendo mérito, es preciso que el operario prometa una obra determinada por un precio alzado, debiendo poner el mismo operario los materiales que hayan de emplearse en la construcción de la obra, así como los útiles, maquinarias, etc., no teniendo más derecho el operario que el de obtener el precio alzado que se hubiere convenido, previa la entrega que haga de la obra; finalmente y como consecuencia de los caracteres señalados, en el contrato de obra, toda la dirección corresponde al operario, consecuencia lógica si se considera que, estando a su cargo los riesgos, necesita libertad absoluta de dirección, ya que, de otra manera, si su dirección está restringida o subordinada a un tercero, no sería posible hacer recaer sobre él los riesgos de construcción, puesto que el buen resultado de las mismas dependerá, fundamentalmente, de la buena dirección y si ésta no corresponde al operario sino a un tercero, el éxito o fracaso de la construcción dependerá, también de ese tercero".

Y comentando dicha sentencia un destacado autor de ese país concluye de esta manera: "En el contrato de obra falta la dirección como poder jurídico del beneficiario, y, consiguientemente, la obligación del operario de obedecer las órdenes de la persona que encargó la obra: Limitándose su deber a entregar la cosa prometida con los requisitos y condiciones que se hubieren estipulado". (De la Cueva, "Derecho Mexicano del Trabajo", pág. 440).

Y agrega en síntesis: "Lo que distingue, pues, a estos dos contratos, es la existencia o falta del elemento subordinación".

Este mismo requisito lo expone un conocido tratadista argentino de derecho del trabajo, cuando expresa que "efectivamente, el locador de obra es un trabajador independiente, y no un trabajador subordinado" (Ramírez Gronda). ("El contrato de Trabajo" pág. 166).

Tal concepto más preciso, de que el contratista de obra es un trabajador independiente, como resulta en verdad de la naturaleza de ese convenio y de las diferencias ya anotadas con el contrato individual de trabajo, aparece más claro en nuestra legislación, según se observa de la norma que contiene el artículo 6º del Decreto Ejecutivo Nº 2127 de 1945, que dice:

"No son simples intermediarios ni representantes, sino **contratistas independientes** y, como tales, verdaderos patronos de sus trabajadores, los que contraten la ejecución de una o varias obras o labores en beneficio ajeno, por un precio determinado, para realizarlas con sus propios medios y con autonomía técnica y directiva...".

Este artículo contempla de modo claro el contrato de obra y define al contratista como un trabajador independiente. Al mismo tiempo, lo instituye verdadero patrono de los trabajadores que emplee en la realización de la obra convenida. Al expresar que es independiente, es decir, que no está subordinado al beneficiario de la obra, está indicando de modo evidente que no celebra un contrato de trabajo porque éste exige la subordinación al dueño de la obra o patrón. Esta ausencia del elemento subordinación está aún más clara en el requisito establecido por ese artículo cuando expresa que el contratista tendrá autonomía técnica y directiva y realizará la obra con sus propios medios.

Analizadas las notas distintivas de los contratos de trabajo y de obra, no sólo en la doctrina y en la jurisprudencia extranjeras, sino también en uestra legislación, corresponde estudiar si los contratos de que tratan la demanda y el juicio del señor Vergara Rey, para la ejecución de unas obras determinadas, son verdaderos contratos de obra o si, en cambio, son contratos de trabajo. Y más concretamente aún, si el dinero que cobra se le adeuda por concepto de aquéllos o de éstos.

Para la H. Sala de Negocios Generales de la Corte no hay duda de que aquí existe solamente un contrato de trabajo, pues dice que "salta a la vista que la controversia surgida entre Vergara y la Nación tiene estas características: emanó de que aquél le prestó a ésta **servicios personales** sujetándose desde luego al **horario, reglamentos y control** de la Empresa del Ferrocarril del Pacífico, y mediante **remuneración por jornal** que es la que cobra ahora a la Nación". (Se subraya).

Este Tribunal tiene que disentir de tan autorizada opinión por las razones que se expondrán en seguida

Tres notas distintivas hace resaltar el párrafo inmediatamente transcrito de la providencia de 28 de marzo último de aquella H. Sala, o sea, las de ser personales los servicios, estar el actor sujeto en la prestación de ellos al horario, a los reglamentos y al control de la Empresa y ser remunerados por medio de jornal. Para mayor claridad se estudiarán las tres por separado.

a) **Servicios personales.**

La noción de servicio personal, en el derecho del trabajo, y, en general, a la luz de la más simple lógica, implica que el servicio se preste directamente por la persona obligada y no por otra distinta.

Más claro surge este concepto de las definiciones que da nuestra legislación de contrato de trabajo. El artículo 1º de la Ley 6ª de

1945, que vino a definirlo en forma general por primera vez en nuestro país, dice que existe ese contrato "entre quien presta **un servicio personal** bajo la continua dependencia de otro, mediante remuneración, y quien recibe tal servicio". Y agrega: "No es, por tanto, contrato de trabajo el que se celebra para la ejecución de una labor determinada, **sin consideraciones a la persona o personas que hayan de ejecutarla y sin que éstas se sujeten a horarios, reglamentos o control especial del patrono".** (Se subraya).

El Decreto Ejecutivo Nº 2127 de 1945, reglamentario de dicha Ley 6ª en cuanto al contrato individual de trabajo, completa esta definición en sus artículos 1º y 2º, y de modo especial señala en éste los tres elementos que configuran ese convenio, el primero de los cuales es el de que "la actividad sea personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo".

Pero ya se vió al principio cómo el contrato de obra no es contrato de trabajo, de modo que en aquél no es necesario la prestación del servicio personal, pues bien puede ser realizado por el contratista por medio de trabajadores a su servicio. Mientras que en el contrato de trabajo es esencial que la prestación de servicios sea prestada por el asalariado y no por otra persona.

Dilucidado lo anterior, corresponde estudiar si todos los servicios prestados por el señor Vergara Rey al Ferrocarril del Pacífico fueron personales o si también tuvo celebrados contratos de obra.

En concepto de este Tribunal esos servicios no fueron exclusivamente personales, es decir, la controversia no emana sólo de contratos de trabajo, porque de la demanda misma y en especial del hecho 13º de ese libelo se deduce que especialmente se origina de cuentas pendientes por razón de contratos de obra. O más concretamente: existe la afirmación del demandante de que celebró las dos clases de convenios y no exclusivamente el de trabajo. Y el mismo actor en su libelo expresa dudas acerca de la imputación que debe hacerse a la suma que cobra, si a una clase de contratos o a la otra.

En el hecho 1º de la demanda se da cuenta de la celebración de un contrato para la ejecución de una obra de mampostería y en el 2º hecho se habla de la existencia de un contrato para efectuar una obra de excavación. El primero se remuneraría a cinco pesos el metro cúbico y el segundo por una cantidad global de quinientos cincuenta pesos.

En el hecho tercero de esta misma demanda dice el actor que "al mismo tiempo que **con mis obreros** daba cumplimiento a los contra-

tos mencionados, me dediqué a trabajar personalmente como cabo director de trabajos en otra sección de excavación y en el mismo lugar, devengando un jornal de cuatro pesos". (Se subraya).

Y en el hecho 8º afirma que entre el 1º de junio y el 10 de agosto de 1929, "al mismo tiempo que **con mis obreros** daba cumplimiento al contrato de mampostería, servía a la Empresa como obrero al jornal de cuatro pesos en la última sección de excavación que se hacía por administración directa...". (Se subraya).

Al decir en esos dos hechos que daba cumplimiento a los dos contratos mencionados, "con mis obreros", está reconociendo en forma nítida que esos contratos eran de obra, que por razón de ellos, él es lo que se llama en nuestra legislación "un contratista independiente" o, en otros términos, que esas obras de mampostería y excavación las ejecutaba por razón de "contratos de obra" y no eran por lo mismo, contratos de trabajo.

Es verdad que también en esos hechos y en otros de la misma demanda dice que celebró asimismo con la Empresa mencionada unos contratos de trabajo, a jornal, con una remuneración de cuatro pesos. Y es cierto, además, que en el hecho décimo de ese libelo dice que la suma debida se le adeuda por concepto de jornales y descanso dominical, aunque no expresa si de sus obreros o de sus trabajos individuales, pero en los siguientes manifiesta la duda acerca de la imputación de ese dinero, pues dice que si se abona a los contratos de obra, se le debe por jornales y viceversa. (Hecho 13º).

Ya se dejó analizada la demanda y de ella resulta que no sólo se originó la controversia por razón de "servicios personales" como dice la H. Sala en su auto en referencia, o sea, de contratos individuales de trabajo, sino también de contratos de obra que no implican esencialmente la prestación de servicios personales por el contratista.

Pero es que esa afirmación no aparece tampoco acreditada de las pruebas del expediente, ni de las modalidades de la controversia, como pasa a demostrarse:

a) En carta de septiembre 24 de 1929 dirigida al Gerente del Ferrocarril, el actor reclama el saldo por razón de un contrato que explica en estos términos: excavaciones por administración y mampostería por contrato. Se observa de esta prueba que el demandante incluye el cobro del saldo por razón de uno de los contratos de obra. No toda la reclamación es por jornales, es decir, por razón de contratos de trabajo.

b) En respuesta a esta carta y a otra, el Secretario encargado de la Gerencia, por medio de la suya de 23 de enero de 1930, se refiere

a un contrato verbal celebrado entre el actor y el Ingeniero de la Zona, sobre construcción de una obra de mampostería "en la liquidación de la cual se ha venido suscitando diferencias entre usted y el citado Ingeniero". Es decir, allí se dice que el conflicto de cuentas ha sido originado por la liquidación del contrato de obra sobre mampostería y no de jornales.

e) En carta de febrero 25 de 1930 dirigida por el actor al Gerente del Ferrocarril del Pacífico, manifiesta al señor Vergara Rey que se refiere "a las diligencias creadas por mí para reclamar de esa Gerencia lo que se me adeuda **por razón del contrato verbal** que celebré con el Ingeniero de la sección Zarzal-Armenia, doctor Jaime Botero Isaza, **sobre excavación y construcción de una obra de mampostería...".** (Se subraya); y agrega: "...No he vacilado en volver sobre el asunto para pedirle reconsidere su resolución y que en consecuencia me reconozca y ordene se pague el saldo justo y legal **que se me debe, por razón del contrato de que he hecho alusión...".** (Se subraya). Luego aquí vuelve a confesar el autor que el dinero se le adeuda por razón de los contratos de obra y no por jornales.

d) En esta misma carta dice que ya quedó definido que por razón de los contratos de mampostería y excavación —contratos de obra— su remuneración total ascendía a cuatro mil setecientos cincuenta pesos ($ 4.750.00) Y más adelante expresa en la misma carta que a cuenta de esos contratos sólo ha recibido la cantidad de tres mil quinientos cincuenta pesos con ochenta y cinco centavos ($ 3.550.85), luego se le debe, por razón de ellos, el saldo correspondiente, mayor aún que el solicitado en la demanda.

e) En carta dirigida al Gerente del Ferrocarril por los señores Interventor Fiscal y Auditor General de la Empresa, de fecha 10 de abril de 1930, se dice que el sistema de pagos al contratista por los contratos de obra en referencia era el de planillas de jornales. Y más adelante (Fs. 32 cuad. 1º) expresan que otros de los reclamos del señor Vergara Rey es el de que no todos los pagos que constan en planillas de descanso dominical y días feriados deben aplicarse al contrato de obra, pues ha debido dividirse lo pagado por esos conceptos "a los obreros ocupados en las obras del contrato propiamente dicho y lo reconocido por el mismo concepto a los trabajadores que se ocuparon en otras labores". Aparece de esto que la remuneración por concepto del contrato o los contratos de obra se le pagaba al contratista y demandante por medio de planillas de jornales y que en esas planillas se hacían figurar los trabajadores a su servicio de las obras que estaba ejecutando por contrato. Esto quizás

lleva a confusión, pues a simple vista puede creerse que esas sumas que reclama el actor por jornales y descanso dominical, son de trabajos personales suyos, pero también se observa que en esta carta se contempla un reclamo del demandante porque no se separaron debidamente los pagos de los obreros suyos en las obras en referencia. Es muy importante tener en cuenta estos datos, porque no todos los de jornales y dominicales que figuran en planillas es de contratos de trabajo, sino que también puede resultar debiéndosele al actor sumas que figuran así contabilizadas, por concepto de los contratos de obras.

Esto en cuanto a las pruebas. Pero de la controversia tampoco resulta evidente que ella tenga origen exclusivo en contratos de trabajo. Así se demuestra a continuación.

Nada más exacto al respecto que el alegato de segunda instancia del apoderado del demandante, pues allí se hacen las siguientes aseveraciones. No quiere darles la Corporación el valor de confesión por la restricción legal al respecto, que sólo da ese carácter a las contenidas en la demanda, las excepciones y sus respuestas, salvo autorización expresa que aquí no consta, sino que las cita como apoyo de su tesis de que las sumas debidas se adeudan por concepto de los contratos y no de jornales. Y quién mejor para saberlo que el propio apoderado del actor.

a) En primer término, el alegato principia por enumerar las pruebas que demuestran la existencia del contrato o los contratos de obra. Menciona éstos como los principales, pues simplemente hace alusión a los demás pero sin hacer derivar de los últimos las sumas cobradas.

b) En segundo lugar se refiere al pago para decir que "del estudio de la prueba resulta la evidencia de un error por parte del Ferrocarril cuando afirma que ha pagado en su totalidad los contratos de excavación y mampostería...". Y a continuación agrega: "Evidentemente que se han pagado **algunas** sumas por concepto de los contratos de mampostería y excavación...", para terminar haciendo las sumas de las cantidades imputadas a ambos contratos, y "que dan un total —son sus propias palabras— de $ 2.787.45 por concepto de **los dos** contratos de mampostería y excavación". Y como al principio del alegato dijo que el valor total de esos dos contratos era de $ 4.650.00, se deduce lógicamente que el saldo entre esas dos cifras, y que estima insoluto el apoderado, se imputa según sus propias cuentas a los dos contratos de obra citados. Y en efecto, así lo expresa más adelante en su alegato, cuando analiza por separado cada

uno de los contratos de obra. Por el de excavación deduce un saldo a cargo de la Nación de $ 110.96 y por el de mampostería, un saldo a cargo de la misma, de $ 1.751.59. Lo que le da un total de $ 1.862.55, según puede leerse a folios 49 del cuaderno 1º del expediente.

c) Al final y en un capítulo que titula **"Aclaración"** advierte que pudiera pensarse que las anteriores conclusiones son contradictorias con lo afirmado en el hecho décimo de la demanda, en el que se asevera que la Nación le debe a Vergara Rey ciertos valores por concepto de jornales y de descanso dominical. Acerca de esto dice: "Esta confusión es aparente; en el hecho octavo de la demanda se anunció que este pleito versaría sobre rectificación de las imputaciones que el Ferrocarril hace de los pagos; y que en tal virtud, si el Ferrocarril imputa lo pagado por jornales y varias obras a lo debido por los contratos, entonces tal Empresa quedaba debiendo esos mismos valores y por los mismos conceptos; pues si lo pagado por una obligación se imputa a lo debido por la otra (en materia de pagos) entonces una de las obligaciones queda insoluta...".

Pero como se deja demostrado, de las afirmaciones de ese alegato aparece que el actor cobra lo debido por razón de los contratos de obra y no por los de trabajo.

Hasta aquí lo que se deduce del estudio sobre la calidad de personales de los servicios prestados por el actor y que encontró como de esa naturaleza la H. Corte. Pero se ha acreditado en el presente análisis que no fueron de tal clase, pues equivaldría a configurar un contrato de trabajo, sino que la controversia ha tenido origen en unos contratos de obra.

Sujeción a horarios etc.

También asevera la H. Sala en su auto de 28 de marzo que es característica de esta controversia la de que el señor Vergara Rey prestó sus servicios al Ferrocarril "sujetándose desde luego, al horario, reglamento y control de la Empresa...".

De acuerdo con nuestra legislación estos hechos contribuían a configurar el contrato de que se habla como de trabajo. Pero resulta que por ninguna parte del expediente encuentra el Tribunal Supremo la prueba de que el actor se sujetase en sus contratos —bien los de obra o los otros— al horario, a los reglamentos y al control de la Empresa. La entidad ha leído detenidamente el expediente y ha vuelto a leerlo con la atención del caso y no ha hallado una sola prueba que

así lo demuestre. Por lo tanto que en opinión de este Tribunal no puede considerarse los contratos de que trata la H. Corte como si fueran de trabajo, y, en consecuencia, que tampoco se deduzca que la controversia tiene esa característica.

Remuneración por jornal

Esta es la tercera nota distintiva que observa la H. Sala de Negocios Generales en este litigio. Ya sobre ella se ha hablado bastante en el curso de la prsente providencia.

Dice al respecto esa H. Sala:

"Salta a la vista que la controversia surgida entre Vergara y la Nación tiene estas características..... y mediante una remuneración por jornal que es la que cobra ahora a la Nación".

Para este Tribunal la remuneración de los contratos de obra o sean los de mampostería y excavación, no se estipuló a jornal, sino por metro cúbico, a razón de $ 5.00 cada uno, el primero de ellos, y por una suma global, el segundo, o sea por un total de $ 550.00. Fueron, pues, verdaderos contratos de obra y no de trabajo. Distinto es que, como se vio al estudiar las pruebas, esos dineros se pagarán por planillas y como jornales, para facilidad de la operación, y por necesidad de los trabajadores, pero no por la naturaleza del servicio ni menos por la clase de la remuneración.

Afirma también la H. Corte que se cobra a la Nación la suma por jornales, cuando de las pruebas del demandante y del alegato de segunda instancia del apoderado del mismo actor, que se dejaron analizadas atrás, resulta fehacientemente que se cobra el saldo debido por los contratos de obra.

No encuentra, pues, esta Corporación demostrada la tesis de la distinguida entidad remitente del juicio, en ninguna de sus tres bases o afirmaciones primordiales, por lo cual concluye que la naturaleza del presente litigio no es de orden laboral sino civil.

Y lo es así, porque tratándose principalmente de contratos de obra y de cobro de sumas por razón de esos convenios, no es competente para conocer de este juicio la jurisdicción especial del trabajo, que sólo fue instituída, como lo preceptúa el artículo 58 de la Ley 6ª de 1945, "para decidir de las controversias que suscite, directa o indirectamente, la ejecución **del contrato de trabajo**...". Por lógica consecuencia, las que surjan de los contratos de obra, como la presente, no se le sustrajeron a la justicia ordinaria y hoy día debe ésta conocer de ellas.

II. — Las funciones del Tribunal Supremo

Por otra parte, a esta Corporación no le corresponde conocer del presente recurso, por razón de sus atribuciones legales.

Aquí se trata de una apelación interpuesta por el apoderado del actor contra la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. El recurso fue concedido en el efecto suspensivo para ante la H. Corte Suprema de Justicia.

Acerca de este aspecto, se considera:

a) **Creación del Tribunal**

El Tribunal Supremo del Trabajo, o antigua Corte Suprema del Trabajo, fue creado por el artículo 59 de la Ley 6ª de 1945, que a la letra dice:

"La jurisdicción especial del trabajo se ejerce de modo permanente:

a) Por los Juzgados del Trabajo, como Juzgados de primera o única instancia;

b) Por los Tribunales Seccionales del Trabajo, como Tribunales de apelación, y

c) Por la Corte Suprema del Trabajo, como Tribunal de casación".

La Ley 26 de 1946 le cambió el nombre Corte por el de Tribunal Supremo, pero le conservó su mismo carácter anterior de Tribunal de casación.

Fue, pues, creada esta Corporación por la Ley como entidad encargada de decidir recursos de casación únicamente.

b) **Sus funciones.**

Pero más tarde el Decreto extraordinario Nº 1745 de 1945 le agregó otras, a saber:

"Asesorar al Gobierno, cuando éste lo pida, en la elaboración o revisión de los proyectos de ley, códigos y reglamentos relacionados con el ramo del trabajo".

"Absolver las consultas que se le formulen por sus inferiores jerárquicos, relacionados con los problemas jurídicos del trabajo no comprendidos en la prohibición de dictar reglas o disposiciones generales sobre interpretación de las leyes sociales, y

"Dirigir a sus inferiores jerárquicos las observaciones que estime convenientes para lograr una mejor administración de justicia".

En otro caso similar al presente, de un recurso de apelación, dijo el Tribunal:

"Fuera de las anteriores no hay ninguna disposición de ley o decreto que señale otras atribuciones a la Corte (hoy Tribunal Supremo); por lo tanto, las que se dejan enumeradas son las únicas que hoy le competen". Y agregó: "Como es fácil de observar, a la Corte Suprema del Trabajo no se le ha asignado por ninguna disposición de ley o decreto la facultad de decidir acerca de recursos de apelación de ninguna índole. Bien por el contrario, el artículo 59 de la Ley 6ª ya transcrito, atribuye ese conocimiento a los Tribunales Seccionales del Trabajo, porque allí se les da el carácter expreso y claro de Tribunales de apelación.

No hay necesidad de hacer la distinción entre los recursos de casación y apelación, que son tan distintos por su naturaleza y sus fines.

De lo expuesto se concluye que no tiene competencia esta entidad para conocer de la controversia suscitada entre el señor Miguel Vergara Rey y la Nación, ni del recurso de apelación que en ella está pendiente. Por lo tanto, habrá de ordenarse la devolución del expediente a la H. Sala remisora.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Tribunal Supremo del Trabajo,

RESUELVE:

Con atento oficio, y previa citación de las partes, devuélvase el presente negocio a la H. Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Cástor Jaramillo Arrubla. — Diógenes Sepúlveda Mejía. — Luis Alberto Bravo. — Guillermo Martínez R., Secretario.

SUSPENSION DEL CONTRATO DE TRABAJO CON OCASION DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO.

Está bien que los falladores interpreten las leyes con sentido amplio y protector para el trabajador, cuandoquiera que se hallen en presencia de disposiciones oscuras o dudosas, mediante las normas que la misma ley establece para el caso, con aplicación de los principios de la crítica y de la hermenéutica, con mira a llegar a conclusiones de equidad y de justicia. Mas sabido es que cuando el sentido de la ley es claro, no puede desantenderse su tenor literal con el pretexto de buscar su espíritu.

Si todas las disposiciones de la Ley 10 de 1934 se refieren a los empleados particulares, y el Legislador no tuvo en mientes en el momento de expedir ese estatuto otorgar beneficios a los obreros no puede desestimarse la verdadera situación que ella contempla para ampliar el alcance de aquéllas. Si se aceptara la tesis contraria, todos los beneficios consagrados por la dicha ley en favor de los empleados, tales como cesantía, vacaciones etc. deberían aplicarse indistintamente a todos los trabajadores, para ser lógicos, estrictamente.

Está fuera de toda duda que cuando ocurrió el retiro involuntario del trabajador para prestar el servicio militar obligatorio no había disposición legal alguna que considerase suspendido el contrato de trabajo, ni tampoco existía en esa época el derecho a cesantía para obreros, que sólo vino a establecerse en el Decreto 2350 de 1944. Cuando se expidió la Ley 1ª de 1945, que en su artículo 18 expresó claramente que "para los efectos de cesantía no se consideraba interrumpido el trabajo de los empleados y obreros, oficiales y particulares que sean llamados a prestar el servicio militar obligatorio o convocados en su calidad de reservistas, los cuales quedan con el derecho al puesto dejado por esta causa en la empresa o dependencia respectiva, o a la indemnización legal correspondiente", ya había ocurrido el retiro del trabajador y se hallaba nuevamente al servicio de la empresa, en virtud de un nuevo contrato.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Sepúlveda Mejía).

Bogotá, primero de octubre de mil novecientos cuarenta y siete.

En providencia de veintisiete de junio del pasado año, el Juez 1º del Trabajo de Medellín desató el litigio que Jesús Alvarez adelantara contra la Fábrica de Galletas y Confites **Noel**, a fin de obtener el pago del auxilio de cesantía por haber trabajado más de cuatro años, aunque en forma discontinua, toda vez que hubo de interrumpirse el trabajo por haber salido a prestar el servicio militar obligatorio.

La sentencia condenó a la Empresa demandada al pago de la suma de doscientos cuarenta y tres pesos, tres centavos y bajo multa de cincuenta pesos si no cumpliere el fallo en el término de los dos días siguientes a la ejecutoria del mismo.

Apelada esta providencia para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, esta entidad la confirmó por medio de la sentencia de diez y ocho de diciembre del pasado año; y como la empresa demandada no se conformase con la decisión del Tribunal, no obstante que el negocio es de una cuantía inferior a mil pesos, interpuso el recurso de casación, el cual le fue concedido.

Ya ante esta superioridad, una vez que el apoderado de la Empresa demandada expuso la cuestión o punto de derecho que la sentencia envuelve y que, en concepto del Tribunal justifica el recurso, fue admitido y se le dio el trámite legal correspondiente.

Antecedentes

El 30 de marzo de 1940 entró Jesús Alvarez a trabajar en la construcción en la Fábrica de Galletas y Confites **Noel** de Medellín; el 3 de mayo siguiente pasó a trabajar en otro oficio en la misma Fábrica hasta el día 16 de junio de 1943, fecha en la cual salió a prestar el servicio militar obligatorio. Ingresó nuevamente al trabajo el 27 de mayo de 1944 y siguió prestando sus servicios hasta el 22 de enero de 1946, en la cual se retiró voluntariamente.

El recurso

El doctor Eduardo Laverde N. en su demanda de casación se expresa así:

"Acuso el fallo del Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín dictado en este juicio de trabajo que lleva fecha 18 de diciembre de

1946, por ser violatorio de ley sustantiva, por aplicación indebida e interpretación errónea o sea por la primera causal de casación consignada en el art. 520 del C. J.".

Transcribe en seguida los párrafos de la sentencia que considera contrarios a la ley y señala como violadas las disposiciones del art. 16 de la Ley 10ª de 1934 y el numeral 5º del art. 44 del Decreto 2127 de 1945.

"He transcrito, dice, toda esta parte de la sentencia acusada como que en ella se encuentran acumulados los argumentos en que el Tribunal sentenciador se fundó para la aplicación a los obreros del art. 16 de la Ley 10ª de 1934, en relación con el numeral 5º del art. 44 del Decreto 2127 de 1945, en cuya aplicación e interpretación erró el Tribunal, a tal extremo de que por este aspecto es acusable el fallo de que me ocupo, como efectivamente lo acuso, por ser violatorio de ley sustantiva por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea, pues estas tres fallas de la sentencia acusada fueron acumuladas por el Tribunal sentenciador en la aplicación al presente juicio de la Ley 10ª de 1934 en su art. 16, al dar aplicación para este caso al numeral 5º del art. 44 del decreto ya citado".

"Indudablemente por un desvío de la sensibilidad social, tan en boga en ese tiempo, la Ley 10ª de 1934 se ocupó en sus disposiciones de los problemas de trabajo referentes exclusivamente a los empleados, empezando por definir en el art. 12 de la nombrada ley el carácter de tales, pero en ninguna de sus disposiciones comprendió a los trabajadores u obreros para los cuales se legisló posteriormente".

"Pretender, como lo hace el Tribunal en el fallo acusado, que el art. 16 de la Ley 10ª de 1934 es igualmente aplicable a los empleados y a los trabajadores u obreros, es simplemente introducir en esta disposición un elemento nuevo, como es el de **complementar** el citado artículo de la ley haciendo extensivo su mandato a los obreros o asalariados, es decir, hacer uso del poder legislativo al modificar sustancialmente dicha disposición legal, cosa que le está prohibida al poder judicial, ya sea el de trabajo o cualquiera otra de sus ramas como el Contencioso Administrativo, etc.".

Como puede observarse, la tesis del recurrente es sencillamente la de que la disposición del art. 16 de la Ley 10 de 1934 no es aplicable al caso del trabajador Jesús Alvarez, porque era obrero y no empleado, y las disposiciones de la Ley 10 de 1934 son referentes únicamente a los empleados particulares.

Que como, cuando se retiró por primera vez del trabajo de la Em-

presa, el citado Alvarez, no regía la disposición del artículo 44 del Decreto 2127 de 1945, no puede entenderse que el contrato de trabajo estuvo en suspenso durante la época en que el trabajador se hallaba prestando el servicio militar; que de consiguiente, al regresar al trabajo hubo un nuevo contrato, pues el anterior se había extinguido por el retiro forzoso del obrero.

Se estudia el cargo.

La cuestión planteada por la demanda es la de saber si la disposición del art. 16 de la Ley 10 de 1934 que determina que "en los casos en que un empleado preste servicio en el Ejército o sea llamado a prestar el servicio militar obligatorio no se considerará interrumpido el contrato de trabajo, y, en consecuencia, conservará el derecho a desempeñar el cargo para el cual fue contratado", es aplicable cuando se trata de obreros, especialmente para los efectos del cobro de la respectiva cesantía.

Actualmente, en presencia del art. 18 de la Ley 1ª de 1945 y del ordinal 5º del artículo 44 del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª del mismo año, no hay dificultad alguna al respecto, puesto que en forma expresa se establece que el contrato de trabajo se suspende en el caso en que el trabajador sea llamado a filas para la prestación del servicio militar. Pero antes no existía la disposición sino en relación con los empleados; y el Tribunal Seccional de Medellín al analizar el caso del trabajador demandante en este negocio, llega a la conclusión de que dentro de la expresión empleado, usada en la Ley 10 de 1934 quedaron comprendidos todos los trabajadores.

No desconoce este Tribunal el hondo sentido igualitario que guió al Seccional de Medellín para resolver el problema planteado en forma benéfica para los intereses del trabajador; porque es apenas justo considerar que no hay razón para que el obrero llamado al servicio militar obligatorio rompa sin su voluntad el vínculo que tiene con su patrono, y no pueda, como el empleado regresar al trabajo en las mismas condiciones de éste. Ya se ha dicho en la vieja máxima que donde hay la misma razón debe existir la misma disposición.

Pero de que sea justo situar en el mismo pie de igual a todos los trabajadores, sean empleados u obreros, y es esta la tendencia actual de la legislación laboral, no puede seguirse que una disposición dictada dentro del estatuto especial de los empleados particulares, que es la Ley 10 de 1934, y en la cual solamente se menciona el obrero para el efecto de que se entienda que a éste no le cobijan los beneficios allí establecidos para aquéllos, pueda aplicarse con la amplitud o extensión que le ha dado el Tribunal Seccional de Medellín al art.

16 de la prenombrada Ley. No todo lo justo es legal; ni todo lo legal es justo. El desideratum sería que la justicia se hallase siempre dentro de la ley. Y es que está bien que los falladores interpreten las leyes con sentido amplio y protector para el trabajador, cuando quiera que se hallen en presencia de disposiciones oscuras o dudosas, mediante las normas que la misma ley establece para el caso, con aplicación de los principios de la crítica y la hermenéutica, con mira a llegar a conclusiones de equidad y de justicia. Mas, sabido es que cuando el sentido de la ley es claro no puede desatenderse su tenor literal con el prtexto de buscar su espíritu.

Si, pues, todas las disposiciones de la Ley 10 de 1934 se refieren a los empleados particulares, y el Legislador no tuvo en mientes en el momento de expedir ese estatuto otorgar beneficios a los obreros, no puede desestimarse la verdadera situación que ella contempla para ampliar el alcance de aquéllas. Si se aceptara la tesis contraria todos los beneficios consagrados por la dicha ley en favor de los empleados, tales como cesantía, vacaciones, etc. deberían aplicarse indistintamente a todos los trabajadores, para ser lógicos, estrictamente.

Está, pues, fuera de toda duda que cuando ocurrió el retiro involuntario del trabajador para prestar el servicio militar obligatorio no había disposición legal alguna que considerase suspendido el contrato de trabajo, ni tampoco existía en esa época el derecho a cesantía, para obreros, que sólo vino a establecerse en el Decreto 2350 de 1944. Cuando se expidió la Ley 1ª de 1945, que en su artículo 18 expresó claramente que "para los efectos de cesantía no se considera interrumpido el trabajo de los empleados y obreros, oficiales y particulares, que sean llamados a prestar el servicio militar obligatorio, o convocados en su calidad de reservistas, los cuales quedan con el derecho al puesto dejado por esta causa en la empresa o dependencia respectiva, o a la indemnización legal correspondiente", ya había ocurrido el retiro del trabajador y se hallaba nuevamente al servicio de la empresa, en virtud de un nuevo contrato.

Y se dice que en virtud de un nuevo contrato, porque su recibo en la empresa una vez prestado el servicio militar no tuvo lugar por obra de disposición legal que lo hiciera forzoso, y bien pudo no dársele ocupación por la Compañía demandada, sin que el trabajador hubiera tenido derecho a reclamo por esa causa.

Pero el fallo acusado, fuera de invocar la disposición del art. 16 de la Ley 10 de 1934, que en sentir de esta superioridad es inaplicable, considera que se cumplen los requisitos del art. 12 de la Ley 6ª de 1945 para el efecto de reconocer la cesantía al trabajador.

Según el ordinal f) de dicho artículo, el trabajador tiene derecho a un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

"Cada tres años de trabajo continuo o discontinuo, el trabajador adquiere el derecho al auxilio de cesantía correspondiente a este período, y no lo perderá aunque en los tres años subsiguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que origina su despido".

De acuerdo con el Parágrafo del mismo artículo 1º para liquidar el auxilio de cesantía por tiempo de trabajo anterior a la presente ley, y siempre que la extinción del contrato de trabajo sea posterior a su promulgación, se aplicarán las siguientes reglas:

1ª—En caso de despido del trabajador sin justa causa comprobada o cuando se retire por falta grave comprobada del patrono, se tomará en cuenta el tiempo anterior de servicios, pero solamente hasta por cinco años.

2ª—En los demás casos de extinción del contrato se tomará en cuenta el tiempo anterior de servicios pero solamente hasta por tres años, y en todas las empresas cuyo capital sea mayor de ciento veinticinco mil pesos ($ 125.000).

Esta disposición, que opera expresamente sobre el pasado, como que toma en consideración el tiempo de servicio anterior a la expedición de la ley, señala como esencial requisito que el contrato de trabajo termine dentro de su vigencia.

En el caso que se estudia se llena esta condición, y en lo relativo al tiempo de servicio no hay duda de que computados los dos períodos, es un hecho que el obrero trabajó más de tres años a la Empresa demandada; pero no bajo un mismo contrato, pues el primero terminó al salir a prestar el servicio militar el trabajador, y no puede, como ya se dijo, reputarse que sólo hubo una interrupción por haber vuelto el trabajador a la Fábrica con posterioridad y haberse creado una nueva relación jurídica entre el demandante y la Empresa demandada.

Por regla general, la ley no puede operar sobre el pasado sino en los casos en que expresamente ella misma lo determine. Y si la disposición del art. 16 de la Ley 10 de 1934 no es aplicable al caso que se estudia, y el art. 18 de la Ley 1ª de 1945 no puede contemplar situaciones fenecidas o hechos que tuvieron lugar antes de su expedición, como el que aquí se examina, aun cuando trate de aplicarse con criterio humanitario y, en este caso, favorable al traba-

jador, la aludida disposición del parágrafo del art. 12 de la Ley 6ª de 1945 que el fallador tuvo en cuenta, este Tribunal disiente del criterio del inferior, por lo cual, habrá de casar la sentencia recurrida, por hallarla violatoria, por indebida aplicación del art. 16 de la Ley 10 de 1934.

En mérito de lo que se ha expuesto, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, objeto de este recurso, revoca la de primer grado, y, en consecuencia, absuelve a la Empresa demandada de los cargos de la demanda.

Notifíquese, publíquese, cópiese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO"y devuélvase al Tribunal de origen.

Diógenes Sepúlveda Mejía. — Cástor Jaramillo Arrubla. — Luis Alberto Bravo. — Guillermo Martínez R., Secretario.

I. CLASIFICACION DE TRABAJADORES. II. COMPATIBILIDAD DEL AUXILIO DE ENFERMEDAD Y EL DE CESANTIA. III. CONDENA EN ABSTRACTO

I. — Para determinar si un trabajador es empleado u obrero no se tiene en cuenta su grado de cultura o sus cualidades intrínsecas sino las modalidades y circunstancias reales de la labor que desarrolla.

II. — No hay incompatibilidad entre el auxilio de enfermedad y el de cesantía, de que tratan las letras b) y c) del artículo 14 de la Ley 10 de 1934, ni se requiere, para el efecto de obligar al pago de esas prestaciones, cuando el patrón dé por terminado el contrato, que el trabajador compruebe buen estado de salud anterior o que establezca relación de causalidad entre el trabajo y la enfermedad, sino sólo que acredite por medio de dictamen médico, que ésta tiene carácter contagioso o crónico.

III. El procedimiento del artículo 553 del Código Judicial, en armonía con el 480 de la misma obra, sólo es aplicable cuando la condena se refiere a frutos, intereses, daños o perjuicios.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Luis Alberto Bravo).

Bogotá, seis de octubre de mil novecientos cuarenta y siete.

En demanda presentada ante el Juez Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, Juan Campos pidió que se condenara a Rafael Carpintero, propietario de la Farmacia Nariño, de esta ciudad al pago de las siguientes prestaciones:

a) Auxilio de cesantía por concepto de cinco años de servicio, a razón de $ 40.00 mensuales, que según dice fue su sueldo, comprendidos en él el alojamiento y la alimentación; en total, $ 200.00.

b) Remuneración por trabajo en días de descanso dominical, que estima en la suma de $ 691.60;

c) Remuneración por trabajo en otros días feriados, o sean los

señalados en la Ley 35 de 1939 y que estima en la suma de $ 70.16;

d) Compensación en dinero por la suma de $ 40.00 por concepto de vacaciones causadas y no disfrutadas;

e) Y la suma de $ 3.932.00 por concepto de horas extras.

Afirma el peticionario que prestó servicios al demandado, como empleado particular, desde abril de 1938 hasta mayo de 1943 y que se retiró por enfermedad adquirida en el empleo y también por el mal tratamiento que recibía.

Respecto a sus funciones dice:

"En la mencionada farmacia, en mi calidad de empleado particular, desempeñaba los siguientes oficios. Vendía en mostrador, preparaba recetas bajo la dirección del señor Carpintero, inscribía las fórmulas en el libro respectivo, me quedaba en el local donde está instalada con el fin de cuidarla durmiendo, y, sobre todo para poder preparar las cosas y hacer el arreglo necesario desde las 6 a. m., con el fin de abrir la droguería a las 7 a. m., dormía en un colchón tendido sobre el suelo que me ocasionó principalmente la enfermedad que he venido padeciendo desde entonces, atendía al despacho de los taxis a que se había comprometido el señor Carpintero, etc.".

El demandado se opuso a las pretensiones del demandante, alegando que éste sólo le prestó servicios domésticos; que se retiró voluntariamente; que el sueldo que devengó fue de $ 20.00 mensuales; que disfrutó de descanso los domingos y otros días de fiesta; que le concedió permisos de varios días con el fin de que visitara a su familia; y, por último, que los trabajos que desempeñaba eran de carácter intermitente.

El Juzgado de primera instancia condenó al demandado al pago de auxilio de cesantía, por cinco años de servicio; al de remuneración doble por trabajo en días domingos y demás feriados y al de las vacaciones correspondientes a los dos últimos años de servicio, disponiendo que el monto de tales prestaciones fuera fijado al ejecutarse el fallo, de acuerdo con el artículo 553 del C. J. Negó las demás peticiones.

El Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en sentencia de segundo grado, confirmó la de primera instancia en lo relativo al pago de cesantía, vacaciones, horas de trabajo en domingos y días festivos y horas extraordinarias en días comunes, y lo reformó respecto de vacaciones, en el sentido de ordenar que éstas sean reconocidas por todos los cinco años de servicio.

Contra dicha sentencia interpuso recurso de casación el apoderado de la parte demandada.

Surtidos los trámites legales, este Tribunal procede a decidir el referido recurso.

El recurrente invoca las causales comprendidas en los numerales 1º y 2º del artículo 520 del C. J., y formula sus cargos así:

Primer cargo.—El sentenciador dejó de tener en cuenta, entre las pruebas, la carta que obra al folio 60 del cuaderno principal, dirigida por Campos a Carpintero, en la que resulta patente el deficiente grado de cultura y preparación intelectual del demandante; la certificación del Colegio Salesiano (Folio 62), según la cual el oficio de Campos hasta 1938 fue de cocinero, y también los testimonios presentados por el demandado, acordes en que los oficios que le prestó Campos consistían en barrer la droguería, contestar al teléfono, lavar frascos y morteros, y, en general, entenderse con el aseo del establecimiento, labores todas propias de un muchacho o sirviente, pero en manera alguna de un empleado particular.

El Tribunal, por haber dejado de considerar las referidas pruebas, dice el recurrente, asignó al actor la calidad de empleado particular, y, en consecuencia, aplicó indebidamente el artículo 14 de la Ley 10 de 1934, en cuanto establece en favor de los empleados particulares auxilio de cesantía y vacaciones. Asimismo aplicó indebidamente el artículo 12 de la Ley 10 de 1934 y los artículos 1º y 2º del Decreto 652 de 1935, que exigen como condición esencial para considerar al trabajador como empleado, el que en sus labores predomine el esfuerzo intelectual sobre el físico o material.

Se considera:

Es cierto que el Tribunal al hacer el examen del material probatorio no tuvo en cuenta la carta ni la certificación que cita el recurrente.

La carta está fechada el 25 de febrero de 1938, esto es, antes de que el demandante entrara al servicio del demandado. La redacción y la ortografía son incorrectas. Revelan, sin duda, deficiente preparación intelectual, aunque corresponden al tipo medio del colombiano que, debido principalmente a defectos de organización social, apenas logra escapar de la total ignorancia.

Pero ocurre que ni el artículo 12 de la Ley 10 de 1934, ni el Decreto reglamentario exigen que se ostente determinado grado de cultura para merecer la calificación de empleado particular. Se requiere tan sólo que en el desempeño de una actividad al servicio de otro, predomine el esfuerzo intelectual sobre el material. Y siendo la inteligencia una facultad natural del hombre, susceptible sí de cultivarse y perfeccionarse mediante la adquisición de conocimientos,

cualquiera persona normal es apta para realizar un esfuerzo intelectual.

Para determinar, pues, si un trabajador es empleado u obrero no hay que estudiar sus cualidades intrínsecas sino examinar las modalidades y circunstancias externas de la labor que desarrolla.

En cuanto al certificado en que se dice que Campos fue cocinero hasta 1938, tampoco se le puede tener como argumento de que no fuera empleado mientras sirvió al demandado, porque se refiere a una época anterior y porque, además, una de las características del hombre que vive en sociedad es la de buscar nuevas y mejores formas de vida y adaptarse a ellas.

Respecto a las declaraciones de los testigos presentadas por la parte demandada, señores Felipe F. Paúl y Miguel Antonio Velásquez, ex-empleado el uno y vecino el otro del demandado, es inexacta la acusación de que el Tribunal no las hubiera tenido en cuenta, pues las analiza en su sentencia, y hasta anota que al afirmar Paúl que Campos, cuando salía Carpintero, se ocupaba en vender objetos de fácil expendio, estaba de acuerdo con el propio demandado, quien al contestar la tercera pregunta del pliego de posiciones que le fue sometido, dijo ser cierto que el demandante le ayudaba en el mostrador.

Ni estando el Tribunal sujeto a la tarifa legal de pruebas —que no lo está, en virtud de la regla 4ª del art. 3º de la Ley 75 de 1945— podría exigírsele razonablemente que diera a dichos testimonios, opuestos a las declaraciones de los testigos del actor, todo el crédito que pretende el recurrente.

Por tanto, no se admite el cargo.

Segundo cargo.—El sentenciador —dice el recurrente— interpretó erróneamente los arts. 12 de la Ley 10 de 1934 y 1º y 2º del Decreto 652 de 1935, al estimar que una sola labor, en la cual predominaba la inteligencia, fuera suficiente para clasificar a un trabajador como empleado. Todo obrero dentro de las varias labores manuales o materiales que le corresponden tiene a su cargo alguna en que predomine el esfuerzo intelectual sobre el material. No es raro ver en muchas empresas, obreros a quienes, por estimularlos el patrono, les permite hacer determinadas compras, cobrar cheques o vigilar los demás operarios, sin que por ello adquieran la categoría de empleados.

En opinión del recurrente debe apreciarse el conjunto de labores o funciones que desarrolla una persona y de allí deducir si es empleado u obrero.

Desde otro punto de vista, vender en una droguería o farmacia artículos conocidos y corrientes como un mejoral, una cafiaspirina etc., no es una función en que predomine la inteligencia sobre el esfuerzo físico.

Además, en el presente caso la labor que el Tribunal calificó como intelectual era secundaria, en tanto que las actividades de carácter material eran las principales. El señor Campos no vendía permanentemente en el mostrador, sino en los momentos en que no estaba lavando morteros, barriendo el establecimiento, contestando al teléfono o cuidando del aseo de la droguería.

Si el demandado aceptó que Campos atendía algunas veces en el mostrador y que hubiera estado a su servicio, es preciso tomar su confesión en conjunto y en forma indivisible, es decir, que sí le prestó servicios, pero de sirviente o "muchacho" y de manera alguna como empleado particular.

A causa de la referida interpretación errónea de la Ley 10 de 1934, artículo 12, y del Decreto 652 de 1935, artículos 1º y 2º, el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 14 de la ley citada que concede, entre otras prestaciones, cesantía y vacaciones, a los empleados particulares, como lo fue el actor respecto del demandado.

Así mismo, el sentenciador, al no aceptar sino parcialmente la confesión del demandado, cometió grave error de hecho y de derecho.

Se considera:

Para esta Corporación, el sentenciador procedió lógicamente al estimar como labor principal del demandante la relativa a la venta o expendio de drogas, ya que en una droguería pequeña, según lo declara el recurrente, en pocos minutos se puede barrer, limpiar el polvo y lavar los morteros, por lo cual es necesario concluir que Campos dedicaba más tiempo a la tarea de ayudar a vender en el mostrador.

De igual manera obró con acierto el Tribunal al calificar esa tarea como propia de un empleado y no de un obrero. "El carácter de obrero —dice el artículo 2º del Decreto 652 de 1935— implica el hecho de que la actividad material predomine sobre las labores intelectuales". Y es evidente que en la venta de drogas al público predomina la actividad intelectual. No confundir una droga inofensiva con otra que pueda causar la muerte a quien la ingiera, requiere el ejercicio muy cuidadoso de las facultades intelectivas.

No se admite el cargo.

Tercer cargo.—En la hipótesis de que el señor Campos hubiera

sido empleado particular —dice el recurrente— tampoco tendría derecho a auxilio de cesantía porque su retiro fue voluntario. Si la causa fue la enfermedad del empleado y si ésta la adquirió al servicio del demandado, habría tenido derecho al auxilio de enfermedad pero no al de cesantía, porque la ley no otorga al trabajador doble indemnización por la misma causa. Aunque así fuera, sería preciso que el trabajador demostrara que al entrar al servicio estaba en perfectas condiciones de salud y que estableciera la relación de causa a efecto, es decir, que la enfermedad es tan grave que obliga al trabajador a retirarse involuntariamente. Como ninguna de esas circunstancias se demostró debe concluirse que el retiro del trabajador fue voluntario, y, por tanto, el Tribunal interpretó erróneamente el ordinal c) del artículo 14 de la Ley 10 de 1934.

Se considera:

El artículo 12 del Decreto 652 de 1935, reglamentario de la Ley 10 de 1934, dice lo siguiente:

"La enferemedad contagiosa o crónica del empleado, siempre que ella se compruebe por medio de dictamen médico, es también causa para dar por terminado el contrato, pero no exime al patrón de las obligaciones consignadas en los ordinales b) y c) del artículo 14 de la Ley 10 de 1934".

De la disposición trascrita se deduce, que, por una parte, no hay incompatibilidad entre el auxilio de enfermedad y el de cesantía, que son los marcados con las letras b) y c) del artículo 14 de la Ley 10 de 1934, y por otra, que no se requiere comprobar buen estado de salud anterior ni establecer relación de causalidad entre el trabajo y la enfermedad, sino sólo acreditar que ésta tiene carácter contagioso crónico.

Al respecto, el Tribunal se fundó en los certificados médicos que obran en el expediente, de los cuales se deduce que la dolencia del empleado es de las de larga duración, "rebelde a todo tratamiento".

Por tanto, se rechaza este cargo.

Cuarto cargo.—El Tribunal violó e interpretó erróneamente el artículo 20 del Decreto 652 de 1935 al condenar al pago de vacaciones por un período de cinco años, porque dicha disposición no permite acumularlas sino por una sola vez, en casos excepcionales. Además el actor no era empleado ni demostró que hubiera solicitado vacaciones y no se le concedieran, por lo cual el Tribunal quebrantó también el artículo 14 de la Ley 10 de 1934.

Se considera:

El Tribunal sentenciador encontró demostrado el hecho de que

no disfrutó de vacaciones el actor, con la confesión de la parte demandada, cuyo personero, al contestar la demanda, manifestó que a Campos se le concedían permisos todos los años para ir a visitar a su familia, pero no en el "carácter de vacaciones".

Sin embargo, al extender la condenación a cinco años, interpretó erróneamente el artículo 14 de la Ley 10 de 1934, ordinal a), ya que dicha disposición trata del derecho al descanso remunerado y no de su compensación en dinero, que es lo que solicita el demandante, pues el descanso sólo es posible durante la vigencia del contrato de trabajo. Por otra parte, ni el descanso ni la compensación en dinero pueden reconocerse sin la limitación que establecen las disposiciones legales sobre prescripción de las acciones para el cobro del salario, en armonía con el artículo 5º del Decreto 484 de 1944, relativo a la prescripción del derecho a vacaciones, que si bien se refiere a los trabajadores públicos, debe extenderse, a falta de norma expresa, a los empleados particulares, en virtud de la regla de hermenéutica, conforme a la cual cuando no existe ley que contemple exactamente el caso controvertido, se aplicará la que regule materias semejantes.

En un caso análogo (Carlos Julio Ruiz contra Da Via Hermanos, sentencia del 24 de mayo de 1947), esta Corporación dijo lo siguiente:

"Cuando el empleado no había disfrutado de sus vacaciones y ya había dejado de prestar su servicio, la justicia ordinaria le reconocía una compensación en dinero hasta por el número de años que la ley permitía acumular para efectos de ese descanso anual. Es verdad que no existe disposición legal expresa que ordene ese pago, en tratándose de empleados particulares, en la Ley 10 de 1934 ni en su Decreto reglamentario Nº 652 varias veces mencionado. Existe sí para los trabajadores de servicio oficial, pues el inciso 2º del artículo 4º del Decreto 484 de 1944, que modificó el Nº 1054 de 1938, reglamentario del artículo 2º de la Ley 72 de 1931, sobre vacaciones remuneradas de los trabajadores públicos, dispone que "cuando el trabajador quede definitivamente fuera del servicio antes de disfrutar de las vacaciones causadas tiene derecho al pago de la remuneración correspondiente a ellas.

"Es natural que si no se ha gozado de ese descanso ordenado por la ley y ya el empleado ha dejado de servir a la empresa o patrón, no puede reconocerse ese derecho a las vacaciones en forma distinta de su pago en dinero, porque no existe oportunidad para disfrutarlas, y tal pago debe efectuarse de conformidad con la remuneración ordinaria correspondiente. Pero como la misma legislación no

permite la acumulación de las vacaciones de los empleados particulares por más de una vez y sólo cuando se trate de labores técnicas o de confianza para las cuales sea difícil reemplazar el empleado por corto tiempo, o aun permite la acumulación por un lapso mayor únicamente cuando el empleado resida en lugar distinto al de su familia y previo permiso de la Oficina del Trabajo (art. 20 Decreto 652), se trata de saber si el pago de las vacaciones en dinero, cuando el empleado particular no presta ya su fuerza de trabajo, sólo debe comprender un período igual al de la acumulación permitida o si puede pagarse por un tiempo mayor, por ejemplo, por todo el lapso en que no se disfrutó del descanso.

"La justicia ordinaria tenía establecido en algunos lugares que ese pago sólo podía circunscribirse al período de acumulación permitido por la ley, que estimó como prescripción por cuanto no hay disposición que señale el término de extinción de la acción correspondiente. Y en otras se tomó como norma estatutaria de esa prescripción el artículo 4º de la Ley 165 de 1941, que la fijó en cuatro años para las acciones de cobro de salarios y de la indemnización especial por accidente de trabajo, y por lo tanto, reconoció el pago en dinero de vacaciones causadas y no disfrutadas de empleados particulares, hasta por los últimos cuatro años de servicios prestados.

"El Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá en su sentencia recurrida afirma que ese artículo 4º de la Ley 165 citada no es aplicable a las acciones por pago de vacaciones, puesto que apenas fijó la prescripción de las que versasen sobre cobros de salarios y de la indemnización especial por accidentes de trabajo. Por lo cual concluye ordenando pagar al actor, por concepto de descanso anual, las sumas correspondientes a todo el período de duración de su contrato de trabajo, o sea siete años, por no habérsele concedido en ningún momento durante la prestación de sus servicios.

"Para el Tribunal Supremo es verdad que no existe disposición legal expresa en la Ley 10 de 1934 ni en el Decreto 652 de 1935, que señale el término de prescripción de la acción de vacaciones de los empleados particulares. En cambio, sí existe para la misma acción de los trabajadores oficiales. En efecto el artículo 5º del Decreto 484 de 1944, ya citado, reglamentario de la ley sobre vacaciones de los trabajadores públicos, dice que "el derecho a las vacaciones se extingue como el salario por prescripción de cuatro años, con sujeción a las disposiciones legales sobre la materia"; y como la prescripción del salario, de acuerdo con el artículo 4º de la Ley 165 de 1941, es de cuatro años, es este el lapso señalado por la ley para la extinción de esa acción de los trabajadores oficiales.

"Es regla fundamental de hermenéutica en nuestra legislación la de que cuando no existe ley que contemple exactamente el caso controvertido, se aplicará la que regule materias semejantes (Ley 153 de 1887, art. 8º). Por consiguiente, para regular la prescripción de la acción de vacaciones de los empleados particulares, se dará aplicación al artículo 5º del Decreto 484 mencionado, que fija en cuatro años la de igual acción de los trabajadores oficiales, y debe entonces aceptarse que para la extinción de aquélla rige el mismo plazo de cuatro años.

"Pero el Tribunal de Bogotá no procedió de acuerdo con esta interpretación que no solamente es elemental sino lógica y jurídica sino que dio aplicación al artículo 2536 del Código Civil que fija en diez años la prescripción de la acción ejecutiva y en veinte la de la ordinaria y, por lo tanto, reconoció al demandante las sumas de dinero correspondientes a los siete años de servicios que prestó a la Compañía demandada. No dijo expresamente ese Tribunal cómo consideraba la acción de vacaciones de los empleados particulares, si como ejecutiva o como ordinaria, para efectos de esa prescripción, pero aplicó en todo caso aquella norma general del Código Civil, aunque no se sabe en qué forma, ni por cuál de los dos conceptos de prescripción que contempla.

"El mismo Tribunal de Bogotá reconoció el valor de las vacaciones del actor por los siete años con base en las siguientes consideraciones: "Tenemos (sic) pues, que el actor en su calidad de empleado particular, tiene derecho a las vacaciones consagradas en la Ley 10 de 1934 en su artículo 14 es decir, quince días por cada año de servicio; pero como el caso de Ruiz está fuera del servicio, es lógico que dicho tiempo le deberá ser compensado en dinero, en la misma forma, es decir, el valor de quince días de salarios por cada quincena de vacancia". Y más adelante agrega: "Por manera pues que Ruiz tiene derecho al valor correspondiente a las vacaciones del tiempo servido a la Empresa demandada, y que fue el de siete años...".

"Se basa, por consiguiente, el sentenciador en el artículo 14 de la Ley 10 de 1934, que dice así en su aparte a): "Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios: quince (15) días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas...".

"Entendió el fallador que por concederse ese derecho por cada año de servicio prestado, debía condenar a la Empresa demandada a pagar su valor en dinero por los siete años trabajados por el demandante. Pero olvidó la diferencia que existe entre el descanso

mismo que la disposición transcrita estatuye y su reconocimiento en dinero, cuando no se ha disfrutado de él y ya dejó de prestarse el servicio. Porque el derecho a vacaciones, al descanso, a la cesación remunerada de trabajo, es uno, y otro muy distinto al de su compensación en dinero cuando aquél no se ha disfrutado. Cada año se adquiere el derecho a descansar, en la forma prescrita por el artículo 14 en referencia; pero si no se disfruta de las vacaciones por varios años no quiere esto decir que al cabo de ellos se tenga derecho a descansar a razón de quince días por cada uno de esos años. Y como esto último fue lo que entendió el Tribunal de Bogotá, y así se deduce no sólo del texto de los párrafos de su sentencia que se dejan transcritos, sino de su parte resolutiva que reconoció en dinero ese derecho a vacaciones sin la limitación legal establecida por la prescripción correspondiente, resulta que interpretó erróneamente esa disposición del artículo 14 de la Ley 10 de 1934, en cuanto le dio un alcance que no tiene ni puede tener, y aparece, en consecuencia demostrado el cargo que planteó la acusación por tal motivo".

En cuanto al momento en que comienza a correr la prescripción de vacaciones, en la misma sentencia se expuso lo siguiente:

"Ya se dejó visto que el derecho a vacaciones es el que se otorga a quien trabaja un año continuo, con el fin de que obtenga un adecuado descanso. Nace, pues, en el momento de cumplirse ese año de labores. Y el derecho a compensar las vacaciones en dinero es el que adquiere el asalariado cuando termina el contrato de trabajo, sin que haya disfrutado de ese descanso. Nace, por lo tanto, cuando no se ha gozado de vacaciones, en el momento de extinguirse el contrato de trabajo".

"El derecho a descansar, a las vacaciones, es de carácter principal y el de compensarlas en dinero, es supletorio, porque sólo se otorga éste cuando aquél ya no puede ejercitarse o disfrutarse en su forma peculiar. Son de igual naturaleza porque nacen de hechos semejantes, principalmente del de haberse cumplido determinado tiempo de trabajo, aunque por su mismo carácter diverso de principal y subsidiario surgen a la vida jurídica en momentos diferentes. Aquél sólo existe cuando se cumple un año de trabajo y éste cuando no es posible obtener aquél por haberse extinguido el contrato de trabajo".

"Durante la vigencia de ese contrato sólo son concebibles las vacaciones como descanso o cesación remunerada del trabajo, como suspensión de labores para que el asalariado recupere sus fuerzas perdidas, pero, por lo mismo, ese derecho implica la continuación del

contrato una vez terminado el período del descanso. Sólo, pues, existe el derecho a vacaciones, es decir, a descansar, durante la vigencia del contrato de trabajo, o dentro de él. Cuando éste termina y no se gozó de aquel derecho, ya existe una imposibilidad de orden físico para que el descanso se lleve a efecto; por consiguiente, se reemplaza con un derecho similar que no puede ser otro que satisfacer en dinero, en forma compensatoria, el tiempo que ha debido disfrutarse en vacaciones y, sin embargo, se empleó en continuar trabajando. De lo contrario el patrón obtendría una evidente utilidad al contrariar la ley, se lucraría indebidamente con el trabajo obtenido durante el tiempo de vacaciones y se consagraría una fuente de enriquecimiento sin causa, pues si el descanso es remunerado, y el asalariado trabajó durante ese lapso con un salario ordinario, el patrón obtuvo por igual suma un trabajo que no hubiera logrado si cumple con el deber legal de conceder durante este tiempo las vacaciones".

"Por ser de naturaleza idéntica ambos derechos, se extinguen o prescriben en igual término; pero, por nacer en momentos diferentes, la prescripción de ellos se cuenta, como es obvio, desde momentos también diversos y termina, por consiguiente, en tiempos muy distintos".

"Siendo de cuatro años esa prescripción —según se vio atrás— para el derecho a las vacaciones, debe regir igual disposición para el de compensarlas en dinero. El primero nace desde la fecha en que se cumple un año de trabajo continuo y termina por lo tanto, cuatro años después de esa fecha. Al paso que el segundo surge a la vida legal y entra al patrimonio jurídico del trabajador cuando se extingue el contrato de trabajo, sin que, naturalmente, se hubiera disfrutado del correspondiente descanso ya causado, y vence cuatro años después".

"De acuerdo con lo expuesto, se llega a la conclusión de que sólo se pueden reclamar y pagar en dinero las vacaciones no prescritas, es decir, aquellas causadas, no disfrutadas y que todavía eran exigibles al momento de terminarse el contrato, porque su pago en dinero, una vez extinguido el pacto de trabajo, tiene un carácter compensatorio y debe ser, por consiguiente, igual a lo que trata de compensarse".

En el presente caso es evidente que el actor no tenía derecho sino a las vacaciones de dos años, que fue precisamente lo que pidió en la demanda, por haber prescrito las causadas antes de la fecha en que comenzó la vigencia de la Ley 165 de 1941.

Por tanto, se casará la sentencia recurrida en lo relativo a la acción de vacaciones.

Quinto cargo.—Se refiere este cargo a la condenación que hace el Tribunal respecto al pago del trabajo ejecutado en el período de la mañana de todos los domingos y días festivos en los cinco años en que Campos prestó servicios a Carpintero.

Dice el recurrente que la forma genérica de la condenación al pago de días festivos podría entenderse que se extiende no sólo a los señalados por las leyes especiales sobre la materia —38 de 1937, 50 de 1938 y 35 de 1939— sino a todos los de fiesta nacional o religiosa, lo que violaría el artículo 1º de la Ley 57 de 1926, en virtud del cual el patrono sólo está obligado a reconocer descanso los domingos.

Por otra parte, el Tribunal no tuvo en cuenta que el actor devengaba sueldo mensual y que, en consecuencia, se entiende incluída la remuneración del trabajo realizado en los domingos y días festivos. De este modo violó directamente el artículo 1626 del C. C., en cuanto dicho texto establece el pago efectivo como un medio de extinguir las obligaciones.

Por último, dice el recurrente, la sentencia quebrantó el artículo 20 de la Ley 10 de 1934, que exceptúa del descanso dominical a los trabajadores de las farmacias o droguerías.

Se considera:

En la parte motiva de la sentencia se declara que por estar comprobado que el actor trabajó durante los cinco años en que estuvo al servicio de Carpintero, en el período de la mañana de "todos los domingos y días festivos comprendidos en este lapso", tiene derecho, conforme al artículo 9º del Decreto 1278 de 1931, a una indemnización en dinero no menor del doble del salario ordinario. Pero la parte resolutiva se remite, para confirmarlo, al numeral 2º de la sentencia de primera instancia, que dice:

"Se condena igualmente al señor Rafael Carpintero a pagarle al demandante el valor de la remuneración doble a que tiene derecho por el trabajo que prestó en la Farmacia Nariño, los días domingos y demás días feriados, comprendidos en el período de cinco (5) años que se determinan en la parte anterior y a que se refieren las peticiones 2ª y 3ª de la parte petitoria de la demanda".

La petición 2ª de la demanda indica "todos los domingos transcurridos durante los cinco años", y la 3ª trata de los días feriados "correspondientes a los primeros de mayo, once de noviembre, primero de enero, veinte de julio, siete de agosto, doce de octubre y veinticinco de diciembre".

No hay duda, pues, de que la condenación comprende únicamente los domingos y los días de fiesta que enumera taxativamente el

demandante y que coinciden con los mencionados por la Ley 35 de 1939.

El artículo 9º del Decreto 1.278 de 1931, dispone que las personas obligadas a trabajar los domingos por razón de las funciones del empleo que desempeñan, tienen derecho "a una indemnización en dinero no menor del doble del salario ordinario". Ello no quiere decir, y el sentenciador no lo dijo, que si el empleado recibe sueldo mensual no haya de tenerse en cuenta éste, al hacer la liquidación respectiva.

Y como en el presente caso el Tribunal no hizo condenación concreta sobre el particular sino que dispuso dar aplicación al artículo 553 del C. J., será al cumplirse el fallo cuando el demandado pueda exigir que dentro del sueldo mensual se considere incluído la mitad del doble salario a que se refiere el artículo 9º del Decreto 1.278 de 1931, en relación con el trabajo ejecutado por el actor en los domingos y demás días de fiesta legal.

Tiene razón el recurrente al afirmar que las farmacias están excluídas del descanso dominical. El artículo 4º del Decreto 1.278 de 1931, rglamentario de las Leyes 57 de 1926 y 72 de 1931, incluye la preparación y venta de medicamentos entre las labores que no son susceptibles de interrupción por la índole de las necesidades que satisfacen y por motivos de interés público. El artículo 20 de la Ley 10 de 1934 coloca a las farmacias fuera de las disposiciones sobre descanso dominical y permite trabajar voluntariamente en ellas hasta la una de la tarde de los días feriados. En el mismo sentido se expresa el artículo 7º de la Ley 6ª de 1945.

Pero de que en algunos establecimientos o para ciertas labores se tolere el trabajo en días de descanso obligatorio no se deduce que este trabajo sea gratuito. La lógica más elemental conduce a la conclusión contraria, que es precisamente la que consagran nuestros preceptos legales, entre otros el que cita el Tribunal en su fallo.

Tampoco se admite este cargo.

Sexto cargo.—El Tribunal, según el recurrente, en realidad condenó a pagar el valor triple del trabajo ejecutado por Campos los días de fiesta porque como el demandante devengaba sueldo mensual en el que quedaban comprendidos los domingos y días de fiesta, recibiría, además, el doble del salario ordinario, atendidos los términos de la condenación, máxime cuando el pago se le hacía en parte con alimentación y alojamiento, de los que hacía uso el actor los referidos días, violando así los artículos 1.603 y 1.626 del C. C., 5º de la

Ley 57 de 1.926, 9º y 10º del Decreto 1.278 de 1931, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea.

Se considera:

Este cargo en el fondo es igual al anterior y por consiguiente quedó ya examinado.

Se rechaza.

Séptimo cargo.—Al condenar el sentenciador a pagar el trabajo de los días de fiesta pudo referirse a todos los de fiesta nacional o religiosa o únicamente a los establecidos por las Leyes 38 de 1937, 50 de 1938 y 35 de 1939. Si lo primero, infringió tanto las citadas leyes como el artículo primero de la Ley 57 de 1926. Si lo segundo, también las aplicó indebidamente y las interpretó erróneamente, ya que esas disposiciones no tienen efecto retroactivo, como se lo da el sentenciador al retrotraer los efectos de la Ley 35 de 1939 al año de 1938 en que comenzaron a contarse los cinco años de servicio del actor.

Se considera:

Ya se observó al examinar el quinto cargo que el sentenciador en lo relativo al trabajo de los días domingos y demás de fiesta legal simplemente confirmó el numeral 2º de la sentencia de primer grado, en el cual se condena al pago de la remuneración correspondiente, en armonía con las peticiones 2ª y 3ª de la demanda. Y como en éstas no sólo se enumeran de modo preciso los días de fiesta sino que también se manifiesta que esos días son los "transcurridos durante el tiempo que estuve empleado desde que se dictaron las leyes correspondientes y entraron en vigencia" no hay lugar a interpretar el fallo como lo hace el recurrente, lo que vale decir que no se le dio ningún efecto retroactivo a las Leyes 38 de 1937, 50 de 1938 y 35 de 1939. Tampoco se infringió el artículo 1º de la Ley 57 de 1926, por las razones que atrás se expusieron.

El cargo es inadmisible.

Octavo cargo.—El Tribunal al condenar al pago de trabajo en domingos y días festivos durante un período de cinco años, violó directamente y por falta de aplicación el artículo 2543 del Código Civil que establece una prescripción de dos años para las acciones de los dependientes por sus salarios. En el caso **sub judice** el derecho a cobrar los salarios de los domingos y días de fiesta en los años de 1938 y 1939 quedó prescrito en 1941, cuando se amplió el término de la prescripción a cuatro años.

Se considera:

Evidentemente el artículo 2543 del Código Civil establecía una

prescripción de dos años para la acción de los dependientes y criados por sus salarios. Dicho artículo estuvo en vigor hasta el 24 de diciembre de 1941, fecha en que se expidió la Ley 165 de 1941, cuyo artículo 4º amplió a cuatro años el término de la referida prescripción.

Y como la demanda se propuso el 21 de junio de 1944, es obvio que por lo menos una parte de los salarios que se reclaman a partir del 28 de abril de 1938 prescribió bajo el imperio del artículo 2543 del C. C.

En consecuencia, también se casará la sentencia por este aspecto.

Noveno cargo.—Este cargo y los siguientes vienen formulados en capítulo separado que expresa como causal de todos ellos el no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Dice el recurrente que el sentenciador al condenar al pago de cinco años de vacaciones a tiempo que el demandante limitó la petición a dos años, reformando así la sentencia de primer grado, incurrió en la referida causal.

Se considera:

Al examinar el cuarto cargo que trata de la condenación sobre vacaciones se dijo que el sentenciador, al extender la condenación a cinco años, interpretó erróneamente el artículo 14 de la Ley 10 de 1934, ordinal a) y que violó las disposiciones legales sobre prescripción de salarios, en armonía con la del artículo 5º del Decreto 484 de 1944, conforme a las cuales el actor no tiene derecho sino a las vacaciones de dos años. En consecuencia, se dispuso casar la sentencia en esa parte.

Desapareció así el motivo para el presente cargo y por tanto no se le examina.

Décimo cargo.—Dice el recurrente que el Tribunal se extralimitó condenando al pago de todos los días festivos en un lapso de cinco años, habiendo circunscrito el actor su petición al pago del trabajo de los domingos y de los días de fiesta de que hablan las Leyes 37 (sic) de 1937, 50 de 1938 y 35 de 1939.

Este cargo ya quedó estudiado al examinar el quinto y el séptimo.

Undécimo cargo.—No guarda consonancia el fallo con las pretensiones del actor, en cuanto éste solicitó la remuneración correspondiente a los días festivos señalados en las Leyes 38 de 1937, 50 de 1938 y 35 de 1939. El Tribunal le da efecto retroactivo a las mencionadas leyes condenando al pago del trabajo en días festivos en un lapso de cinco años, que se inició antes de 1939.

Este cargo quedó estudiado al examinar el séptimo.

Duodécimo cargo.—Dice el recurrente que el Tribunal Seccional no tuvo en cuenta la excepción de prescripción que le propuso en el alegato de segunda instancia, fundado en que varias prestaciones de las solicitadas en la demanda, o mejor, al derecho a reclamarlas, en el evento de haber existido, estaba prescrito cuando se le notificó la demanda a su representado.

Se considera:

También ha desaparecido el motivo de este cargo, al ser aceptados los que se formularon con base en la prescripción, en parte, de las acciones de vacaciones y salarios.

No es, pues, el caso de examinarlo.

Se procede a dictar el fallo de instancia que sustituya la parte infirmada, o sea la relativa a las acciones de vacaciones y salarios.

El sentenciador clasificó al demandante como empleado particular, en vista de las pruebas aducidas por las partes, y el Tribunal Supremo rechazó los cargos formulados por el recurrente en ese particular.

Se parte, así, de la base de que el demandante Juan Campos prestó sus servicios como empleado particular al demandado Rafael M. Carpintero.

Según la confesión hecha por la parte demandada al contestar la demanda, a Campos se le concedían permisos todos los años para ir a visitar a su familia, pero no en el "carácter de vacaciones". Esta confesión es prueba suficiente de que Campos no disfrutó de vacaciones en la forma prevista en el ordinal a) del artículo 14 de la Ley 10 de 1934, o sea a razón de quince días de descanso por cada año de servicio.

De conformidad con el inciso 2º del artículo 4º del Decreto 484 de 1944, aplicable por analogía, tiene derecho a que se le compensen en dinero, pero únicamente respecto a los dos últimos años, o sea las de 1942 y 1943. Las que se causaron anteriormente, bajo el imperio de los artículos 2.535 y 2.543 del C. C., ya habían prescrito cuando se instauró este juicio.

De igual manera estaban prescritos, cuando se propuso la acción, los salarios provenientes de trabajo ejecutado en domingos y demás días de fiesta legal, que se hicieron exigibles en el período anterior al 24 de diciembre de 1941, fecha hasta la cual rigió la prescripción de dos años de que trata el artículo 2543 del C. C.

Según las pruebas que obran en el expediente el demandante prestó servicios al demandado en la sesión de la mañana de los días domingos y demás festivos enumerados en la Ley 35 de 1939, durante todo el tiempo de ejecución del contrato de trabajo.

Siendo así, el demandado debe pagar la remuneración correspondiente a la labor realizada en dichos días, en el lapso comprendido entre el 24 de diciembre de 1941 y el 1º de mayo de 1943.

Al hacer la liquidación de las cantidades correspondientes, se tendrá en cuenta que al actor se le pagaba su salario parte en dinero y parte en alimentación y alojamiento.

También se tendrá en cuenta, respecto de los salarios que se le reconocen por trabajo en días de fiesa, que por haber sido su sueldo mensual, en él se entiende incluído el pago de descanso en esos días, por lo cual la remuneración que se liquide no será doble sino sencilla.

A pesar de que este Tribunal considera que el procedimiento del artículo 553 del C. J. en armonía con el 480 del mismo Código, únicamente es aplicable cuando se hace condena de frutos, intereses, daños o perjuicios, se ve obligado a remitirse a dicho precepto en lo relativo al monto de lo que se debe al actor por concepto de vacaciones y salarios, materia de su fallo de instancia, por estar ordenada así la fijación de las otras prestaciones a que condena la sentencia acusada en las partes en que no prosperó el recurso de casación.

Por lo expuesto, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA parcialmente la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, proferida en este juicio, en cuanto condenó a la parte demandada a pagar a la demandante los salarios correspondientes al servicio prestado en días domingos y demás de fiesta legal y la remuneración por concepto de vacaciones causadas y no disfrutadas en cinco años. En su lugar reforma el ordinal 2º de la sentencia del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, en el sentido de limitar la condenación por domingos y demás días de fiesta legal al período comprendido entre el 24 de diciembre de 1941 y el 1º de mayo de 1943 y de aclarar que la remuneración debida no es doble sino sencilla y confirma el ordinal 3º de la mencionada sentencia de primera instancia en cuanto condenó al pago de dos años de vacaciones. No casa el fallo acusado en lo demás.

En consecuencia, la parte resolutiva del fallo recurrido queda así:

Ordinal 1º—Queda en firme.

Ordinal 2º—Se casa y en su lugar se condena al demandado a pagar al demandante la remuneración por trabajo en domingo y demás días de fiesta de que se habla en esta sentencia, remuneración que se liquidará no en forma doble sino sencilla. Esta condena com-

prende sólo el número de horas que el demandante trabajó en tales días.

Ordinal 3º—Se casa el del fallo del Tribunal de Bogotá, y, en su lugar, se confirma el ordinal 3º de la sentencia de primera instancia.

Ordinal 4º—Queda en firme.

Parágrafo.—Queda en firme.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo. — Cástor Jaramillo Arrubla. — Diógenes Sepúlveda Mejía. — Guillermo Martínez R., Secretario.

INCOMPATIBILIDAD ENTRE EL AUXILIO DE CESANTIA Y LA PENSION DE JUBILACION.

El Decreto 652 de 1935 es reglamentario de la Ley 10 de 1934, que es el estatuto inicial de los empleados particulares. En el art. 14 de la mencionada ley se consagra el derecho del empleado a obtener, en caso de despido injusto, el auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo por cada año de servicios. En parte alguna habla la ley de pensiones de jubilación en favor de los empleados particulares. Pero al reglamentarse la Ley 10 en el art. 28 del Decreto citado, en relación con el auxilio de cesantía, se determina que éste puede ser sustituído, a opción del empleado, por la jubilación en aquellas empresas que tengan establecida esta prestación. Y a tal punto mira la disposición a asegurar el pago del auxilio de cesantía que determina que en caso de que se opte la pensión, y si falleciere el beneficiario sin haber recibido una suma igual al monto de la cesantía, deberá pagarse a los herederos lo que faltare. Complemento éste del artículo acotado que sirve para señalar su verdadero carácter, que no es otro que el de dejar a salvo, en todo caso, el pago del auxilio que estableció el art. 14 de la Ley 10 de 1934. El Decreto no creó, ni podía crear la obligación de pagar pensión de jubilación, en forma perentoria, pues habría ido mucho más allá de una simple reglamentación y en tal caso habría excedido los límites de la potestad reglamentaria. Por eso hizo referencia a las empresas que tuvieran establecida tal prestación y dispuso que el trabajador pudiera optar entre la cesantía y la jubilación; pero en términos que si los pagos hechos en esta forma no alcanzaren a cubrir la totalidad del auxilio, habría que pagar el saldo a los herederos. Pero de su contexto sí fluye claramente que no pueden coexistir ambas prestaciones, como en forma expresa han venido a determinarlo otras disposiciones legales, como el art. 14 de la Ley 6ª de 1945. Si se escoge la cesantía no puede exigirse la jubilación. Si

se opta la jubilación, en los términos de las leyes que crearon esta prestación, no puede exigirse ésta, si se ha recibido el auxilio de cesantía. Porque nada autoriza para considerar que este auxilio pueda ser mirado como un anticipo de jubilación, en los términos del art. 4º de la Ley 53 de 1945, ya que cuando el auxilio de cesantía se liquida y paga, la intención no es la de atender a la solución provisional de una situación jurídica sino la de cancelar una obligación claramente impuesta por la ley.

(TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Sepúlveda Mejía)

Bogotá, octubre ocho de mil novecientos cuarenta y siete.

Ante el Juzgado Unico del Trabajo de Santa Marta, el señor Rafael González Restrepo, por medio de apoderado, presentó demanda contra The Santa Marta Railway Company Limited, a fin de que se condenase a esta Empresa a pagarle una pensión de jubilación de sesenta y ocho dollars (dls. 68), como trabajador que fue de ella durante un lapso mayor de veinte años. Pidió asimismo que se declarase que tiene derecho al auxilio de cesantía; pero que en subsidio se estimase que la suma pagada por este concepto se tuviese como un anticipo de la pensión de jubilación.

Conforme a lo pedido, el Juzgado del conocimiento desató la litis, y fue así como dispuso lo siguiente, en sentencia de 24 de junio de 1946:

"Condénase a The Santa Marta Railway Company Limited, sociedad anónima extranjera, legalizada en Colombia, con negocios permanentes en esta ciudad de Santa Marta, a pagar al señor Rafael González Restrepo una pensión mensual vitalicia de jubilación, una vez ejecutoriada esta sentencia, a partir del siete de agosto de 1943 y en la cuantía fijada por las disposiciones legales vigentes".

"El beneficiario debe reintegrar a la Empresa la suma que ha recibido por concepto de auxilio de cesantía previa deducción de lo que corresponda como tal por el tiempo excedente de los veinte años".

"El reintegro a que queda obligado el beneficiario se hará mediante descuentos del pago de las pensiones. Tales descuentos no excederán del 20% de cada una".

Apelada esta providencia para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, esta entidad dictó su sentencia con fecha de noviembre siguiente. La parte dispositiva dice:

"Refórmase la sentencia apelada en la forma siguiente:

"I.—Condénase a la Empresa ferroviaria The Santa Marta Railway Company Limited, sociedad anónima extranjera con domicilio y negocios permanentes en la ciudad de Santa Marta, Departamento del Magdalena, a pagar a su exempleado Rafael González Restrepo, la pensión mensual vitalicia de jubilación a que tiene derecho, a partir del 7 de agosto de 1943, por haberle prestado servicios durante más de veinte años".

"El monto de esta pensión se determinará siguiendo el procedimiento del art. 553 del Código Judicial y con base en los artículos 4º de la Ley 53 de 1945, 1º del Decreto 2340 de 1946, o sea, la escala del artículo 4º de la Ley 53 se debe tener en cuenta inclusive al efectuar los pagos correspondientes a las pensiones causadas desde 1943 a esta parte".

"II.—El beneficiario reintegrará a la Empresa la suma que tiene recibida por concepto de cesantía, previa deducción de lo que le corresponde por el tiempo que exceda los veinte años".

"El reintegro anterior se hará mediante descuentos mensuales del 20% de cada pensión (ordinal c) art. 14, Ley 6ª de 1945)".

El recurso

Contra esta providencia, el apoderado de The Santa Marta Railway Company Limited interpuso el recurso de casación. Remitido el expediente a esta superioridad y una vez tramitado el negocio en la forma legal, con vista de la demanda presentada por el representante de la Empresa recurrente y la respuesta dada por el personero de González Restrepo, se va a decidir, previas algunas consideraciones.

La demanda

"Acuso la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, por la causal primera establecida en el art. 520 del Código Judicial, o sea por ser dicha sentencia violatoria de la ley sustantiva, según pasa a explicarse:"

Primero.

Dice el Tribunal: "El contrato de trabajo celebrado entre el demandante y la Empresa fue terminado unilateralmente por ésta: González Restrepo fue despedido sin justa causa el día 31 de diciembre de 1942. En esa fecha la norma que gobernaba la situación jurídica que de aquel hecho surgía era el artículo 28 del Decreto 652 ya citado: pero ello en el supuesto de que González Restrepo hubiera estado en condiciones legales de poder optar por una y otra presta-

ción. Mas ocurre que realmente no podía hacer uso en ese momento de su derecho alternativo por no haber cumplido los 55 años de vida que requerían las leyes vigentes para que pudiera hacer exigible la prestación acusada. En esas circunstancias la Empresa procedió a liquidar el auxilio de cesantía correspondiente a todo el tiempo servido y González Restrepo aceptó la liquidación y recibió la suma de $ 2.463.45 por ese concepto".

"Es absolutamente equivocada, dice el recurrente, la interpretación que le da el Tribunal, en el párrafo del fallo que se ha transcrito, a la disposición del artículo 28 del Decreto 652 de 1935. En efecto: en relación con la dicha disposición pueden presentarse dos casos: Primero. El empleado tiene 20 años de servicios y ha cumplido la edad requerida por la ley para obtener pensión de jubilación. Segundo. El empleado tiene 20 años de servicios pero no ha cumplido aún la edad requerida por la ley para obtener la pensión. En el primer caso, la pensión de jubilación es exigible, pero el empleado puede renunciar a ella a cambio de obtener el pago de lo que le corresponda por auxilio de cesantía. En el segundo caso, la pensión no es aún exigible: el empleado tiene simplemente, al respecto, un derecho eventual. Ahora bien: es claro que en este caso, con mayor razón que en el anterior, el empleado puede renunciar a ese derecho eventual para poder obtener el pago inmediato de lo que le corresponda por razón de cesantía. En otros términos: si el empleado puede elegir entre el auxilio de cesantía y un crédito exigible, **a fortiori** puede elegir entre dicho auxilio y un derecho simplemente eventual".

"De lo expuesto se desprende que la sentencia viola las siguientes disposiciones:

"a) Artículo 28 del Decreto 652 por errónea interpretación y por falta de aplicación al caso del pleito;

"b) Artículo 1º de la Ley 1ª de 1932 y 2º de la Ley 53 de 1945, por haberlos aplicado al caso sin ser aplicables".

Se estudia el cargo:

El artículo 28 del Decreto 652 de 1935 es de este tenor:

"Si la Empresa o establecimiento tuviese establecida pensión de jubilación, el empleado tendrá derecho a optar entre el auxilio de cesantía o la pensión de jubilación. Si opta por la pensión, y muriere cuando la suma que se le había cubierto como pensión era de un monto inferior a la que hubiere alcanzado el auxilio de cesantía, se cubrirá a los herederos lo que faltare para igualar dicho monto, de modo que en ningún caso, el valor recibido como pensión pueda ser inferior al que hubiere correspondido al empleado como auxilio de cesantía".

Sostiene el opositor en este recurso que el derecho a elegir entre dos prestaciones supone necesariamente que ellas existan para el acreedor en el momento de tomar su determinación y que ellas sean efectivas inmediatamente, pues en el caso de un trabajador despedido, no habría libertad moral para inclinarse a uno de los extremos del dilema a sabiendas de que por algún tiempo va a carecer de los medios necesarios para su subsistencia. Que como en el momento de liquidarse la cesantía a González Restrepo, éste no tenía derecho todavía a la pensión, no pudo hacer uso de la opción, y por eso aceptó la cesantía. Con la misma argumentación se sostiene que pudo después solicitar la pensión, al cumplir la edad requeridad.

Se considera:

El Decreto 652 de 1935 es reglamentario de la Ley 10 de 1934, que es el estatuto inicial de los empleados particulares. En el artículo 14 de la mencionada ley se consagra el derecho del empleado a obtener, en caso de despido injusto, el auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo por cada año de servicios. En parte alguna habla la ley de pensiones de jubilación en favor de los empleados particulares. Pero al reglamentarse la Ley 10 en el artículo 28 del Decreto citado, en relación con el auxilio de cesantía, se determina que éste puede ser sustituído, a opción del empleado, por la jubilación en aquellas empresas que tengan establecida esta prestación. Y a tal punto mira la disposición a asegurar el pago del auxilio de cesantía que determina que en caso de que se opte por la pensión, y si falleciere el beneficiario sin haber recibido una suma igual al monto de la cesantía, deberá pagarse a los herederos lo que faltare. Complemento éste del artículo acotado que sirve para señalarse su verdadero carácter, que no es otro que el de dejar a salvo, en todo caso, el pago del auxilio que estableció el art. 14 de la Ley 10 de 1934. El Decreto no creó, ni podía crear la obligación de pagar pensión de jubilación, en forma perentoria, pues habría ido mucho más allá de una simple reglamentación y en tal caso habría excedido los límites de la potestad reglamentaria. Por eso hizo referencia a las Empresas que tuvieren establecida tal prestación y dispuso que el trabajador pudiera optar entre la cesantía y la jubilación; pero en términos que si los pagos hechos en esta forma no alcanzaren a cubrir la totalidad del auxilio, habría que pagar el saldo a los herederos.

Pero, de todas maneras, de su contexto sí fluye claramente que no pueden coexistir ambas prestaciones, como en forma expresa han venido a determinarlo otras disposiciones legales, como el art. 14 de la Ley 6ª de 1945. Si escoge la cesantía no puede exigirse

la jubilación. Si se opta la jubilación, en los términos de las leyes que crearon esta prestación, no puede exigirse ésta, si se ha recibido el auxilio de cesantía. Porque nada autoriza para considerar que este auxilio pueda ser mirado como un anticipo de jubilación, en los términos del artículo 4º de la Ley 53 de 1945, ya que cuando el auxilio de cesantía se liquida y paga, la intención no es la de atender a la solución provisional de una situación jurídica sino la de cancelar una obligación claramente impuesta por la ley. Esto, siempre que ambas prestaciones sean exigibles simultáneamente.

Pero, considerando la argumentación del opositor en el recurso, se tiene que el empleado no pudo hacer uso de la opción en el momento de liquidarse su cesantía, porque todavía no era exigible el pago de la pensión.

El opositor sostiene, en efecto, que cuando el empleado recibió su auxilio de cesantía no podía optar entre ésta y la pensión, por la sencilla razón de que no se trataba de un derecho concreto sino de una mera expectativa. Por otra parte, en el documento respectivo no se hace ninguna referencia al derecho a la jubilación, sino que, simplemente se acepta el pago de una cantidad determinada a título de cesantía.

El derecho a la jubilación sólo existió en forma exigible desde el momento en que el empleado cumplió los cincuenta y cinco años, esto es, seis meses después de haber cobrado y recibido la cesantía.

Cuando se expidió el Decreto 652 de 1935, se hallaba vigente la Ley 1ª de 1932, que estableció el derecho a la jubilación de los trabajadores ferroviarios que hubieran prestado veinte años de servicios. Como podía ocurrir que algunos empleados se hallaren en el caso de tener derecho a la jubilación y a la cesantía, simultáneamente, el art. 28 del Decreto buscó una solución para evitar que esas prestaciones se acumulasen, y fue así como estableció la opción en favor del trabajador.

Si, pues, hallándose el trabajador en el caso de poder exigir a un mismo tiempo una cualquiera de las dos prestaciones aludidas —cesantía o jubilación— por el hecho de escoger una de ellas renuncia a la otra, no puede admitirse que por la concurrencia de una especial circunstancia como es la de que no se haya hecho exigible inmediatamente la jubilación, pueda cobrarse primero el auxilio de cesantía y una vez cumplida la edad requerida la jubilación. Tal procedimiento contraría el espíritu y la finalidad del art. 28 del Decreto 652 de 1935. Y no vale argüir que en tal caso habrá de reintegrarse por cuotas el valor recibido por cesantía, porque aquí no se trata

de un anticipo hecho por razón de la pensión de jubilación sino de un pago verificado con la intención de dejar liquidada de una vez una situación, por razón de los servicios prestados por el trabajador.

Piénsese en lo aberrante del procedimiento que permitiera obtener el pago total de la cesantía, cuando sólo faltan pocos meses para tener derecho a cobrar la jubilación, y luego pedir ésta sin otra obligación que reintegrar por pequeños porcentajes la cantidad recibida por aquel concepto.

El Tribunal Supremo al estudiar este aspecto de la cuestión ha llegado sin dificultad a la conclusión de que el procedimiento adoptado en el caso que se contempla, hace coexistir las dos prestaciones, y por consiguiente, estima que la sentencia pugna con lo que dispone el mencionado artículo 28 del Decreto 652 de 1935.

Pero si esto es así, también lo es que no siendo exigible la jubilación en el momento en que el trabajador recibe la única prestación a que tuvo derecho —la cesantía— no puede decirse que llegada la oportunidad de poder pedir el reconocimiento de la jubilación, por haber cumplido la edad que las leyes señalan, se considera que ha perdido tal derecho por haber hecho efectivo la cesantía. Cree esta Corporación que en tales circunstancias no ha podido operarse legalmente la opción, desde luego que para que ésta tenga lugar es preciso que ambas prestaciones sean exigibles, pues de lo contrario faltaría uno de los extremos de aquélla. Sencillamente, si el trabajador solicita la jubilación es porque en definitiva escoge esta prestación a la cesantía. Pero para poder obtenerla es preciso que reintegre el valor recibido por concepto de cesantía, no en forma de porcentaje, como equivocadamente lo dispone la sentencia recurrida, pues no puede considerarse que la cantidad recibida tenga el carácter de anticipo de la jubilación.

No vale objetar que el recibo o finiquito expedido por González Restrepo dejó canceladas totalmente las obligaciones de las empresas cuyo servicio estuvo hasta el día 31 de diciembre de 1942, porque es claro que si en el momento de firmarse ese finiquito aún no había surgido el derecho a cobrar la jubilación, no podía quedar afectado por sus cláusulas un derecho inexistente.

He aquí sus términos:

"Que por todo el tiempo de servicio a las empresas mencionadas, o sean 29 años, 5 meses y 17 días, la Magdalena Fruit Company me ha reconocido y pagado la suma de dos mil cuatrocientos sesenta y tres pesos con cuarenta y cinco centavos ($ 2.463.45) moneda americana por concepto de auxilio de cesantía, cuarenta y dos pesos con

cincuenta centavos ($ 42.50) moneda americana por concepto de quince días de vacaciones, de acuerdo con la Ley 10 de 1934 y el Decreto 652 de 1935, y además la suma de doscientos pesos ($ 200.00) moneda legal con el fin de cubrir cualquier derecho que me pudiera corresponder por prestaciones a cargo de cualquiera de las empresas citadas. Que las sumas ya expresadas las he recibido en esta fecha y a mi entera satisfacción, y por lo tanto declaro que ninguna de las empresas mencionadas al principio de este documento me adeudan suma alguna por concepto de cesantía, vacaciones, sueldos, horas extras, auxilio de enfermedad, accidentes de trabajo, etc. ni por razón de la celebración, ejecución y terminación del contrato de trabajo, para lo cual en prueba de mi conformidad las liquidaciones que se hicieron y con las sumas que he recibido, se extiende el presente documento...".

Este documento fue firmado el día treinta y uno de diciembre de 1942, y seis meses después, el siete de agosto de 1943, cumplió los cincuenta y cinco años de edad, el signatario.

Pero, como ya se ha dicho, no es aceptable la solución dada por la sentencia recurrida al problema planteado en este juicio, porque conduce en forma clara a hacer simultáneas dos prestaciones que se excluyen, al menos en cuanto al lapso necesario para obtener la jubilación, o sea el término de veinte años, al determinar que del valor de aquélla se descuente por cuotas o porcentajes la suma recibida por concepto de cesantía; razón por la cual será necesario casar la providencia materia del recurso.

Sentencia de instancia.

Con los fundamentos que se dejan expuestos el Tribunal va a dictar su sentencia de instancia con el objeto de dejar vivo el derecho del trabajador a la opción, bien a cobrar su jubilación o a retener lo recibido por cesantía, pero sobre la base de que deberá devolver el valor recibido por la cesantía de veinte años, en su integridad y de una vez, para poder disfrutar de la otra prestación.

Y como de conformidad con la Ley 1ª de 1932 el tiempo de servicio necesario para tener derecho a la jubilación es el de veinte años y González Restrepo trabajó durante veintinueve, en caso de optar por la jubilación no estaría obligado a devolver toda la suma que recibió por auxilio de cesantía sino sólo la correspondiente a los primeros veinte años, pues la relativa a los nueve restantes se la reconoce la Ley 10 de 1934 por haber sido despedido sin justa causa. No quiere esto decir que concurran las dos prestaciones parcialmente en cuanto a estos nueve años, por la misma razón ya expuesta de

que la jubilación la adquiere el trabajador por razón de los veinte **años de servicios, de modo principal,** con base en la Ley 1ª citada, mientras que la cesantía se otorga por el tiempo excedente y con base en otra ley muy distinta.

Si el trabajador optare por la jubilación se reconocerá este derecho a partir del momento en que devuelva la suma recibida por cesantía, hasta concurrencia de veinte años, pues no es aplicable a este asunto especial el artículo 17 del Decreto 1471 de 1932 que manda reconocer la pensión desde que se hace la solicitud o, cuando se está al servicio de la empresa, desde el día del retiro, toda vez que esta norma rige para los casos generales, en los que no ha habido pago previo de cesantía, pero no puede dársele aplicación al presente porque ya el señor González Restrepo había recibido esta última prestación. Luego, cuando devuelva la suma recibida por ésta puede reclamar jubilación, y por consiguiente, sólo desde ese momento de la devolución tendrá derecho a la pensión. De lo contrario, coexistirían en un momento ambas prestaciones, contra el querer de la ley y el espíritu de este fallo. Además, no podría dejarse indefinidamente inestable la situación creada por el derecho de opción en este caso, para que al cabo de algún tiempo pudiese escogerse la pensión, cuando ya la suma debida, si se reconociese desde la fecha de la solicitud, equivaliera a la reconocida por cesantía.

En mérito de lo que se deja expuesto, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Santa Marta, objeto de este recurso, revoca la del Juez de primer grado, y en su lugar dispone:

El demandante Rafael González Restrepo tiene derecho a optar entre la jubilación y el auxilio de cesantía por razón de los servicios prestados a The Santa Marta Railway Company; pero para poder disfrutar de aquella prestación devolverá a la Empresa demandada el valor de la cesantía correspondiente a veinte años, en su integridad y de una vez.

Es entendido que si el actor hace uso del derecho de opción, de acuerdo con esta providencia y escoge la pensión de jubilación, sólo tendrá derecho a ésta a partir del momento en que devuelva la suma recibida por cesantía de que se habla en esta parte resolutiva.

Sin costas.

Notifíquese, publíquese, cópiese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase al Tribunal de origen.

Diógenes Sepúlveda Mejía. — Cástor Jaramillo Arrubla. — Luis Alberto Bravo. — Bertha Salazar Velasco, oficial mayor.

I. PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE SOCIEDADES REGULARES Y DE LAS IRREGULARES O DE HECHO. — II. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE LEGITIMACION EN CAUSA Y DE CAPACIDAD PARA COMPARECER EN JUICIO. — III. COMO SE ACREDITA LA CAPACIDAD PROCESAL DE LAS COMPAÑIAS REGULARES. — IV. EN LOS LITIGIOS DEL TRABAJO TAMBIEN DEBE PROBARSE. — V. MEDIO NUEVO EN CASACION.

I.—La existencia de las sociedades regulares o compañías, o su identidad, se demuestra en juicio con cualquiera de los tres medios de prueba que acepta la ley. Bien por escritura pública (art. 465 del C. de Co.); con el extracto de ésta (Ley 40 de 1907, art. 36), o con el certificado de la Cámara de Comercio de que trata el art. 40 de la Ley 28 de 1931. La existencia de las irregulares o de hecho se demuestra con cualquiera de los medios probatorios ordinarios, como testigos, documentos privados, etc.

II.—No hay que confundir el presupuesto procesal de la legitimación para obrar o legitimación en causa, que algunos procesalistas consideran como una condición de la acción y que no es otra cosa que la demostración en juicio de la identidad de la parte, con el presupuesto de la capacidad procesal o para comparecer en juicio que se refiere a la manera de intervenir la parte en el litigio, bien por sí misma o por sus representantes. Aquél es el que se conoció antes en nuestra jurisprudencia como personería sustantiva y éste el que se denominó personería adjetiva.

III.—La capacidad procesal o para comparecer en juicio de esas sociedades regulares, a través de sus representantes legales o convencionales, según dice la ley (art. 250 del C. J.), se acreditará con el certificado de la Cámara de Comercio, a que alude el art. 41 de la citada Ley 28 de 1931.

IV.—No se considera procedente que la omisión de pruebas legales, exigidas por preceptos vigentes, y que además se refieren a solemnidades indispensables para la validez de un acto o contrato, pueda aceptarse sin consecuencias para

las partes o pasarse por alto en los litigios del trabajo en atención solamente al espíritu que informa al Derecho Social. El nuevo derecho no es negación de pruebas en ningún caso y las partes no deben dejar de probar porque se trate de los litigios laborales, para sólo hacerlo en los civiles o mercantiles.

V.—Hecho nuevo en el recurso de casación, según lo ha establecido la doctrina y la jurisprudencia, es el que no se ha planteado en las instancias y por primera vez se propone en él su consideración.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Jaramillo Arrubla)

Bogotá, octubre nueve de mil novecientos cuarenta y siete.

Hernando González de la Torre demandó por medio de apoderado a la Compañía "Cervecería Germania. Rudolf Kohn, S. A.", de esta ciudad.

Pide el pago de $ 375.00 por salarios, $ 2.350.00 por vacaciones y $ 3.375,00 por cesantía. Posteriormente solicitó el pago de la prima móvil establecida por la Empresa, en una suma aproximada de $ 3.000.00; los salarios de la última semana de trabajo y reiteró las tres peticiones primitivas con un reajuste por la incorporación de la prima móvil.

Dijo el actor que había ingresado al servicio de la Compañía el 1º de enero de 1933, como empleado. Su remuneración era un sueldo fijo más comisiones. Prestó servicios continuamente hasta el 3 de septiembre de 1946, en que fue despedido. No disfrutó de vacaciones, ni se le han pagado. No se le reconoció cesantía. Se le deben también los salarios hasta completar el tiempo de su contrato presuntivo, a falta de contrato escrito.

La Sociedad le negó al demandante el carácter de empleado. Dijo que había sido agente vendedor y fue despedido por justa causa. Reconoció que no le había pagado cesantía, porque no tenía obligación de hacerlo. Manifestó que no obstante no tener el actor derecho a vacaciones, de hecho disfrutó de ellas en cada año por un tiempo mayor al legal. Le negó también el derecho a cobrar salarios después del despido, porque sólo devengaba una comisión por las ventas efectuadas. Se opuso igualmente a las peticiones adicionales. Para el caso de que tuviera derecho a vacaciones, propuso la excepción de prescripción.

El Juez 1º del Trabajo de Bogotá condenó a la Empresa a pagar al

actor $ 9.413.58, por cesantía, vacaciones, prima móvil, salarios por el tiempo restante del contrato presuntivo y de la última semana trabajada.

Apelado ese fallo por la Sociedad, el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá dictó el suyo el 28 de enero último, por medio del cual declaró no probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada y modificó la condenación del inferior, reduciéndola a $ 9.347.57 pues absolvió a la Empresa del pago del salario correspondiente a la última semana trabajada por el demandante.

El apoderado de la Compañía interpuso el recurso de casación. Concedido, admitido y fundado, pasa a decidirse.

En una extensa demanda plantea once cargos. Se estudiará el segundo por encontrarlo fundado el Tribunal Supremo. De acuerdo con el art. 538 del C. J. no habrá necesidad de considerar los restantes.

El cargo

Violó el sentenciador en forma directa el art. 40 de la Ley 28 de 1931 como consecuencia del error de derecho consistente en haber aceptado como prueba suficiente para acreditar la existencia de la Sociedad demandada un certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá que figura en los autos. La disposición citada exige que un certificado de esa naturaleza reúna determinados requisitos. El del juicio no lo llena, pues no expresa el número, la fecha y la Notaría de la escritura de constitución de la Compañía, ni de las escrituras de reforma, ni consta que esta Sociedad haya sido registrada en dicha Cámara.

Se considera: La Sociedad Regular de Comercio en Colombia se forma y prueba por escritura pública debidamente registrada (Art. 465 del C. de Co.). A esta solemnidad, el mismo Código agrega otras para la validez de ese contrato, so pena de nulidad, como el otorgamiento del extracto de la escritura social, por el Notario, su contenido, registro y publicación (Arts. 469, 470 y ss. del C. de Co. y 2º de la Ley 42 de 1898).

Posteriormente el art. 36 de la Ley 40 de 1907 estableció que las copias de ese extracto expedidas por el Secretario de la oficina en donde se hubieran registrado, servirían también para acreditar en juicio la personería de las sociedades y la representación de sus administradores o gestores.

Y por último, el art. 40 de la Ley 28 de 1931 estatuyó lo siguiente: "Para acreditar la constitución y existencia de una sociedad o compañía comercial, bastará un certificado firmado por el Presiden-

te y el Secretario de la Cámara de Comercio, sellado con el sello de ésta, en que conste el número, fecha y notaría de la escritura de constitución y de las que en alguna manera la hubieren reformado, con las indicaciones generales para los extractos de que tratan los arts. 469 del C. de Co. y 2º de la Ley 42 de 1898, según el caso; y que la sociedad o compañía ha sido registrada en la Cámara".

Esto, naturalmente, en cuanto a las sociedades regulares, pues las irregulares o de hecho se demuestran con cualquiera de los medios probatorios ordinarios, como testigos, documentos privados, etc. según lo tiene reconocido la jurisprudencia y lo ha aceptado ya esta Corporación (Juicio de Ricardo Zapata Bustos contra Hernán Caycedo Buenaventura, "GACETA DEL TRABAJO" Nros. 2 a 4 págs. 70 y ss.)

Distinta es la prueba de la calidad de representante legal o convencional de una sociedad comercial regular, pues según el art. 41 de la Ley 28 de 1931 "la certificación escrita autorizada con la firma del Presidente y el Secretario de la Cámara de Comercio, respecto a la persona que en un momento dado ejerza la Gerencia, o sea representante legal de una compañía o sociedad comercial de acuerdo con los registros que existan en la misma Cámara, constituirá prueba suficiente de la personería ante cualesquiera autoridades judiciales o administrativas".

No hay que confundir, por lo tanto, el presupuesto procesal de la legitimación para obrar o legitimación en causa, que algunos procesalistas consideran como una condición de la acción y que no es otra cosa que la demostración en juicio de la identidad de la parte, con el presupuesto de la capacidad procesal o para comparecer en juicio que se refiere a la manera de intervenir la parte en el litigio, bien por sí misma o por sus representantes. Aquél es el que se conoció antes en nuestra jurisprudencia como personería sustantiva y éste el que se denominó personería adjetiva.

Respecto de las sociedades o compañías su legitimación en causa o identidad o existencia se demuestra en juicio con cualquiera de las tres pruebas que acepta la Ley, bien con escritura pública (Art. 465 del C. de Co.); con el extracto de ésta (Ley 40 de 1907 art. 36), o con el certificado de la Cámara de Comercio de que trata el art. 40 de la Ley 28 de 1931. Su capacidad procesal o para comparecer en juicio, a través de sus representantes legales o convencionales según dice la Ley (Art. 250 del C. J.), bastará acreditarse con el certificado de la Cámara de Comercio prescrito en el art. 41 de la citada Ley 28 de 1931.

El certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá que estima mal apreciado el recurrente sólo se refiere a la elección de Gerente y suplentes de la Sociedad "Cervecería Germania Rudolf Kohn, S. A.", pero no a la constitución o existencia de dicha Compañía. Es decir, no figura la prueba de la legitimación en causa, existencia o identidad de la Sociedad demandada, en ninguna de las formas autorizadas por la ley, sino que se trajo la de la calidad de Gerente que se refiere de modo exclusivo a la capacidad procesal o para comparecer en juicio, pero que por sí sola, sin la de existencia de la Sociedad, no sirve para acreditar este requisito.

El apoderado de quien figura como parte demandada planteó este problema en su alegato de segunda instancia y el Tribunal de Bogotá creyó que por esa alegación había propuesto la excepción de inepta demanda. El sentenciador de segunda instancia consideró en su fallo recurrido que el certificado sobre elección de Gerente y sus suplentes era prueba suficiente de la existencia de la Sociedad demandada y desechó, por lo tanto, la que equivocadamente denominó excepción de inepta demanda en tal sentido.

Para el Tribunal Supremo no hay duda de que el fallador incurrió en un error de derecho al formular la anterior consideración y analizar así esa prueba, porque nuestra legislación establece determinadas solemnidades para la constitución y prueba de las sociedades comerciales, de acuerdo con lo que se ha dejado expuesto en el curso de esta providencia, de modo que no se puede dar por establecida la existencia de una compañía regular mercantil con una prueba muy distinta de la establecida por la ley.

El Tribunal Seccional dio por demostrada esa existencia o sea el presupuesto procesal de la legitimación en causa con el certificado acerca del presupuesto de la capacidad procesal o para comparecer en juicio. Es decir, con el certificado del artículo 41 de la Ley 28 de 1931 dio por establecida la existencia de la sociedad de que trata el artículo 40 de la misma ley, lo que es inaceptable.

El opositor en el recurso alega que este es un hecho nuevo en casación. Pero no lo es, porque fue alegado en la segunda instancia y considerado por el fallador en su providencia recurrida. Hecho nuevo en este recurso según lo tiene establecido la doctrina y la jurisprudencia, es el que no se ha planteado en las instancias y por primera vez se propone en casación.

También arguye el opositor, que la propia parte no puede alegar el vicio de su personería.

Pero esto sería aceptable si ese vicio se debiera a su propia culpa o a hechos imputables a esa parte. Mas quien omitió la prueba de la existencia de la Sociedad demandada fue el propio demandante a quien le correspondía por ser el actor, de acuerdo con universales principios de derecho sobre carga de la prueba.

Tampoco es aplicable al presente asunto la tesis de la Corte Suprema de Justicia que cita el mismo opositor en el sentido de que cuando no se ha puesto **sub judice** por las partes, ni como acción ni como excepción, nada atañedero a la existencia de la Sociedad que figure como parte, no es necesario indagar si esa Compañía se constituyó o no debidamente. Y no es de aplicación aquí, porque el recurrente planteó la cuestión en su alegato de segunda instancia, luego sí se puso **sub judice** ese problema en el presente litigio. Por consiguiente, no es verdadera la aseveración del propio opositor cuando dice en su alegato que "en cuanto a la personería sustantiva no hubo reparo alguno de parte de la Sociedad pues en ningún momento fue negada su existencia". Ya se dejó visto cómo sí se formuló reparo en tiempo, en el alegato de segunda instancia del apoderado de quien figuró como parte demandada.

El Tribunal Supremo no considera procedente que la omisión de pruebas legales, exigidas por preceptos vigentes, y que además se refieren a solemnidades indispensables para la validez de un acto o contrato, pueda aceptarse sin consecuencias para las partes o pasarse por alto en los litigios del trabajo en atención solamente al espíritu que informa al Derecho Social. El nuevo Derecho no es negación de pruebas en ningún caso y las partes no deben dejar de probar porque se trate de los litigios laborales, para sólo hacerlo en los civiles o mercantiles.

Está, pues, probado el cargo y deberá casarse la sentencia recurrida.

Para fallar en instancia, la Corporación tendrá en cuenta la misma falta de prueba de la existencia de la Sociedad y así habrá de declararlo.

Por lo expuesto, el Tribunal Supremo del Trabajo administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de 28 de enero último que ha sido objeto del presente recurso, revoca la de primera instancia proferida por el Juez 1º del Trabajo de Bogotá el 5 de noviembre de 1946 y, en su lugar, declara que no es el caso de entrar a decidir el presen-

te litigio por no estar demostrada la existencia de la Sociedad demandada.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase al Tribunal de origen.

Cástor Jaramillo Arrubla. — Diógenes Sepúlveda Mejía. — Luis Alberto Bravo. — Guillermo Martínez R., Secretario.

I. DERECHO DE OPCION. — II. PENSION DE JUBILACION.

I.—La opción a que tiene derecho el trabajador en virtud del art. 28 del Decreto 652 de 1935, no tiene lugar sino en presencia de dos derechos equivalentes y exigibles al mismo tiempo con entera libertad; no se presume y debe constar de de manera clara y expresa.

II.—Dado el carácter económico social del vínculo que se establece entre la empresa ferroviaria y el trabajador que se retira o es despedido después de servirle veinte años o más, no hay razón para que una ley que se expida posteriormente a la terminación del contrato y en la cual se señale una edad inferior a la que exigía la ley vigente en la fecha del despido o del retiro deje de aplicarse, interpretando que el hacerlo implica darle efecto retroactivo.

Y si las Leyes 206 de 1938 y 63 de 1940, que suprimieron el requisito de la edad, son aplicables a trabajadores retirados antes de su expedición y cuando se exigía la de 55 años porque se refieren a un derecho de carácter social que debe interpretarse, conforme a la equidad natural, en el sentido que más conviene a los beneficiados, con la misma razón puede sostenerse la aplicabilidad de la Ley 53 de 1945, que redujo ese mismo requisito a 50 años, respecto de trabajadores retirados en iguales circunstancias, o sea, después de 20 años de labores pero sin haber cumplido 55 años de edad y cuyos contratos terminaron bajo la vigencia de la Ley 1ª de 1932.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Luis Alberto Bravo)

Bogotá, diez de octubre de mil novecientos cuarenta y siete.

En demanda presentada ante el Juez Unico del Circuito Civil de Santa Marta, José I. Rodríguez pidió, por medio de apoderado, que la Empresa The Santa Marta Railway Company Limited, fuese condenada a pagarle una pensión mensual vitalicia de jubilación de

$ 51.90 o de la cuantía mayor que resultare, a partir del 14 de marzo de 1945, por haberle prestado servicios durante más de veinte años, desde el 1º de marzo de 1910 hasta la misma fecha de 1944, en los cargos de brequero y mozo de trenes, habiendo devengado en el último año una asignación mensual de $ 61.50 moneda corriente. Fundó sus pretensiones en las Leyes 1ª de 1932, 49 de 1943 y 6ª de 1945 y en los respectivos decretos reglamentarios.

La parte demandada alegó en su defensa que el día en que se efectuó el retiro del actor éste no tenía la edad requerida y que, por tanto, no había adquirido derecho a la pensión de jubilación, por no ser aplicables a su caso las leyes expedidas posteriormente. Dijo, que, además, la Empresa había celebrado con aquél un arreglo transaccional en virtud del cual recibió el correspondiente auxilio de cesantía.

El Juzgado Unico del Trabajo de Santa Marta, al que se remitió el negocio una vez que comenzó a funcionar, condenó a la Empresa a pagar al demandante una pensión vitalicia de jubilación de $ 54.10, a partir del 20 de diciembre de 1945, fecha en que empezó a regir la Ley 54 de 1945.

Este fallo fue apelado por la parte demandada para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, que en sentencia del 25 de diciembre de 1946 lo confirmó en todas sus partes.

Contra la providencia del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado de The Santa Marta Railway Company Limited, recurso que se va a decidir.

El recurrente acusa la sentencia del Tribunal Seccional de Barranquilla con base en la causal 1ª del artículo 520 del C. J., por violación de la ley sustantiva, y formula tres cargos, que serán examinados por su orden.

Primer cargo.—El contrato de trabajo entre el señor Rodríguez y la Sociedad demandada terminó el 1º de marzo de 1944. El 9 de mayo del mismo año, dicho señor celebró con la Empresa un convenio en que optó por el auxilio de cesantía. Siendo éste incompatible con la pensión de jubilación, quedó sin derecho a recibir la que le hubiera correspondido al llegar a la edad de 55 años, señalada en la Ley 1ª de 1932.

El Tribunal erró al considerar que el convenio mencionado se refirió sólo al auxilio de cesantía pero no afectó el derecho a la pensión de jubilación y porque aplicó el art. 2º de la Ley 53 de 1945 al convenio celebrado el 9 de mayo de 1944, o sea a una situación jurídica concreta anterior a la expedición de dicha ley.

La sentencia del Tribunal violó así las siguientes disposiciones legales:

a) El art. 28 del Decreto 652 de 1935, por no haberlo aplicado, siendo aplicable y por no haber decidido, con fundamento en él, que el demandante carecía de derecho para exigir la pensión de jubilación;

b) El artículo 38 de la Ley 153 de 1887, por no haberlo aplicado, siendo aplicable, respecto del convenio celebrado entre el demandante y la Empresa en relación con el citado artículo 28 del Decreto 652 de 1935;

c) Los artículos 1º y 2º de la Ley 53 de 1945, por haberlos aplicado al caso del pleito, sin ser aplicables.

Se considera:

La Ley 1ª de 1932 estableció en favor de los trabajadores ferroviarios, empleados u obreros, de edad no inferior a 55 años y que hubiesen servido por espacio de 20 años, continuos o discontinuos, una pensión mensual vitalicia de jubilación.

Posteriormente la Ley 10 de 1934 creó el auxilio de cesantía para los empleados particulares, en caso de despido no originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato, a razón de un mes de sueldo por cada año de servicio, sin ninguna limitación, retrospectividad de tiempo.

Instituídos los dos beneficios en la forma dicha, podía ocurrir que un empleado de Empresa ferroviaria particular reuniera las condiciones necesarias para recibirlos simultáneamente, lo que resultaba oneroso al empresario. De ahí que el art. 28 del Decreto 652 de 1935, reglamentario de la Ley 10 de 1934, facultara al empleado para optar entre el auxilio de cesantía y la pensión de jubilación, con el objeto de evitar su acumulación.

Pero, como es obvio, la opción no tiene lugar sino en presencia de dos derechos equivalentes y exigibles al mismo tiempo con entera libertad, esto es, sin que obre en el trabajador coacción alguna, como sería el temor de verse privado de sustento hasta el día en que cumpla la edad requerida para la jubilación.

Por otra parte, la opción no se presume, ya que se refiere a un acto de voluntad del trabajador acerca de derechos que le reconoce la ley y que, por ello, debe ser expreso y claro.

En el presente caso, no consta que el trabajador hubiese hecho uso de la opción legal para decidirse por el auxilio de cesantía. El convenio a que alude el recurrente trata de la terminación del juicio que para el pago de esta prestación inició el actor ante el Juzga-

do Civil del Circuito de Santa Marta. Por medio de dicho convenio la Empresa reconoció al señor Rodríguez la calidad de empleado con derecho al auxilio de cesantía únicamente dentro del lapso comprendido entre el 16 de abril de 1933 y el 8 de enero de 1941.

No hubo, por consiguiente, ánimo manifiesto de optar, ni la opción era posible porque el valor recibido como auxilio de cesantía apenas cubría un período de un poco menos de ocho años y porque, además, la pensión de jubilación no era exigible a la fecha del convenio en razón de la edad del trabajador.

Conforme al art. 38 de la Ley 153 de 1887 "en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración".

Sostiene el recurrente que habiéndose celebrado el convenio bajo la vigencia de la Ley 10 de 1934 debe entenderse incorporada en él, y que como dicha ley "establecía la incompatibilidad entre el auxilio de cesantía y la pensión de jubilación", se violó el art. 38 de la Ley 153 de 1887.

Pero ocurre que ninguna de las disposiciones de la Ley 10 de 1934 estableció tal incompatibilidad.

En cuanto al art. 28 del Decreto 652 de 1935, que dio derecho al empleado para optar entre el auxilio de cesantía y la pensión de jubilación, como ya se vio, no es aplicable al caso, puesto que cuando se celebró el convenio, la jubilación no era exigible.

Respecto de la Ley 1ª de 1932, también vigente a la fecha del convenio, se observa que es ajena a éste porque el derecho a la pensión de jubilación de que trata dicha ley no quedó afectado por aquél.

Tampoco es clara, en relación con el mencionado convenio, la violación de los artículos 1º y 2º de la Ley 53 de 1945 que adicionó y reformó varias leyes sobre pensión de jubilación, ya que el acuerdo versa exclusivamente sobre el auxilio de cesantía y comprende un lapso posterior al que dio nacimiento a la pensión de jubilación, que fue el que transcurrió entre el 1º de marzo de 1910 y el 21 de marzo de 1933, fecha en que completó veinte años de servicio, según se deduce de la relación de tiempo expedida por la Empresa demandada y de la respuesta que dio el apoderado de ésta al hecho primero de la demanda.

En consecuencia, no se admite este cargo.

Segundo cargo.—En la demanda de casación se formula este cargo así:

"Cuando el demandante se retiró de la Empresa, es decir, cuando terminó el contrato de trabajo, regía la Ley 1ª de 1932 que concedía

pensión de jubilación a los trabajadores ferroviarios que hubieran servido durante veinte años y hubieran cumplido cincuenta y cinco de edad. El señor Rodríguez no ha cumplido la edad señalada en dicha ley para poder obtener pensión de jubilación. Pero el Tribunal Seccional del Trabajo, en la sentencia a que me refiero, decide que, en este caso, debe darse aplicación a una ley posterior al retiro, la 53 de 1945, que sólo exige la edad de cincuenta años para poder exigir la pensión de jubilación".

"Ahora bien: la ley que aduce el Tribunal como fundamento de su decisión es inaplicable en el caso presente. En efecto: la mencionada ley no tiene efecto retroactivo y no puede, en consecuencia, aplicarse a situaciones jurídicas ya extinguidas cuando entró en vigencia".

"Sabido es que para que una ley pueda considerarse de carácter retroactivo es necesario que contenga disposición expresa sobre retroactividad. "Una cosa es que la ley pueda ser retroactiva y otra es que lo sea; pero si hay duda sobre el espíritu del legislador, si el sentido no es claro, el Juez no debe darle carácter retroactivo porque la regla general es que la ley sólo puede disponer para el futuro y no tiene efecto retroactivo". (Alessandri Rodríguez). Ahora bien: la Ley 53 de 1945 no contiene disposición ninguna que ordene la aplicación retroactiva, lo que, por otro aspecto, la haría inconstitucional".

"El Tribunal, en el fallo de que se trata, dice que por ser la mencionada ley de orden público, debe tener aplicación en el caso del pleito. Al decir esto, el Tribunal confunde el **efecto inmediato de la ley** con el **efecto retroactivo de la misma".**

"La Ley 53 de 1945, por ser de orden público, puede tener **efecto inmediato** pero no tiene ni puede tener **efecto retroactivo.** Es decir, puede tener efecto inmediato en cuanto se aplica a los contratos, en curso, a las situaciones jurídicas no concluídas; pero no puede tener efecto retroactivo, esto es, no puede tener efecto respecto de contratos ya terminados o de situaciones jurídicas definitivamente clausuradas".

"Así, la mencionada Ley 53 tiene aplicación respecto de contratos en curso cuando entró a regir pero no en relación con contratos extinguidos antes de su vigencia. Si cuando entró a regir la Ley 53 hubiera estado vigente el contrato de trabajo entre el demandante y la Compañía demandada, esa ley hubiera tenido aplicación respecto de las consecuencias de la terminación de tal contrato. Pero como cuando dicha ley entró en vigencia, el referido contrato estaba terminado

y arregladas todas las consecuencias de esa terminación, es claro que respecto de ellas sólo puede tener aplicación la ley vigente en el momento en que se puso término al contrato. La extinción de una situación jurídica se rige por la ley vigente en el momento en que se produce tal extinción".

"De lo expuesto se desprende que la sentencia viola las siguientes disposiciones legales:

a) Art. 1º de la Ley 53 de 1945, por haberlo interpretado erróneamente, al considerar que contiene disposición sobre retroactividad;

b) Art. 1º de la Ley 1ª de 1932, por no haberlo aplicado siendo aplicable para decidir, con base en él, que no estaban cumplidas por parte del demandante las condiciones necesarias para obtener pensión de jubilación;

c) Artículo 1º de la Ley 53 de 1945, por haberlo aplicado al caso del pleito, sin ser aplicable;

d) Artículo 18 de la Ley 153 de 1887, por incorrecta aplicación, en cuanto le dio efecto retroactivo a una disposición legal que sólo puede tener **efecto inmediato".**

Se considera:

Acerca del derecho a la jubilación dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 25 de mayo de 1936:

"El contrato de trabajo, dada su categoría especial, su misma naturaleza, tiene ciertas consecuencias que no se deducen de otras convenciones, y una de ellas es la que en ciertas condiciones y mediante el cumplimiento de ciertas circunstancias, constituídas por el tiempo, y la buena conducta, nace al terminarse el contrato y por el hecho de la misma terminación, una vinculación jurídica entre la empresa o el patrón y el obrero, y esto es lo que da nacimiento a las pensiones de jubilación".

"...El derecho a la jubilación no puede entrar dentro de la categoría de los derechos privados, de que trata el art. 15 del C. C., porque el derecho a una jubilación no mira únicamente al interés particular, sino al interés de terceros, como son las personas a quienes tiene que sostener el empleado y el obrero y también al interés social".

Como bien lo anota la Corte, el derecho a la jubilación nace al terminarse el contrato de trabajo y por el hecho de la misma terminación, en favor del empleado u obrero que ha prestado su esfuerzo personal durante largo tiempo y a cargo de la empresa o fábrica que se ha aprovechado de él.

En cuanto a la pensión de jubilación de los ferroviarios, conforme al art. 6º del Decreto 1471 de 1932, no es necesario de que al termi-

nar el contrato el trabajador haya cumplido la edad requerida, si por otra parte sus servicios a la empresa alcanzan a veinte años.

Dado el carácter económico social del vínculo que se establece entre la Empresa ferroviaria y el trabajador que se retira o es despedido después de servirle veinte años o más, no hay razón para que una ley que se expida posteriormente a la terminación del contrato y en la cual se señale una edad inferior a la que exigía la ley vigente en la fecha del despido. o del retiro deje de aplicarse, interpretando que el hacerlo implica darle efecto retroactivo.

Así, en el caso de autos, no cabe decir que la aplicación de la Ley 53 de 1945 implica retroactividad, ya que no se trata de extender el beneficio de la pensión a un trabajador retirado o despedido antes de completar el tiempo de servicio necesario al efecto, según la ley vigentes a la fecha de la terminación del contrato, hipótesis en la cual sí podía afirmarse que no nació el derecho a al pensión y que la relación jurídica que existe entre la Empresa y el trabajador quedó definitivamente clausurada.

Pero habiendo nacido para el demandante el derecho a la jubilación, de acuerdo con el art. 6º del Decreto 1471 de 1932, por razón del tiempo servido, podía exigir que fuera satisfecha al cumplir la edad de cincuenta años que señaló la ley mencionada, de la misma manera que los trabajadores de esa edad y con igual tiempo de servicio, no separados de la empresa anteriormente.

Sobre un caso análogo el Consejo de Estado acogió por unanimidad el siguiente concepto del Consejero doctor Gonzalo Gaitán:

"Señores Consejeros:

"El señor Ministro del Trabajo, Higiene y Previsión Social en oficio Nº 12328 de 30 de abril último, recibido en el Consejo el día 3 del corriente mayo, formula la siguiente consulta:

"Los efectos de las citadas leyes 206 de 1938 y 63 de 1940 son o no aplicables a los maquinistas, fogoneros, ayudantes de fogoneros, trabajadores de calderas, fundidores, mineros, y a los empleados ferroviarios oficiales o particulares, que fueron retirados del servicio después de 20 años de labores, antes de la expedición de aquélla, pero que por tener menos de 55 años de edad, no habían podido entrar en el disfrute de su pensión de jubilación?".

"Esta consulta fue motivada por discrepancia de criterios existentes entre el Ministerio que la formula y el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. El Ministerio estima que hoy tienen derecho a las prestaciones sociales establecidas por las citadas leyes, los empleados que se retiraron de la empresa después de cumplir veinte

años de servicio y antes de la vigencia de ellas, aun cuando no hayan cumplido la edad de cincuenta y cinco años. De su parte, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales cree que tales empleados carecen del derecho a dichas prestaciones por cuanto las Leyes 206 y 63 citadas no tienen efecto retroactivo. Entiende el suscrito Consejero que de esta última opinión participa el Ministerio de Obras Públicas.

"En orden a resolver la delicada cuestión planteada conviene transcribir el texto de las disposiciones sujetas a la interpretación".

"El art. 1º de la Ley 1ª de 1932 está concebido así:

"Todo empleado u obrero de edad **no inferior a cincuenta y cinco años** (se subraya) que haya servido por espacio de veinte años, continua o discontinuamente, a una empresa ferroviaria oficial o particular, tiene derecho a que ésta le pague, en el caso de su retiro, una pensión mensual vitalicia de jubilación según la escala siguiente...". En seguida establece el art. el monto pecuniario de las pensiones, habida consideración de los sueldos devengados por los favorecidos).

"Dos condiciones o requisitos esenciales, pues, exige esta disposición para otorgar la gracia correspondiente, a saber: a) Veinte años de servicio a la empresa, y b) Cincuenta y cinco años de edad. La falta de la primera condición hacía fracasar necesariamente el derecho a la prestación. La falta de la segunda suspendía la gracia temporalmente a los empleados retirados de la empresa, hasta cuando cumplieran la edad requerida. Mejor, su derecho quedaba en suspenso hasta el cumplimiento del segundo requisito. Tal acontece hoy con múltiples pensiones que exigen edad determinada, v. gr. las de los Jueces y Magistrados, para los cuales se exigen veinte años de servicio y sesenta de edad. Si un Magistrado deja su empleo después de haber servido veinte años, sin llegar a la edad de sesenta, su derecho a obtener la pensión queda en suspenso hasta cuando cumpla esta edad, y cumplida puede reclamar su pensión aun cuando no esté prestando el servicio. Sobre esto no hay discrepancia de opiniones.

"Vino la Ley 206 de 1938 y en su art. 1º dijo: "El personal de maquinistas, fogoneros, ayudantes de fogoneros, trabajadores de calderas, fundidores y mineros tienen derecho, al cumplir los veinte años de servicio, continua o discontinuamente, en una empresa ferroviaria, oficial o particular, a la jubilación de que habla el art. 1º de la Ley 1ª de 1932, **cualquiera que sea la edad**" (se ha subrayado). Y el art. 1º de la Ley 63 de 1940 es del tenor siguiente: "Los beneficios establecidos por los arts. 1º y siguientes de la Ley 1ª de 1932 y 206 de 1938, se extienden a los trabajadores de los talleres de las empresas ferroviarias oficiales o particulares, al cumplir los veinte

(20) años de servicios continuos o discontinuos, cualquiera que sea la edad".

"Bien clara se ve la intención del legislador: consideró que era bastante para ser acreedor a la gracia el haber servido veinte años a la empresa y estimó injusto o por lo menos exagerado el requisito de los 55 años de edad. Así debe aceptarlo el intérprete, desde luego que la ley eliminó este requisito, seguramente en atención a lo poderoso y fatigante del trabajo ejecutado por los agraciados.

"Se pregunta, ¿pero quienes salieron antes de la vigencia de las dos leyes últimamente citadas del servicio de las empresas, sin cumplir la edad de cincuenta y cinco años, aunque sí satisfecho el requisito de los veinte años de trabajo, tienen derecho a la jubilación independientemente de la edad? Para el suscrito Consejero la respuesta afirmativa se impone.

"El artículo 32 del Código Civil da esta sabia norma de interpretación: "En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural". Ciertamente la equidad natural no puede perderse jamás de vista en la interpretación de la ley o sería contraria a ella, en el caso presente, guiarse por un criterio netamente cronológico. En el momento actual la ley sólo ha considerado indispensable para dispensar la gracia el requisito de los veinte años de servicio. Nada más. Y resultaría inequitativo el que el factor tiempo influyera en tal forma que un individuo que sale de una empresa el día anterior a la vigencia de la ley no tenga derecho a la jubilación y en cambio sí lo tenga el que sale al día siguiente de esa vigencia aun cuando los dos estén en condiciones idénticas de servicio y edad. No debe perderse de vista que existe una diferencia sustancial entre una ley que otorga o reconoce un derecho y la que fija requisitos para gozar de ese mismo derecho. En el presente caso se trata de una ley de la segunda categoría. Primeramente el legislador exigía dos requisitos. Con posterioridad eliminó uno de ellos. Lo que en el fondo se quiere retribuir es el trabajo ejecutado en determinadas condiciones. Es este el requisito **sine qua non,** sustancial, determinante de la gracia. El segundo requisito, el de la edad, el que el legislador eliminó era meramente dilatorio, es decir, suspendía el derecho hasta el cumplimiento de la edad requerida.

"Y no es que le dé efecto retroactivo a la ley, porque como acertadamente lo dice el Ministerio, la ley posterior no puede tener efectos pretéritos sobre situaciones legalmente concluídas al amparo de

la legislación preexistente en el momento de su conclusión, pero sí puede influir en situaciones no concluídas, de carácter permanente, como es el caso de que aquí se trata.

"Por esta razón resultaría inválido el argumento de que si la ley eleva los sueldos de retiro, las pensiones, etc., de facto quedarían elevados los sueldos de retiro y las pensiones de que están disfrutando, en virtud de reconocimientos hechos por la autoridad competente, determinados individuos. Porque los sueldos o pensiones ya reconocidos a empleados retirados constituyen situaciones legalmente concluídas.

"La Corte Suprema de Justicia en sentencia de 16 de febrero de 1940 (Gaceta Judicial Nos. 1953 y 1954, págs. 54 y ss.) fijó un criterio de mayor amplitud para la interpretación del derecho social y en un caso menos claro que el presente dijo: "Considera la Corte que sí debe dársele aplicación (a la Ley 206 de 1938) porque se trata de la consagración de un derecho de carácter social en nuestra legislación positiva y tales derechos, como los de naturaleza penal, tienen siempre preferente aplicación —siendo favorables o permisivos— por ser de orden público o estar íntimamente vinculados a la organización social del país. Por esa circunstancia, aun siendo posterior a la fecha de la demanda, debe darse cumplimiento a ese precepto, lo que vendría a dirimir el punto controvertido en casación, ya que dándole aplicación no es necesario que el actor compruebe en juicio su edad para obtener el beneficio consagrado por la ley, como una justa retribución a su trabajo y a la eficaz colaboración prestada en la marcha y prosperidad económica de la Empresa demandada". Y más adelante prosigue la misma Corte: "a) El artículo 1º de la Ley 1ª de 1932, que sirve de fundamento al actor para solicitar la pensión vitalicia, la reconoce a favor de "todo empleado u obrero de edad no inferior a 55 años **que haya servido** (subraya la Corte) por espacio de veinte años". Los términos anteriores en que está concebida la ley respecto de los empleados favorecidos con este beneficio, plantean a la Corte un problema de interpretación que no vacila en decidir en el sentido de que el precepto cuyo alcance se estudia cobija a todo empleado u obrero **que haya servido** a una empresa ferroviaria, y no simplemente a los **que estén sirviendo** al cumplir los 55 años de vida y 20 de servicios continuos o discontinuos".

"Y no sobra advertir que la Corte, en la aludida sentencia fue mucho más lejos de lo que ahora va el Consejo de Estado. En efecto, el caso por ella contemplado fue el siguiente: un empleado de una empresa ferroviaria, alegando haber prestado veinte años de

servicio y tener más de cincuenta y cinco de edad la demandó para que le reconociera la jubilación de que trata la Ley 1ª de 1932. Sobre la edad del reclamante se trabó la disputa, pues éste sostenía haber cumplido los cincuenta y cinco años exigidos por la ley, hecho éste que negaba la empresa demandada. **Inter mora litis** empezó a regir la Ley 206, y la Corte a pesar de estar ya trabada la litis contestación, sostuvo que por haber suprimido esta última ley el requisito de la edad, carecía de objeto el examen de la prueba a este respecto, ya que la jubilación debía reconocérsele al empleado, cualquiera que fuera su edad".

Y si las Leyes 206 de 1938 y 63 de 1940, que suprimieron el requisito de la edad, son aplicables a trabajadores retirados antes de su expedición y cuando se exigía la de 55 años porque se refieren a un derecho de carácter social que debe interpretarse, conforme a la equidad natural, en el sentido que más conviene a los beneficiados, con la misma razón puede sostenerse la aplicabilidad de la Ley 53 de 1945, que redujo ese mismo requisito a 50 años, respecto de trabajadores retirados en iguales circunstancias, o sea, después de veinte años de labores pero sin haber cumplido cincuenta y cinco de edad y cuyos contratos terminaron bajo la vigencia de la Ley 1ª de 1932, que es el caso que se contempla en este juicio.

Como lo ha dicho reiteradamente la Corte Suprema de Justicia, las leyes sobre pensiones son de eminente carácter social y por tanto de utilidad pública, y tienen "efecto general inmediato", aunque restrinjan derechos amparados por ley anterior (artículo 18, Ley 153 de 1887), ya sea que los favorecidos por ellas estén desempeñando el cargo o se hayan retirado, a menos de disposición expresa en contrario. (Ver sentencia del 5 de junio de 1944. G. J. Nos. 2.010 a 2.014, págs. 821 y ss.).

De lo dicho se deduce que el sentenciador obró acertadamente al aplicar al caso del pleito el artículo 1º de la Ley 53 de 1945 que modificó el artículo 1º de la Ley 1ª de 1932 y que, en consecuencia, no violó las disposiciones que cita el recurrente.

Este cargo es, pues, inadmisible.

Tercer cargo.—Dice el recurrente que la sentencia al fijar la pensión de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 53 de 1945, viola este artículo, por haberlo aplicado indebidamente, y además el artículo 1º del Decreto 2340 de 1946, por no haberlo aplicado, y el artículo 1º de la Ley 1ª de 1932, por no haberlo aplicado, ya que en el supuesto de que el demandante tuviera derecho a pensión, ella tendría que liquidarse de conformidad con las disposiciones que regían a la fecha del retiro. Y agrega:

"Así se desprende, no sólo de los principios generales, sino también de lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 2340 de 1946".

Se considera:

El Tribunal sentenciador no se refiere expresamente a este punto, pero al confirmar "en todas sus partes" el fallo de primera instancia hizo suya la siguiente consideración contenida en éste:

"Por las mismas razones expuestas sobre la aplicación preferencial e inmediata de la 53 de 1945, el Juzgado entiende que la liquidación de la pensión mensual de jubilación debe hacerse con arreglo a las normas de dicha ley. Como está comprobado en el juicio que el último sueldo devengado por el demandante fue de sesenta y un pesos con cincuenta centavos ($ 61.50), el monto de su pensión es de cincuenta y cuatro pesos con diez centavos ($ 54.10) moneda legal".

El artículo 1º del Decreto 2340 de 1946 dice así:

"La escala señalada en el artículo 4º de la Ley 53 de 1945 es aplicable a todos los trabajadores de las empresas ferroviarias oficiles, semioficiales y particulares cuyo derecho a la pensión se haya causado o ejercitado, o se cause o ejercite, con posterioridad a la vigencia de dicha ley".

Pues bien, si el derecho del demandante a la jubilación nació al completar éste veinte años de servicio, no se hizo exigible, esto es, no se causó efectivamente, sino en virtud de la expedición de la Ley 53 de 1945, que redujo a cincuenta años la edad necesaria para reclamar ese derecho.

Por otra parte, el demandante no vino a ejercitar ese derecho judicialmente sino el 20 de febrero de 1946, fecha en que se admitió su demanda, esto es, con posterioridad a la vigencia de la Ley 53 de 1945.

La tesis de que la pensión debía liquidarse de conformidad con la Ley 1ª de 1932 en ningún caso sería aceptable, pues la escala establecida en esa ley fue aumentada por el artículo 1º de la Ley 49 de 1943, cuyo parágrafo 2º es del tenor siguiente:

Los beneficios consagrados en el presente artículo no se hacen extensivos a los trabajadores ferroviarios que se hallen disfrutando de pensión mensual vitalicia de jubilación con fecha anterior a la promulgación de la presente ley, ni modifica la cuantía de las pensiones ya decretadas".

Luego, **a contrario sensu**, los trabajadores ferroviarios que no se hallaban disfrutando de pensión con anterioridad a la Ley 49 de 1943, como es el caso del demandante, tenían derecho a que se les liquidara de acuerdo con la escala más favorable.

Por lo demás, el Tribunal hizo bien en no ordenar la devolución de la suma que recibió el demandante por concepto de cesantía, puesto que el período de un poco menos de ocho años a que se refiere esta prestación, es distinto y posterior al de veinte años que da derecho a la jubilación. La cesantía se otorgó conforme a la Ley 10 de 1934, por el lapso comprendido entre el 16 de abril de 1933 y el 8 de enero de 1941 y la jubilación se concede de acuerdo con las Leyes 1ª de 1932 y 53 de 1945, en razón de los servicios prestados con anterioridad a ese tiempo, o sea, desde marzo de 1910 hasta enero de 1932, teniendo en cuenta que hubo una discontinuidad de un año y nueve meses, según la relación de tiempo hecha por la Empresa.

Por lo tanto, se rechaza este cargo.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia materia de este recurso.

Costas a cargo del recurrente, si las hubiere.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvanse los autos al Tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo. — Cástor Jaramillo Arrubla. — Diógenes Sepúlveda Mejía. — Guillermo Martínez R., Secretario.

PROFESORES DE ESTABLECIMIENTOS DE EDUCACION, PRIVADOS Y OFICIALES

Las actividades de los profesores de establecimientos privados de educación caben dentro de la definición que de empleado particular dan el art. 12 de la Ley 10 de 1934 y el 1º del Decreto 652 de 1935. Se realiza un trabajo intelectual, por cuenta de otra persona, en un servicio que no es oficial, y en virtud de un sueldo o remuneración periódica fija, y hay además, un vínculo ostensible de subordinación, por cuanto el trabajador está sometdo a un horario previamente señalado y efectúa su labor docente con arreglo a los reglamentos que el respectivo colegio tiene fijados. Si el profesor está sometido a recibir las órdenes del propietario o director del plantel, ese factor subordinación se hace todavía más visible y configura mejor aún la condición de empleado particular. El hecho de que en la Ley 43 de 1945 se hubiera dicho en forma expresa que tales trabajadores tienen el carácter de empleados no influye para negarlo en presencia de las disposiciones de la Ley 10, que era la aplicable antes de aquélla. Y no es argumento sostenible el de que por haberse dictado esa disposición especial y emplearse una forma verbal que parece mirar al futuro, el legislador partió del supuesto de que los profesores no tenían el dicho carácter. Lo que en realidad ha ocurrido es que se han dictado expresos preceptos para evitar torcidas interpretaciones de los mandatos legales, tales como el del art. 27 de la Ley 6ª de 1945, que reconoce de modo explícito a los empleados de las Notarías y de las Oficinas de Registro su condición de empleados particulares, sin que ello quisiera decir que antes de tal norma no lo tenían.

No puede establecerse paridad entre los maestros al servicio oficial, que tienen derecho a cobrar su sueldo durante los dos meses de vacaciones, y los profesores de establecimientos privados. Respecto de los primeros existe un estatu-

to especial y son empleados de carácter permanente que gozan de relativa inamovilidad. No así en cuanto a los segundos. El profesor de establecimientos privados, no puede entenderse contratado sino en forma temporal, dadas las características del trabajo de que se trata.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Doctor Diógenes Sepúlveda Mejía)

Bogotá, octubre veintitrés de mil novecientos cuarenta y siete.

Con la representación que le otorgara Rafael Núñez Grice, el doctor Francisco Prado Villanueva, presentó ante el Juez de Trabajo de Cartagena, demanda contra Alberto Elías Fernández, Director copropietario del Colegio **Fernández Baena,** a fin de que se le condenase a pagar a su representado la cantidad de ochocientos seis pesos, con sesenta y tres centavos ($ 806,63), por concepto de cesantía, por razón de once años de servicios prestados como profesor del citado establecimiento, y la de un mil cuatrocientos pesos ($ 1.400.00) por concepto de vacaciones (dos meses por cada año de servicio, en once años).

Basó su demanda en las disposiciones de la Ley 10 de 1934, y el Decreto reglamentario 652 de 1935, y en la Ley 6ª de 1945 y su Decreto reglamentario 2127 del mismo año, sin señalar concretamente ninguna disposición especial.

Tramitado el juicio por el funcionario del conocimiento, con fecha veintiséis de julio del pasado año, se dictó la correspondiente sentencia, y en ella se absolvió al demandado de todos los cargos de la demanda.

Pero como el demandante no se conformara con el fallo, recurrió ante el Tribunal Seccional del Trabajo, en apelación, y éste, después de tramitar el negocio, con fecha dieciocho de octubre siguiente, dictó la respectiva sentencia, por medio de la cual confirmó en todas sus partes la de primera instancia.

El recurso

El doctor Prado Villanueva resolvió interponer el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Seccional, el cual le fue concedido. Llegado el expediente a esta Corporación, se le dio el trámite conveniente, y como el demandante presentó oportunamente su demanda de casación, por medio de su apoderado sustituto, es el mo-

mento de decidirlo, lo que se hará una vez que se expongan algunas consideraciones.

La demanda

El doctor Hernando Medina Hernández, como apoderado sustituto del actor, presentó su demanda de casación, y la fundó de esta manera:

Primer cargo

"Acuso la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Cartagena de fecha octubre 18 de 1946, por ser violatoria de la ley sustantiva.

"Dicha sentencia viola la ley sustantiva al no aplicar el art. 12 de la Ley 10 de 1934 y el art. 1º del Decreto 652 de 1935, que lo reglamenta".

Sostiene en seguida el demandante que entre el demandado y su poderdante existía un contrato de trabajo; que Fernández Baena pagaba un sueldo o remuneración mensual a Núñez Grice; que la prestación de servicios era continuada y no ocasional; que los servicios se prestaban en establecimiento de propiedad del demandado; que Núñez Grice estaba en situación de continuada subordinación y dependencia con respecto a Fernández, y que es evidente que en el ejercicio de las funcions de Núñez predominaba el esfuerzo intelectual sobre el esfuerzo físico.

Termina diciendo que la sentencia violó el art. 12 de la mencionada Ley 10 de 1934, por haberla dejado de aplicar.

Se estudia el cargo

El art. 531 del C. J. señala los requisitos que debe llenar una demanda de casación, entre los cuales se halla el relativo a las causales que se aduzcan para pedir la infirmación del fallo, con indicación clara y precisa de los fundamentos de ella y con cita de las disposiciones legales que se estimen violadas.

Esta norma exige, pues, que la demanda se ajuste a una verdadera técnica en la formulación, que en el caso que se estudia no se encuentra bien aceptable. En parte alguna se han expresado las causales invocadas por el recurrente, y es sabido que dentro de las que señala el art. 520 del C. J. siendo como es la primera la más importante de ellas, son varias sus modalidades esenciales, y por eso, la

técnica exige que se puntualicen y que, además, se explique el concepto de la violación legal en forma clara. Porque no es lo mismo la infracción directa de una norma legal que su indebida aplicación o su errónea interpretación. Y como en la demanda que se examina no hay cita de las causales invocadas, y solamente se hace la referencia a las disposiciones que se creen violadas, no obstante este defecto de formulación de ella, se entrará a su estudio, por obrar con amplitud, interpretando el alcance que el recurrente ha querido darle.

Para el demandante no hay duda de que su representado era empleado del señor Fernández Baena, dentro del concepto del art. 12 de la Ley 10 de 1934. Como la sentencia no le reconoce tal carácter al demandante, considera que se violó la ley, por falta de aplicación de tal precepto.

El ataque de fondo contra la sentencia del Tribunal se refiere al hecho de que no se consideró al demandante como empleado particular, de conformidad con lo que dispone el art. 12 de la Ley 10 de 1934 y su decreto reglamentario. Y en efecto, la sentencia parte de la base de que los profesores de colegios privados solamente han venido a tener ese carácter en virtud de la Ley 43 de 1945, que en su art. 12 lo determina en forma expresa.

Para este Tribunal las actividades de los profesores de establecimientos de educación caben dentro de la definición que de empleado particular dan el art. 12 de la Ley 10 de 1934 y el 1º del Decreto 652 de 1935. Se realiza un trabajo intelectual, por cuenta de otra persona, en un servicio que no es oficial, y en virtud de un sueldo o remuneración periódica fija, y porque hay, además, un vínculo ostensible de subordinación, por cuanto el trabajador está sometido a un horario previamente señalado y efectúa su labor docente con arreglo a los reglamentos que el respectivo Colegio tiene fijados. Si, pues, el profesor está sometido a recibir las órdenes del propietario o director del plantel, ese factor subordinación se hace todavía más visible y configura mejor aún la condición de empleado particular.

El hecho de que en la Ley 43 de 1945 se hubiera dicho en forma expresa que tales trabajadores tienen el carácter de empleados no influye para negarlo en presencia de las disposiciones de la Ley 10, que era la aplicable, antes de aquélla. Y no es argumento sostenible el de que por haberse dictado esa disposición especial y emplearse una forma verbal que parece mirar al futuro, el legislador partió del supuesto de que los profesores no tenían el dicho carácter. Lo que en realidad ha ocurrido es que se han dictado expresos

preceptos para evitar torcidas interpretaciones de los mandatos legales, tales como el del art. 27 de la Ley 6ª de 1945 que reconoce de modo explícito a lo sempleados de las Notarías y de las Oficinas de Registro su condición de empleados particulares, sin que ello quisiera decir que antes de tal norma no lo tenían.

Si los factores esenciales para configurar el contrato de trabajo, aparecen de modo inconfundible en las actividades que realiza un profesor de colegios privados, puesto que hay una labor personal del trabajador, se ejecuta el trabajo bajo la dependencia continuada del patrono y se recibe una remuneración por el servicio prestado, no hay ninguna razón atendible para que se desconozca la calidad de empleado a quien ejerce el profesorado, que es actividad netamente intelectual, so pretexto de que solamente en la mencionada Ley 43 vino a reconocerse expresamente tal calidad.

En sentir del Tribunal, la sentencia acusada no se conforma con lo dispuesto en el art. 12 de la Ley 10 de 1934 al desconocer al demandante Núñez Grice el carácter de empleado particular; pero esta circunstancia no incide en el fallo, sino en cuanto se relaciona con el despido del trabajador.

El despido

La sentencia recurrida afirma que el último contrato de trabajo que celebraron las partes fue del mes de febrero al de noviembre del año de 1945; que así lo afirma el actor en su demanda y que fue aceptado el hecho por el demandado; pero sostiene que el retiro de Núñez Grice fue voluntario, "pues si bien es cierto que quedaron suprimidas las cátedras que éste regentaba en el Colegio, el demandado afirmó en la declaración jurada que rindió ante el Juez, que le ofreció a Núñez Grice otras cátedras en cursos vocacionales y éste no se allanó a aceptarlas, lo cual no fue contradicho siquiera por dicho señor".

Sabido es que el derecho a cesantía, dentro del régimen de la Ley 10 de 1934, solamente surgía ante el despido injustificado. De manera que en el presente negocio es preciso analizar si se produjo éste en forma que haga al patrono responsable de él, y, por consiguiente, que conlleve el correspondiente derecho del empleado para exigir el pago de las respectivas prestaciones.

No fue ciertamente en virtud de un hecho o de una omisión del demandado como el demandante dejó de prestar sus servicios en el Colegio donde era profesor. Causas extrañas a la voluntad del propietario del plantel, como la supresión por el Gobierno de las asigna-

turas que dictaba el expresado profesor, colocaron a Fernández Baena en el caso de ofrecerle distintas asignaturas a las que aquél venía atendiendo. En tales circunstancias podrá afirmarse que hubo un despido injusto, o siquiera que hubo despido propiamente dicho? Porque es verdad que no se trata de que concurriera mala conducta ni incumplimiento del contrato por parte del empleado, sino que dadas las peculiaridades del servicio que prestaba Núñez Grice y como el contrato se ejecutaba dentro de cada año lectivo, al empezar el año de 1946 no fue posible su celebración, por las anotadas circunstancias, lo que dio como resultado, no que se hubiera roto el vínculo contractual, sino que no se hubiera vuelto a celebrar el que ya había venido cumpliéndose normalmente en los años anteriores.

Como para tener derecho al cobro de la cesantía es necesario demostrar que hubo despido injusto y de ello no hay prueba, no es suficiente el cargo para producir la casación que se persigue.

Segundo cargo

Considera el demandante que se violó el art. 36 de la Ley 6ª de 1945, en consonancia con el artículo 12, de la Ley 10 de 1934, que establece la aplicación de las disposiciones más favorables para el trabajador; que cuando se expidió la Ley 6ª referida todavía existía el vínculo contractual entre el demandante y el señor Fernández Baena, y que esa disposición más favorable es la de la Ley 10 de 1934.

Dice así:

"No obstante lo indicado en el capítulo anterior, admitamos como lo sostiene el Tribunal y la parte demandada, que el art. 12 de la Ley 43 de 1945 es la primera y única actuación legislativa que reconoce a los profesores por horas como empleados; ahora bien, dicha disposición remite a la Ley 6ª de 1945, es decir, el estatuto aplicable sería el de esta última ley y ella entró a regir el 19 de febrero de 1945, cuando aún estaba vigente el nexo contractual entre Núñez Grice y Fernández Baena; de donde resulta que a Núñez Grice le serían aplicables las disposiciones de la Ley 6ª de 1945. Pues bien, en tal estatuto el art. citado ordena la aplicación de la norma más favorable para el trabajador. La parte actora en el juicio estimó como más favorable la disposición de la Ley 10; luego, al no dar aplicación a ella ni a la 6ª de 1945, resulta evidente que el Tribunal violó la ley sustantiva por omisión".

Se examina el cargo.

Es evidente que el art. 36 de la Ley 6ª de 1945 determina que debe aplicarse la disposición más favorable al trabajador. Las disposiciones de las secciones II y III de la Ley 6ª de 1945, en cuanto sean más favorables a los trabajadores, tanto oficiales como particulares, se aplicarán de preferencia a cualesquiera otras que regulen la materia a que ellas se refieren; a su turno, estas últimas se aplicarán de preferencia a las referidas secciones de la Ley 6ª en cuanto fueren más favorables a los trabajadores.

Al estudiarse el cargo anterior este Tribunal ha sentado la tesis de que la Ley 10 de 1934 sí comprendió a los profesores como empleados particulares; pero como ya se ha dicho que la sentencia acusada partió también de la base de que el retiro del trabajador fue voluntario, implícitamente aplicó la disposición del art. 14 de la ley mencionada, que no da derecho a la cesantía sino en cuanto provenga de despido. El cargo por falta de aplicación de la ley que se consideró más favorable (la 10 de 1934) no puede prosperar pues, se repite, que sobre la base de que el demandante fue empleado particular de Fernández Baena, como no se estableció el hecho de que el patrono lo hubiera despedido sin justa causa o que el empleado tuviera motivo legal para dar por terminado el contrato (art. 14 Dto. 652 de 1935), tampoco cabe casar la sentencia por este motivo.

Por lo demás, sabido es que el Tribunal tiene una vasta zona de apreciación para estimar las probanzas que se alleguen al proceso, por lo cual esta superioridad no puede interferir en esa apreciación sino cuando se acusa la sentencia por error de hecho proveniente de la equivocada estimación de determinadas piezas probatorias. Por eso debe dar por admitido que el retiro de Núñez Grice sí fue voluntario.

Tampoco es suficiente este cargo para infirmar el fallo.

Tercer cargo

"Acuso la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Cartagena, de fecha octubre 18 de 1946, por error de hecho proveniente de la falta de apreciación de la confesión del demandado.

"El demandado Fernández Baena al ser interrogado por el doctor Prado Villanueva en el acto de la audiencia celebrada el 11 de julio de 1946, respondió: ..." los servicios como profesor se contrataban anualmente. (Fol. 18 vto.).

"Teniendo como base esta confesión y aceptando que la única disposición aplicable a los profesores por horas es la del art. 12 de la Ley 43 de 1945, es necesario aceptar lo siguiente:

a) La designación de profesor se hacía al iniciar el curso escolar, es decir, en febrero. La calidad de profesor del plantel subsistía hasta que se hiciera nuevo nombramiento o se renovara el contrato verbal pactado el año anterior. Tan evidente es esto, que no se puede afirmar que el señor Fernández Baena perdía su calidad de Rector o propietario al terminar el curso lectivo, a mediados de noviembre, para recuperarla al año siguiente, al iniciar nuevas tareas.

b) El hecho de que Fernández Baena no pagara a Núñez Grice en diciembre y enero la remuneración a que tenía este último pleno derecho, no altera lo anterior; tal hecho sólo acusa falta de sensibilidad patronal de Fernández. Al respecto y por analogía, es conveniente poner de presente, que los maestros oficiales son nombrados en febrero de cada año, se les reconocen y pagan sueldos de diciembre y enero, época de vacaciones, y son considerados como titulares de su empleo hasta que al año siguiente se les renueve el nombramiento o se les designe a otro establecimiento.

c) Es cuando menos natural que la calidad de profesor o maestro del plantel subsista durante las vacaciones de diciembre y enero y que los establecimientos o entidades a los cuales sirven les paguen los sueldos en estos dos meses, porque lo contrario sería auspiciar la miseria y el hambre de estos trabajadores en tal lapso, con aberrante desconocimiento de las normas de equidad y mejoramiento sociales".

En síntesis, el recurrente afirma que Núñez Grice fue empleado de Fernández hasta febrero de 1946, fecha en la cual fue separado del servicio por eliminación de los cursos que dictaba. Que el Tribunal consideró que el último contrato de trabajo expiró en noviembre de 1945; pero como la Ley 43 de ese año entró en vigencia el 17 de diciembre siguiente, para esta fecha todavía era Núñez Grice trabajador al servicio del demandado". "Por consiguiente se violó el art. 12 de la Ley 43 citada".

Se examina el cargo.

Para poder medir el alcance de la confesión del demandado, que el recurrente encuentra mal apreciada por el Tribunal de instancia, es preciso tomarla en toda su amplitud y en relación con la pregunta formulada por el apoderado del actor. Porque tomando la sola frase que señala el cargo se le puede hacer decir cosa distinta de lo que es su verdadero contenido.

La pregunta es la siguiente:

"Diga el interrogado ¿sí es o no cierto que el hecho de figurar el nombre del señor Rafael Núñez Grice en la lista de profesores del

plantel en el prospecto de 1946, se debe a que sus servicios habían sido convenidos igualmente para este año, como venía sucediendo de 1935 para acá? **Contestó:** No es cierto, porque los servicios como profesor se contrataban anualmente, y así tenemos figurando en la lista al doctor Galofre que tiene como seis años de no ser profesor, tenemos al doctor Acosta que se graduó y se fue para Fundación en el Magdalena y aún continúa figurando en el prospecto".

Y en la siguiente se buscó aclarar el alcance de la expresión **anualmente,** cuando se dijo:

"Explique el interrogado ¿cómo es que siendo que los servicios de los profesores se contratan anualmente en el plantel de su propiedad, el señor Rafael Núñez volvió a sus cátedras al iniciarse el año escolar del presente año y por haber sido éstas eliminadas se le ofrecieron otras distintas en los cursos vocacionales del mismo plantel? **Contestó:** el señor Núñez se presentó a ofrecer nuevamente sus servicios para el año lectivo de 1946, pero habiendo sido eliminados los cursos que el señor Núñez dictaba se le ofrecieron nuevas cátedras en el curso vocacional, cátedras éstas que eran más o menos idénticas a las que él dictaba anteriormente, y el señor Núñez quedó a responder si aceptaba o no aceptaba y no regresó más. La respuesta fue la demanda".

Ha dicho este Tribunal, y es esta la doctrina uniformemente aceptada, que el Tribunal de instancia es soberano en la apreciación de las pruebas que le sirven de base para formar su convencimiento, mayormente cuando se trata de negocios laborales, en los cuales el Juez tiene un ámbito de apreciación más amplio todavía, desde luego que la tarifa legal de pruebas no es estrictamente obligatoria, según lo determina el art. 3º de la Ley 75 de 1945. De suerte que para que una acusación de esta índole contra el fallo del Tribunal de instancia pueda tener éxito, es necesario que se alegue y demuestre que la falta de apreciación de determinada prueba o su equivocada consideración por el Tribunal han conducido a un error ostensible de hecho, al través del cual se ha producido la violación de la norma legal respectiva.

En el caso que se estudia, la confesión que el recurrente encuentra favorable a su tesis de que el contrato de trabajo expiró cuando ya estaba vigente el art. 12 de la Ley 43 de 1945 fue analizada ampliamente por el Tribunal fallador, así como por el Juez de primer grado, y puesta en relación con los demás elementos probatorios del juicio apenas llegó a demostrar que los servicios del profesorado en los colegios de enseñanza se entienden en relación con el

correspondiente año lectivo, cuyas tareas empiezan en febrero y finalizan en noviembre; que terminadas las tareas se paga un mes por concepto de vacaciones, y que, por tanto, la relación de trabajo queda cada año terminada. Lo que en sentir del Tribunal fue lo que ocurrió en el negocio que se examina. De donde se llega a la conclusión de que el último contrato existente entre el demandante señor Núñez Grice y el demandado señor Fernández Baena, expiró desde el mes de noviembre de 1945, según las propias voces de la demanda.

De manera que este último cargo tampoco tiene, en sentir de este Tribunal, fuerza suficiente para producir la infirmación del fallo acusado, sin que sobre advertir, por otra parte, que aun en el supuesto de que se llegase a la conclusión que el recurrente busca, en el sentido de que el contrato de trabajo sólo terminó al iniciarse las labores escolares de 1946, establecido como está que el demandado no aceptó trabajar durante tal año en los nuevos cursos o materias que le fueron ofrecidos, no podría derivar de esa circunstancia derecho para obtener las prestaciones que pretende.

Tampoco está por demás hacer una breve referencia a la argumentación del recurrente cuando pretende establecer paridad entre los maestros al servicio oficial, los cuales tienen derecho a cobrar su sueldo durante los dos meses de vacaciones, y los profesores de establecimientos privados. Respecto de los primeros existe un estatuto especial y son empleados de carácter permanente que gozan de relativa inamovilidad. No así en cuanto a los segundos. Lo que significa que el profesor de establecimientos privados, no puede entenderse contratado sino en forma temporal, dadas las características del trabajo de que se trata.

Las consideraciones que se dejan expuestas son suficientes para que este Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASE la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Cartagena, que ha sido objeto del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Diógenes Sepúlveda Mejía. — Cástor Jaramillo Arrubla. — Luis Alberto Bravo. — Guillermo Martínez R., Secretario.

ROMPIMIENTO UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO POR EL TRABAJADOR

La afirmación que haga el trabajador de ser su retiro de la empresa causado por falta grave del patrono, debe ser comprobada en el juicio, para que pueda ampararse en lo dispuesto por los artículos 48 o 49 del Decreto 2127 de 1945, que determinan los casos en que el contrato de trabajo puede romperse unilateralmente, con previo aviso o sin él.

El hecho de confesar el patrono que no ha indemnizado al empleado por no haber disfrutado de vacaciones, a lo sumo da lugar a que se condene a pagar esa indemnización; pero en forma alguna autoriza para llegar hasta dar por probada la afirmación del trabajador de que se había negado su derecho, caso en el cual sí podía romper unilateralmente su contrato de trabajo, por incumplimiento de la otra parte de sus obligaciones legales. Pero en tal caso no podía hacerlo intempestivamente, sino mediante el previo aviso de que trata el art. 49 del Decreto 2127, ya citado, reglamentario de la Ley 6ª de 1945.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Sepúlveda Mejía)

Bogotá, octubre veintinueve de mil novecientos cuarenta y siete.

Por medio de apoderado, ante el Juzgado Segundo del Circuito de Cartagena, Alonso Rubio demandó a Santiago Heredia a fin de que fuese condenado a pagarle las iguientes prestaciones:

a) Por diferencia de salarios dejados de pagar sobre jornada legal en días domingos y feriados en todo el tiempo que estuvo en el desempeño de su cargo... $ 202.64.

b) Por excedencias de horas servidas 3 diurnas y 12 nocturnas fuera de la jornada legal durante el mismo período y en los mismos días domingos y feriados $ 1.782.45.

c) Por excedencia de horas servidas 3 diurnas y 12 nocturnas

fuera de la jornada legal en días hábiles durante el mismo período $ 5.721.93.

d) Por vacaciones acumuladas no concedidas en los dos últimos años, conforme al promedio mensual devengado (fijo y eventual) $ 282.97.

e) Por auxilio de cesantía en 34 meses servidos, conforme al promedio mensual resultante de lo devengado por concepto de remuneraciones fijas y eventuales $ 801.74.

Ocho mil setecientos noventa y un peso con setenta y tres centavos ($ 8.791.73).

El Juez de primera instancia tramitó el juicio y con fecha 30 de noviembre de 1945, hizo las siguientes condenaciones:

Por auxilio de cesantía	$ 214.96
Vacaciones	80.00
Horas extras en días comunes	6.482.03
Horas extras en domingos y feriados	1.068.59
Dominicales y feriados trabajados	424.54
Total	8.270.12

Esta providencia fue apelada para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial; mas como antes de que se produjera el fallo se instaló el Tribunal Seccional del Trabajo de Cartagena le fue a éste pasado el negocio, y en tal virtud, con fecha 17 de julio del pasado año, pronunció sentencia definitiva, por medio de la cual reformó la de primera instancia en la siguiente forma:

Auxilio de cesantía	$ 214.90
Vacaciones	80.00
Horas extras en días comunes (primer período)	604.80
Horas extras (segundo período)	1.814.67
Horas extras dominicales (primer período)....	154.72
Horas extras (segundo período)	625.96
Domingos y feriados	424.54
Total	$ 3.919.59

Contra esta providencia se interpuso el recurso de casación por ambas partes, y como en este Tribunal se le dio el trámite legal y

ha llegado la oportunidad de decidirlo, para ello se harán las consideraciones que adelante se consignan.

Demanda del apoderado del actor

El recurrente ha presentado como demanda de casación un memorial en el cual dice que invoca las causales 1ª y 6ª del art. 520 del C. J.; que acusa la sentencia recurrida "por error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas y por violación de la ley sustantiva".

Dice que el Tribunal le dio aplicación al Decreto Ejecutivo 895 de 1934, desconociendo a su representado el derecho a que se le paguen todas las horas extras demandadas. Y con esto se ha violado la ley sustantiva. (No dice cuál ley). Y para terminar dice que, por consiguiente, "la sentencia del Tribunal Seccional de Cartagena a que me vengo refiriendo, viola tanto las disposiciones citadas como el art. 3º de la Ley 6ª de 1945". Se le dio, agrega, cumplimiento a precepto no aplicable en este caso, como es obvio, por lo cual la Corte del Trabajo debe enmendar la sentencia que ha venido a causar tan grave perjuicio a mi mandante señor Rubio".

Anota que en la sentencia de primera instancia dictada en este negocio se desconoció el valor probatorio de las liquidaciones practicadas por el señor Rubio y que venían a fijar el verdadero sueldo que devengaba al servicio del demandado.

Se considera:

En múltiples decisiones de este Tribunal se ha dicho que una demanda de casación debe ajustarse a la técnica que señala el art. 531 del Código Judicial. Es necesario indicar claramente la causal que se invoca, especificando, cuando se trata de la primera, cuál de las modalidades de violación legal es la que se debe analizar; pues ya se sabe que la infracción legal se opera por diversos caminos, y que no es lo mismo la infracción directa, que la indebida aplicación o que la violación indirecta por falta de apreciación de pruebas o por su errada apreciación. De suerte que es preciso indicar en forma exacta el concepto de la violación, haciendo la referencia clara a la disposición se encuentre o se considere violada.

Y cuando se acusa por error de hecho o de derecho, es condición **sine qua non,** señalar en forma determinada la prueba o pruebas que en concepto del recurrente han conducido a la violación legal, con el objeto de que el fallador oriente su examen convenientemente.

Pero en el libelo que se estudia apenas hay una referencia a una

prueba dejada de estimar o mal estimada por el Juez de primera instancia, y al paso que se habla de error de hecho se dice también que hubo aplicación indebida de algún precepto legal que no se determina, y que parece ser todo un Decreto Ejecutivo citado en el curso de la demanda de casación.

Ha dicho también este Tribunal en repetidos fallos que en casación se enfrentan únicamente la sentencia acusada y la ley; que el debate se circunscribe a los factores relevantes del fallo en presencia de las normas que se consideran violadas, y que, por lo mismo, no puede confundirse este recurso extraordinario con una tercera instancia, pues al fallador no le es dable hacer una revisión del juicio para detenerse en el examen de todas y de cada una de las piezas del expediente.

El recurrente invoca, por ejemplo, la causal 6ª del art. 520 del Código Judicial y en parte alguna hace referencia a la manera como se operó la nulidad que tal disposición señala, lo que quiere decir que se cita un motivo de casación sin fundamento alguno.

Lo anterior indica que la demanda del apoderado del actor es absolutamente inestimable como tal, y que, por consiguiente, el Tribunal no podrá entrar a considerarla.

Demanda del apoderado de la parte demandada

Dice así:

"Acuso el fallo del Tribunal por violaciones de la ley sustantiva y por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, o sea, invoco la primera causal de casación de que trata el artículo 520 del Código Judicial".

Después de alegar extensamente acerca de las cuestiones debatidas en el pleito, termina así:

"De lo que dejo expuesto aparece":

"1º—Que el Tribunal en su sentencia, al confirmar a Alonso Rubio el derecho que le atribuyó ilegalmente el Juez, de percibir de Santiago Heredia $ 80.00 por vacaciones y $ 214.00 por cesantía, violó por aplicación indebida los artículos 12 y 14 de la Ley 10 de 1935 (sic) y 12 y 13 de la Ley 6ª de 1945. Y que incurrió en errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas al fundar su fallo, en la creencia equivocada de que Rubio era un empleado y de que no había confesado haberse retirado voluntariamente del servicio de Heredia. Tales errores aparecen de modo manifiesto en los autos".

Se estudia el cargo.

Auncuando deficientemente formulada esta demanda, pues no se hizo la debida separación de las modalidades que contiene la causal primera de casación, al menos se determinaron las disposiciones que se consideran violadas, y del cuerpo del alegato se colige el pensamiento del demandante.

Pretende el recurrente que se violó el art. 12 de la Ley 10ª de 1934 porque se llegó a la creencia equivocada de que Rubio fue empleado y no obrero; pero no determina las pruebas mal apreciadas sino que hace referencia a todo el haz probatorio, cosa contraria a la técnica de casación, que impide el examen del cargo, pues que, cuando se acusa por error de hecho en la apreciación de las pruebas, es necesario precisarlas en forma clara, porque la casación no es un juicio de revisión que permite el examen de todo el proceso. De suerte que no entrará el Tribunal a estudiar esta violación del artículo 12 de la Ley 10, por lo que queda dicho. Pero, además, la sentencia no contempla el problema de si Rubio era o no empleado, y en realidad esa cuestión no ha sido objeto de controversia a lo largo del juicio. De donde resulta que se trata de un motivo nuevo que en casación no es admisible, ni en la sentencia de primera instancia ni en la acusada se hace la más ligera referencia al carácter del trabajador, para los efectos de la distinción entre empleado y obrero, pues en ambas se parte de la base de que se trata de un empleado. De suerte que en este recurso es del todo improcedente examinar este aspecto de la cuestión.

Violación del art. 14 de la Ley 10 de 1934

Esta disposición determina que tiene derecho al auxilio de cesantía el empleado que es despedido sin justa causa.

El recurrente afirma que el retiro de Rubio fue voluntario, y para ello se refiere a la prueba de la confesión que el mismo demandante hizo en posiciones.

Se estudia este cargo.

Al folio 54 del expediente se encuentra lo siguiente:

Pregunta: Diga el interrogado si es cierto o no que él presentó renuncia de su cargo en la Fábrica del señor Santiago Heredia y que así lo manifestó a otros trabajadores del establecimiento. Contestó: Yo sí le dije al señor Heredia que me iba a retirar y me retiré, porque sabía que me iban a votar (sic) pues allí el que pide vacaciones lo votan (sic)".

El doctor Wilfrido Castro pregunta al declarante para que aclare cuál fue la causa o con motivo de qué se retiró él de la Fábrica.

El señor Rubio manifiesta: que se retiró porque necesitaba descanso y pidió vacaciones al señor Heredia y éste dijo que allí no se daban vacaciones.

Esta prueba la relaciona la sentencia con la respuesta dada por el demandado al punto séptimo de la demanda, que es como aquí se copia:

"Séptimo: Alonso Rubio no recibió de sus patronos en ningún momento, mientras estuvo prestando sus servicios, ni al cesar en sus funciones ni con posterioridad al cese de ellas, suma alguna de dinero por concepto de sobrerremuneración por servicio prestado en días domingos y feriados; tampoco por concepto de trabajo en horas excedentes de la jornada legal; ni por concepto de vacaciones no gozadas o concedidas ni por concepto de auxilio de cesantía".

Respuesta: Que sí es cierto, con la siguiente explicación: el señor Rubio nunca recibió su remuneración por servicios prestados en domingos y días feriados ni tampoco por horas extras servidas fuera de la jornada legal porque nunca prestó esa clase de servicios extraordinarios. También lo es que tampoco se le indemnizó por razón de vacaciones y cesantía porque como ya se dijo, su retiro se produjo de la Fábrica voluntariamente, esto es, abandonó el cargo que en ella venía ejerciendo".

La confesión que hizo el demandante de que se había retirado porque necesitaba descanso y que pidió vacaciones al señor Heredia y éste dijo que allí (en la empresa) no se daban vacaciones, envuelve un hecho que debía demostrar quien lo afirmó. Porque es forzar un tanto el alcance de la respuesta dada por el demandado, en el sentido de que no había indemnizado al trabajador por concepto de vacaciones o sea que no se había compensado en dinero, para llegar a la conclusión de que se le había negado el descanso anual que ordena la ley. No. "El hecho de confesar el demandado que no se había indemnizado por no haber disfrutado de vacaciones el empleado a lo sumo da lugar a que se condene a pagar esa indemnización; pero en forma alguna autoriza para llegar hasta dar por probada la afirmación del demandante de que se había negado su derecho, caso en el cual sí podía romper unilateralmente su contrato de trabajo, por incumplimiento de la otra parte de sus obligaciones legales. Pero en tal caso no podía hacerlo intempestivamente, sino mediante el previo aviso de que trata el art. 49 del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª del mismo año. No se está en ninguna de las circuns-

tancias señaladas por el art. 48 del mismo decreto que dan al trabajador el derecho a romper el contrato de trabajo sin previo aviso.

Sin necesidad de mayor discriminación sobre este punto se llega a la conclusión de que la confesión del demandante es dividua, y que la parte final de ella, en cuanto afirma que pidió vacaciones y le fueron negadas, no puede admitirse sin la respectiva demostración. Y en ninguna parte aparece que esas vacaciones se le hubieran negado. Solamente que no se le habían compensado en dinero las que había dejado de disfrutar, cosa absolutamente distinta.

En esta parte se llega a la conclusión de que no hubo falta grave comprobada de parte del patrono para producir el retiro del trabajador, y por tanto se violó lo dispuesto en el inciso segundo del parágrafo del art. 12 de la Ley 6ª de 1945, razón por la cual la sentencia será casada parcialmente.

El segundo cargo se refiere a la condenación por razón de horas extras. Se acusa la sentencia por violación del art. 2º de la Resolución Nº 1 de 1934, y el art. 3º de la Ley 6ª de 1945.

Acreditado se halla ampliamente que el demandante dormía en el local que ocupaba la Fábrica y que desempeñaba una labor de confianza o de mera vigilancia, en las horas no laborales. El Tribunal llega a la conclusión de que la jornada que cobija a Rubio era la de doce horas, y que las excedentes de este límite deben serle reconocidas.

El trabajador cuidaba los elementos de la Empresa, puesto que dormía en el establecimiento. Según la tesis del Tribunal, esa vigilancia, en cuanto pasase de doce horas debía ser remunerada. En concepto de este Tribunal el problema que se le somete hoy no tiene ninguna dificultad y ya ha sido analizado en otras ocasiones en forma completa.

Rubio era un empleado de confianza, y no podía ser obligado a permanecer en el lugar del trabajo más de doce horas. ¿Pero está demostrado que se obligase a tal cosa? No solamente se hallaba voluntariamente durmiendo en el local de la Empresa, sino que según sus mismas palabras quería habitar allí con toda su familia. Es decir, residía en el mismo lugar del trabajo, y de consiguiente no hay base alguna para sostener la tesis del Tribunal **a quo**; porque, entre otras cosas, la razón de ser de la limitación de la jornada legal es la de evitar el desgaste del organismo humano por la realización de trabajos excesivos. Como se supone que hay una labor material que ejecutar, cuando ella se lleva a cabo en horas distintas de las normales, lo lógico y racional es que se remuneren en forma extraordinaria. Pero cuando se trata de trabajadores que cobran sueldo fijo men-

sual, con el encargo de cuidar los elementos de una empresa, en cuyo local vive el empleado, no hay derecho a exigir remuneración alguna por concepto de horas extras. En este punto no es necesario hacer una extensa exposición, pues el caso ha sido ya analizado por este Tribunal, como puede verse, entre otras sentencias en la de fecha nov. 27 de 1946 (Willy Mieth contra Empresa Cafetera Colombiana). Por esta razón habrá de casarse también la sentencia en cuanto al reconocimiento de horas extras, por violación de los arts. 2º de la Resolución Nº 1 de 1934 y 3º de la Ley 6ª de 1945.

Dominicales y días feriados

Dice el cargo:

"El Tribunal, al condenar a Santiago Heredia a pagar a Alonso Rubio los domingos y días feriados y con remuneración doble, violó el artículo 5º de la Ley 57 de 1926 y el 1º de la Ley 35 de 1939, por aplicación indebida e interpretación errónea. E incurrió en error de hecho por apreciación errónea de la prueba testimonial al pasar su fallo en la creencia de que Rubio había trabajado todos los domingos y días feriados, cuando aparece evidente en los autos que los testigos, al declarar, no se refirieron a todos y cada uno de los domingos y días feriados transcurridos mientras Rubio estuvo al servicio de Heredia".

Se examina este cargo.

Ya se ha dicho que cuando la acusación se encamina a demostrar que hubo error de hecho en la apreciación de las pruebas, que condujo a la violación legal, es necesario que se determinen las pruebas respectivas, pues, como la casación no es una tercera instancia, el Tribunal no tiene por qué entrar a hacer una revisión total del haz probatorio. Por otra parte, el Tribunal de instancia es autónomo en la apreciación de los elementos probatorios que le sirven de base para tomar su convencimiento respecto a los hechos alegados, y solamente procede el examen de esa prueba, por el superior, como se ha expresado varias veces, cuando por medio de ellas se llega a un error ostensible de hecho. Pero es necesario puntualizar exactamente de qué pruebas se trata y no basta decir, como lo hace el recurrente, que se incurrió en tal error por apreciación errónea de la prueba testimonial.

Esta consideración hace que el Tribunal no pueda entrar a examinar todos los testimonios que contiene el expediente para determinar si el demandante Rubio trabajó o no los días domingos y fe-

riados. Y auncuando se trata de un cargo de confianza, como el descanso dominical está claramente establecido por la ley, en tanto que haya de trabajarse, hay derecho para exigir que se le remunere en la forma que la misma ley determina. Mas cuando se trata de sueldo mensual, ha dicho este Tribunal en recientes fallos que la remuneración es sencilla, porque el descanso está comprendido dentro del sueldo respectivo. Lo mismo puede decirse de los demás días feriados. Auncuando la sentencia habla de remuneración doble, es lo cierto que parte de la base de que dentro del sueldo ya había una remuneración sencilla, y por eso liquida a razón de dos pesos ($ 2.00), la primera etapa, cuando el trabajador devengaba $ 60.00 y dos con sesenta y seis ($ 2.66) cuando ganaba ochenta pesos ($ 80.00). De manera que en esta parte no habrá de ser casada la sentencia.

Por las razones que quedan expuestas el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley CASA PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Cartagena, en cuanto condena al señor Santiago Heredia a pagar al señor Alonso Rubio, por concepto de cesantía y horas extras, y no la casa en lo demás, revoca en el mismo sentido la sentencia de primer grado, y en consecuencia, condena al expresado señor Santiago Heredia a pagar al señor Alonso Rubio, por concepto de vacaciones, ochenta pesos ($ 80.00) y por dominicales y días feriados, cuatrocientos veinticuatro pesos cincuenta y cuatro centavos ($ 424.54). En total la suma de quinientos cuatro pesos, cincuenta y cuatro centavos ($ 504.54). Se absuelve al demandado de las demás condenaciones.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase al Tribunal de origen.

Cástor Jaramillo Arrubla. — Diógenes Sepúlveda Mejía. — Luis Alberto Bravo. — Guillermo Martínez R., Secretario.

CONDENA EN ABSTRACTO

En reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo del Trabajo ha dicho que no es admisible en las controversias que versan sobre salarios o prestaciones sociales el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial, pues la condena en abstracto sólo tiene cabida cuando se trata de frutos, intereses, daños o perjuicios, conforme lo dispone el art. 480 de la misma obra.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Luis Alberto Bravo)

Bogotá, noviembre cuatro de mil novecientos cuarenta y siete.

Eduardo Enrique Pinedo Ruiz demandó a la Empresa Azucarera Central de Berástegui para el pago de auxilio de cesantía, trabajo en horas extras y domingos y vacaciones.

Fundó su pretensión en los hechos siguientes:

a) En el mes de enero de 1934 celebró contrato de trabajo con la Empresa demandada, en virtud del cual se obligó a desempeñar las funciones de capataz encargado de movilizar las líneas portátiles que se utilizan para sacar la caña, del cañaveral hacia el Ingenio, situado en el Corregimiento de Berástegui;

b) Durante todo el tiempo de servicio recibió de la Empresa una remuneración de $ 84.00 mensuales;

c) Sus labores se iniciaban a las 5 a. m. y terminaban a las 9 p. m., todos los días comunes y además en dos domingos cada mes;

d) Se retiró voluntariamente de la Empresa dando por terminado el contrato de trabajo, en el mes de mayo de 1945, porque al reclamar el pago de las horas extras correspondientes a todo el tiempo de servicio, se le dijo que no tenía ningún derecho a ese pago.

e) No disfrutó de vacaciones legales.

El apoderado de la Empresa demandada, en la contestación de la demanda negó los hechos y propuso las excepciones de falta de derecho para pedir, prescripción e inepta demanda.

El Juez de primera instancia condenó a la Empresa Azucarera

Berástegui a pagar al demandante el auxilio de cesantía, el trabajo en domingos y demás días feriados y horas extras y vacaciones no disfrutadas, en forma abstracta, y ordenó que la liquidación se hiciera de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 553 del C. J.

Apelado el fallo por el apoderado de la Empresa para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Cartagena, éste lo reformó pero sólo para el efecto de fijar en cantidades líquidas el importe de la condena.

Contra la sentencia de segunda instancia interpuso recurso de casación el apoderado de la parte demandada, recurso que va a decidirse, surtidos ya los trámites de rigor.

El recurrente formula cuatro cargos que serán examinados a continuación, siguiendo el mismo orden de la demanda de casación.

"Primer cargo.—Violación por aplicación indebida, de las siguientes normas legales sustantivas:

"Ley 10 de 1934, art. 14, ordinal a), disposición que establece en favor de los empleados particulares, el derecho a quince (15) días de vacaciones remuneradas, por cada año de servicio.

"D. 652 de 1935, art. 20, disposición que autoriza la acumulación de vacaciones por una sola vez, en ciertos casos de empleados particulares que desepeñen funciones técnicas o de confianza.

"Ley 10 de 1934, art. 14, ord. c), disposición que consagra y regula el derecho de auxilio de cesantía en favor de los empleados particulares, en caso de despido injustificado.

"Ley 57 de 1926, art. 5º, disposición que establece la indemnización especial correspondiente al trabajo desempeñado los domingos.

"Ley 6ª de 1945, art. 36, disposición que ordena la aplicación preferente, tratándose de prestaciones sociales, de las normas legales más favorables a los trabajadores.

"La aplicación indebida de dichas reglas de derecho sustantivo se produjo —en el caso de este primer cargo— como consecuencia de haberse proferido el fallo de segunda instancia con desconocimiento del art. 494 del C. J.

"La referida norma de procedimiento dice así: "La apelación se entiende interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante, y, por lo tanto, el superior no puede enmendar la providencia en la parte que no es objeto del recurso, salvo que, a virtud de la reposición, sea preciso hacer modificaciones a esta parte sobre puntos íntimamente relacionados con la otra".

"Se trata, pues, de una disposición imperativa para el fallador

de segunda instancia, según la cual, éste —con la única excepción prevista en el propio artículo— no puede decidir sobre la sentencia o auto apelados, en forma que produzca al apelante una situación más desfavorable que aquella contra la cual ha recurrido".

"En el caso de autos la infracción de esta regla de derecho procesal es manifiesta".

"El Juez de primera instancia condenó en abstracto a la Empresa que represento, en vista de no poder hacerlo en concreto por no ofrecerle los elementos del proceso, ninguna seguridad en relación con la asignación mensual o diaria devengada por el demandante (fl. 52), factor éste esencial para determinar la cuantía de las prestaciones reclamadas en el juicio".

"El fallo de primera instancia se limitó pues a dar la medida de tiempo que debía tenerse en cuenta para el cómputo del auxilio de cesantía, remuneración por horas extras, trabajo en días domingos y vacaciones, a cuyo pago fue condenada la Empresa, y señaló el procedimiento del art. 553 del C. J. para hacer la liquidación concreta de tales prestaciones".

"Ahora bien: es claro que la condenación en abstracto proferida por el Juez **a quo** era menos gravosa para la Empresa que cualquier condenación en concreto. En efecto: dispuesta la liquidación de las prestaciones referidas por el sistema del art. 553 del C. J., dejábase margen a la Empresa que represento, para impugnar los cálculos que el actor hiciera al respecto, para llevar en su defensa nuevas pruebas y rebatir las del demandante. La condena en abstracto —estando por establecer la asignación de Pinedo, base indispensable para el cómputo de las prestaciones decretadas— equivaldría a remitir la controversia a una nueva actuación en que la Empresa disponía de todas las posibilidades legales para salir absuelta".

"Así las cosas y siendo la Empresa el único apelante del primer fallo, el campo de acción del fallador de segunda instancia, quedaba, por ley, circunscrito a estos términos: o confirmaba el primer fallo —sentencia en abstracto— o lo revocaba **in integrum** o lo reformaba parcialmente en favor de la Empresa, disponiendo v. gr., medidas de tiempo para la liquidación de las prestaciones, menos gravosas que las señaladas en la sentencia recurrida. El Tribunal no podía franquear estos límites, en perjuicio del apelante, so pena de violar la norma de procedimiento ya citada (art. 494 del C. J.) y de consiguiente, la disposición del art. 3º de la Ley 75 de 1945 que lo sujetaba a fallar en derecho".

Se considera:

Como lo ha sostenido esta Corporación reiteradas veces, la condena en abstracto no debe tener cabida sino cuando se trata de frutos, intereses, daños o perjuicios, conforme al art. 480 del C. J., y en consecuencia no es admisible el procedimiento del art. 553 del mismo Código en las controversias que versan sobre salarios o prestaciones sociales.

Así, pues, el Tribunal sentenciador en el presente juicio, al reformar la sentencia de su inferior para fijar en forma concreta el importe de la condena, no hizo más que ajustarse a la ley y el principio de economía procesal, según el cual no son de recibo, especialmente en materia de trabajo, las medidas dilatorias ni los trámites superfluos o redundantes, que imponen a las partes mayores gastos y aumentan innecesariamente la labor de los jueces, como sería el caso de que la parte favorecida tuviese que adelantar un juicio distinto para obtener el cumplimiento del fallo.

Por otra parte, resulta inaceptable que el apelante estime como favorable a su interés lo que es contrario a la ley, o sea la condenación en abstracto y que con base en ello invoque el art. 494 del C. J., sin otro argumento distinto al de que en una nueva actuación la Empresa dispondría de todas las posibilidades legales para salir absuelta.

Tampoco se ve, como bien lo observa el opositor en este recurso, la incidencia que hubiera podido tener la violación del art. 494 del C. J. sobre las disposiciones legales sustantivas de trabajo que el recurrente señala como quebrantadas.

Por tanto, se rechaza este cargo.

Segundo cargo.—Dice el recurrente que el Tribunal dejó de aplicar los artículos 234 y 601 del Código Judicial como también la regla 4ª del art. 3º de la Ley 75 de 1945, violando, en consecuencia, por aplicación indebida, las mismas normas sustantivas de derecho social citadas al enunciar el primer cargo.

En opinión del recurrente, cuando un juzgador en derecho, aún en el caso de estar exonerado de aplicar la tarifa legal de pruebas, encuentra en el proceso oscuridad y duda sobre determinado hecho de la demanda, y así lo declara explícitamente, está obligado a absolver al demandado, por mandato de las referidas normas del C. J.

Alude el recurrente a la circunstancia de que el Tribunal dictó auto para mejor proveer en relación con la asignación que hubiese devengado el actor y luego, sin cumplir la inspección ordenada en ese auto, diligencia que le hubiera permitido allegar elementos de juicio acerca de un hecho que no sólo era básico para calcular las prestaciones reclamadas, sino decisivo para establecer la existencia

del contrato de trabajo en que se fundaba la demanda, condenó a la Empresa.

Se considera:

En la sentencia acusada el Tribunal no expresó duda alguna en torno a la asignación que devengó el actor. Al contrario, al referirse a los testimonios de Félix Ríos y Pedro Martínez, quienes afirmaron que aquél tuvo un sueldo mensual de ochenta y cuatro pesos ($ 84.00) durante el tiempo denominado "zafra" como en el tiempo llamado "muerte", dice que "concuerdan plenamente en todos los hechos en sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, razón por la cual constituyen sus declaraciones plena prueba para el Tribunal respecto del hecho litigioso".

El auto en que se consideró oscuro el punto relativo a la asignación del demandante, aparte de que no puede ser acusado en casación, sólo fue dictado por el Magistrado ponente, aunque ha debido serlo por el Tribunal, conforme al artículo 600 del C. J.

En un caso análogo, el de Francisco Solano Esquivia contra la misma Empresa demandada en el presente juicio este Tribunal dijo lo siguiente:

"Mas resulta que el recurso de casación en materia del trabajo no tiene por objeto atacar toda clase de providencias dictadas en los juicios, sino únicamente las sentencias de segunda instancia, proferidas por los Tribunales Seccionales en litigios de cuantía superior a mil pesos, o inferiores a esa suma pero que decidan sobre asuntos fundamentales en derecho laboral. Así quedó establecido en el art. 3º regla 6ª de la Ley 75 de 1945, que creó dicho recurso en estos asuntos. De modo, pues, que no cabe aquí el ataque de una estimación hecha por un Tribunal fuera de la sentencia, es decir, es un simple auto ya sea interlocutorio o de sustanciación".

"En el recurso de casación, lo ha dicho ya la Corporación siguiendo los fines de su creación, la doctrina de los expositores y la jurisprudencia nacional, se produce un debate entre la sentencia y la ley. Es el fallo lo que el recurso ataca. Y para que sea viable, debe producir el efecto de desquiciar los fundamentos de esa sentencia. Pero no puede aceptarse tal recurso con base en el ataque a un auto del fallador de instancia".

"Por otra parte, el auto para mejor proveer en el que se expresa la duda alegada por el recurrente, sólo fue dictado por el Magistrado ponente, cuando ha debido proferirse por todo el Tribunal, como se desprende del texto mismo del art. 600 del Código Judicial que lo autoriza. Y, por consiguiente, si la incertidumbre existió en un mo-

mento dado, antes de dictarse sentencia, sólo para el Magistrado sustanciador, bien puede suceder que no existiera en el momento de fallar, para toda la Corporación. Y eso es lo que se deduce de la sentencia misma, según el párrafo que acaba de transcribirse".

"Además, es norma fundamental de derecho procesal que las únicas providencias que vinculan al Juez son las sentencias definitivas. Si se incurrió en error en un auto, la autoridad judicial no puede cometer uno nuevo al someterse a lo resuelto en él, si en el momento de dictar la sentencia encuentra que debe rectificar. Así lo reconoció la Corte Suprema de Justicia cuando en sentencia de 17 de diciembre de 1935 dijo: "La Corte no se explica el criterio según el cual toda resolución ejecutoriada es una ley del proceso. Las únicas providencias que vinculan al Juez son las sentencias... El Juez no puede, de oficio ni a petición de parte, revocar, modificar, o alterar un auto ejecutoriado (salvo si se decreta la nulidad de la actuación), no a causa de que por su ejecutoria se convierta en ley del proceso, sino porque el procedimiento es una relación en movimiento, integrada por una sucesión de actos encaminados a la obtención ya dicha de un acto jurisdiccional, el cual es, al mismo tiempo, fin del proceso y estructura de éste... Pero el error cometido por el Juez en una providencia que se dejó ejecutoriar, no lo obliga como efecto de ella, a incurrir en otro yerro" (G. J. XLIII, pág. 632)".

"De modo, pues, que aun en el caso de que el auto para mejor proveer se hubiese proferido por todos los Magistrados del Tribunal, si al proferir el fallo hubiese llegado la Corporación a la conclusión contraria, perfectamente podía enmendar el error porque aquel proveído no lo vinculaba en forma inexorable".

En cuanto al alcance que tenga la regla 4ª del art. 3º de la Ley 75 de 1945, esta Corporación lo ha fijado ya, entre otras sentencias, en la que lleva fecha 27 de noviembre de 1946 (Ricardo Zapata Bustos contra Hernán Caicedo Buenaventura). Se dijo en ella que los Tribunales Seccionales tienen facultad legal para apreciar libremente las pruebas en los litigios de trabajo, y que, por lo tanto, esa estimación no puede acusarse válidamente en casación, salvo que se haya incurrido con ella en un error de hecho que aparezca evidente en los autos. También se dijo que cuando la cuestión de hecho es dudosa, por presentarse dos extremos que la configuran, el Tribunal Seccional tiene libertad para escoger la solución que según su criterio sea más aceptable dentro de lo demostrado en el juicio, y esa decisión es intocable en casación.

En el presente caso, el recurrente no demostró en forma alguna

que el fallador hubiese incurrido en error evidente de hecho, ya fuera por quivocada apreciación o por falta de estimación de alguna prueba.

Tampoco demostró que hubiera dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley.

En consecuencia, no puede prosperar este cargo.

Tercer cargo.—Sostiene el recurrente que la sentencia acusada violó por aplicación indebida las mismas normas positivas de derecho del trabajo citadas al enunciar el primer cargo, por haberse proferido el fallo con infracción del art. 208 del C. J. que señala el término durante el cual puede corregirse la demanda.

Afirma que, en este caso, el actor en el libelo original fijó como cuantía de la demanda la suma de $ 2.341.43 y en la corrección de la misma, hecha fuera del término legal, la estimó en $ 11.985.20. De ello deduce que el Tribunal al condenar por suma mayor de la primeramente indicada, aceptó la corrección, violando el art. 208 del Código Judicial y en consecuencia dando aplicación indebida a las normas sustantivas de derecho del trabajo ya citadas.

Se considera:

La cuestión relativa a la enmienda de la demanda, aún en el supuesto de que hubiera ocurrido, tiene un carácter meramente adjetivo y no puede admitirse, por tanto, como motivo de casación, ya que el objeto de este recurso es el de unificar la jurisprudencia nacional en lo que concierne a las leyes sustantivas del trabajo.

Por otra parte, el hecho de que la condenación del Tribunal haya excedido a las peticiones de la demanda configuraría la causal 2ª del art. 520 del C. J., que no es materia del cargo que se estudia sino del siguiente.

Se rechaza, pues, este cargo.

Cuarto cargo.—Asevera el recurrente que la sentencia acusada no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, por cuanto el Tribunal al liquidar la cuantía de las prestaciones a cuyo pago fue condenada la Empresa no ha debido sobrepasar el monto fijado por el actor en su primitiva demanda. Y como lo excedió, condenando más allá de lo pedido, incurrió en la causal 2ª del art. 520 del Código Judicial, según la cual procede el recurso de casación por no "estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes".

La cuantía de la demanda fue por un total de $ 2.341.43. En cambio la condena que profirió el Tribunal contra la Empresa alcanzó a la suma de $ 3.668.35. Exceso de la sentencia sobre la demanda, $ 1.326.92.

Se considera:

El demandante solicitó auxilio de cesantía por once años y cuatro meses, a razón de $ 84.00 mensuales; los salarios correspondientes a 13.056 horas extras nocturnas y 6.528 diurnas, la remuneración del trabajo ejecutado en 266 domingos y la de dos años de vacaciones.

El mismo actor en su demanda da la siguiente guía para el cómputo de las prestaciones a que cree tener derecho:

Valor del salario mensual	$ 84.00
Valor de una hora extra diurna	0.41
Valor de una hora extra nocturna	0.61

Se trata pues, de un notoric error en la operación aritmética, porque no se comprende cómo señala la suma total de $ 2.341.43 cuando las solas 13.056 horas nocturnas que reclama a razón de $ 0.61 la hora dan un resultado de $ 7.964.06.

El Tribunal condenó a lo siguiente:

"a) Por concepto de (4.788) cuatro mil setecientas ochenta y ocho horas diurnas durante mil ciento noventa y seis (1.196) días de trabajo realizado en los cuatro (4) años comprendidos desde el 25 de mayo de 1941 hasta el 25 del mismo mes del año de mil novecientos cuarenta y cinco en los tiempos de "zafra" y "muerto", descontando de éstos sesenta y seis (66) días cada año distribuidos así: siete (7) de fiesta nacionales y cincuenta y dos (52) domingos a razón de cuarenta y tres centavos con setenta y cinco ($ 0.43.75) c|h. incluyendo la sobrerremuneración del 25% $ 2.094.75.

"b) Por concepto de dos (2) años de vacaciones a cuarenta y dos pesos ($ 42.00), cada uno 84.00

"c) Por concepto de noventa y seis (96) domingos dobles provenientes de dos (2) por cada mes durante cuatro años a razón de cinco pesos con sesenta centavos ($ 5.60) cada domingo 537.60

"d) Por concepto de once (11) años y cuatro meses de cesantía desde enero de mil novecientos treinta y cuatro (1934) hasta mayo inclusive de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) a ochenta y cuatro pesos ($ 84.00) cada uno ..... 952.00".

En total condenó el Tribunal a la suma de $ 3.688.35, que es inferior a la sola petición relativa a horas extras nocturnas.

Ni aún dentro del concepto más formalista del procedimiento pue-

de admitirse que si de los datos que suministra el actor en la demanda para establecer la cuantía de la misma, resulta una cantidad diferente y mayor a la que puntualiza a ese efecto, por evidente error en el cálculo aritmético, debe atenerse el fallador a ésta y no a aquélla.

De igual manera es inaceptable que en los juicios del trabajo, en que las partes están obligadas a observar el principio de la buena fe con más rigor, si se quiere, que en los litigios civiles, el demandado pretenda aprovecharse de un error como el que se anota para disculpar su propia omisión en objetar la verdadera estimación de la cuantía, que es la que se deduce del conjunto de elementos señalados en la demanda, si hay contradicción entre éstos y la cifra puntualizada por el demandante.

Por lo demás, en esta clase de controversias el fallador no tiene por qué ajustarse estrictamente a los términos en que se interpone la demanda ni a los que se expresan en la contestación de la misma, en atención al carácter de orden público que revisten los derechos emanados de la relación del trabajo.

"Esta limitación a la decisión judicial —dice el profesor Tissembaum refiriéndose a la **litis contestatio**— no se observa en modo idéntico en los litigios del derecho del trabajo. Dado el carácter que orienta a la legislación respectiva, el Tribunal puede encarar el litigio prescindiendo de la limitación a que lo constriñe el concepto de la "litis contestatio", tanto en los conflictos individuales como en los colectivos".

Por las anteriores razones tampoco se admite este cargo.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Cartagena a que se refiere el presente recurso.

Costas a cargo del recurrente, si las hubiere.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo. — Cástor Jaramillo Arrubla. — Diógenes Sepúlveda Mejía. — Guillermo Martínez R., Secretario.

I.—Ya ha dicho el Tribunal Supremo del Trabajo que en los juicios laborales no se dispone de libertad en lo relativo a la aducción y práctica de las pruebas, puesto que a éstos, lo mismo que a los civiles, les son aplicables las normas sobre producción y recepción de pruebas, que estatuye el Código Judicial, por la falta de normas procesales en materia del trabajo. Ambos están sujetos a las llamadas disposiciones formales o rito procesal para recepción de pruebas.

II.—Las declaraciones rendidas extrajuicio, deben ser ratificadas debidamente, para que puedan ser apreciadas y tenidas en cuenta por el fallador, en juicios del trabajo.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Bravo)

Bogotá, siete de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete.

Obdulia Cifuentes Buitrago, quien dijo haber prestado servicios domésticos a Luis Buriticá Rivas desde el 4 de septiembre de 1939 hasta el 13 de junio de 1946, demandó a éste para el pago de salarios, vacaciones remuneradas, dominicales y auxilio de cesantía ante el Juez del Trabajo de Armenia. En cuanto al salario, afirmó que su monto no había sido acordado previamente sino que se convino en que se fijaría después de iniciado el contrato, lo que al fin no se hizo.

El demandado aceptó que la Cifuentes le prestó servicios, pero negó que el contrato hubiese comenzado el 4 de setpiembre de 1939. También negó al principio que se hubiera convenido salario, pero luego dijo que sí se acordó entre las partes el de $ 1.50 mensualmente, más las utilidades que la demandante pudiera derivar de unas aves de corral que el demandado le entregó.

El Juez de primera instancia condenó al demandado a pagar la suma de $ 598.47 por concepto de salarios y auxilio de cesantía. Lo absolvió en lo demás.

El Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales, en virtud de apelación interpuesta por el apoderado de Buriticá, conoció del asunto y lo falló reformando el ordinal 1º de la parte resolutiva de la sentencia del inferior, en el sentido de reducir a $ 550.50 la condenación por concepto de salarios y auxilios de cesantía. La dejó en firme en los ordinales restantes.

Interpuesto por el apoderado de la parte demandada el recurso de casación, y surtidos ya los trámites de rigor, se procede a decidirlo previas las siguientes consideraciones:

El recurrente invoca la causal primera del artículo 520 del C. J. y formula dos cargos contra la sentencia acusada.

Primer cargo.—Estima el recurrente que la sentencia es violatoria de la ley sustantiva por haberse abstenido el sentenciador, en virtud de evidente error de hecho, de aplicar al caso controvertido la ley pertinente. "En efecto, dice, el contrato de trabajo lo definen los tratadistas diciendo que es la convención por la cual una persona se obliga a trabajar por cuenta y bajo la dirección de otra, mediante una remuneración, cualquiera que sea su forma de pago. Este concepto lo acoge la legislación colombiana en los artículos 2054 del C. C. "en el arrendamiento de los criados domésticos, una de las partes promete prestar a la otra, mediante un salario, cierto servicio determinado por el contrato o por la costumbre del país" y 1º de la Ley 6ª de 1945, "Hay contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal bajo la continuada dependencia personal de otro, mediante remuneración y quien recibe tal servicio". Los elementos esenciales del contrato de trabajo, son por tanto, el acuerdo de voluntades de las partes contratantes; la prestación de un servicio y la remuneración. En otros términos, para que exista el contrato de trabajo es indispensable el acuerdo de las partes contratantes sobre el trabajo que se va a prestar y sobre el monto de la remuneración que va a compensar el mismo trabajo. Trabajo y remuneración son pues las obligaciones que surgen del contrato de trabajo, pero estos dos elementos esenciales deben quedar determinados desde que el consentimiento de las partes se manifiesta o expresa, porque de lo contrario la prestación del servicio o el contrato de trabajo degeneraría en otro contrato diferente, artículo 1501 del C. C. En el caso en estudio los contratantes Luis Buriticá y Obdulia Cifuentes, según el hecho 3º de la demanda, "no acordaron previamente el precio o salario mensual de los servicios" y ese precio nunca lo acordaron, por lo que se infiere del mismo hecho. Por ese motivo los servicios que la demandante le prestó al demandado no configuran un estricto contrato de

trabajo, porque le faltó uno de sus elementos esenciales, como fue el acuerdo sobre el monto de la remuneración mensual. Sobre este extremo no se suministró probanza alguna por la parte demandante ni podía suministrarlo, ya que en la misma demanda afirma que sobre el particular nada se convino. Ni tampoco se estableció el monto mensual de salario por el demandado, porque éste afirma que había acordado pagarle a la demandante $ 1.50 mensuales, pero esa afirmación quedó en el vacío y sin respaldo alguno, porque la misma interesada la desvirtuó en las posiciones que aparecen absueltas".

Y más adelante agrega:

"Como uno de los elementos esenciales e integrantes del contrato de trabajo o del arrendamiento de criados domésticos es la prestación del consentimiento de las partes contratantes sobre el monto de la remuneración que el trabajador va a devengar como compensación de los servicios prestados y como en el presente caso ese evento no existió, el fallo del Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales, que acuso ante vosotros, es violatorio de ley sustantiva por no haber aplicado al caso en estudio, debiendo hacerlo, los artículos 2045, 1976, 1979, 1864, 1865 y 1501 del C. C., 1º de la Ley 6ª de 1945, en su inciso primero, 38 de la Ley 153 de 1887, que regulan el contrato de arrendamiento de criados domésticos en sus requisitos esenciales, las formas como debe determinarse el valor del salario y las leyes que se entienden incluídas en los contratos. Esa violación surgió del error de hecho manifiesto en que incurrió el Tribunal en la interpretación del contrato, base de las acciones incoadas, pensando que el monto del salario mensual se podía determinar con prescindencia de la voluntad de las partes contratantes y por haberse guiado para tal fin en los dictámenes periciales recogidos para ello, que no podía apreciar tampoco, según lo dispuesto por el artículo 6º de la Ley 1ª de 1945, por cuanto los peritos no comprobaron haber definido su situación militar".

En resumen, el error de hecho, según el recurrente, consistió en que el sentenciador dio por probado el contrato de trabajo, sin que existiera demostración al respecto, y especialmente en que aceptó el dictamen pericial para establecer la cuantía del salario. Ese error de hecho lo condujo a la violación de los artículos 1501, 1864, 1865, 1973, 1976 y 2045 del C. C., 38 de la Ley 153 de 1887 y 1º de la Ley 6ª de 1945, en su inciso primero.

Se considera el cargo:

El artículo 1973 del C. C., que cita el recurrente como violado por haberse dejado de aplicar siendo aplicable, en su concepto, de-

fine el contrato de arrendamiento. El 1976 dice que el precio, en el arrendamiento de cosas, podrá determinarse de los mismos modos previstos en los artículos 1864 y 1865, todos del mismo Código, para el contrato de venta.

Así, su tesis parece ser la de que el contrato celebrado entre Obdulia Cifuentes y Luis Buriticá degeneró por falta del elemento salario y en virtud del artículo 1501 del C. C., en un contrato de arrendamiento de cosas. O fue de arrendamiento de criado doméstico, de que trata el artículo 2045 del C. C., pero sin fijación previa de salario, omisión que no podía subsanarse sino conforme a las reglas propias del arrendamiento de cosas.

La inclusión del trabajo humano entre los contratos de arrendamiento ha sido explicada por los tratadistas como un vestigio de la época en que existió la esclavitud. Refiriéndose al Código Civil Argentino, dice Ramírez Gronda en su obra "El Contrato de Trabajo".

"Si se observa el Código Argentino (o cualquier otro Código Civil del mismo linaje, esto es, de tradición napoleónica-romanista) puede advertirse que, bajo el común título de locación se incluye tanto la locación de las **cosas,** como la de los **animales** o la de las **personas humanas.** Ante esta comprobación verdaderamente insólita, **Grousseau,** examinando los textos del Código Civil de Francia, —sensiblemente parecidos a los nuestros— se formulaba la siguiente pregunta: "¿Por qué el contrato de trabajo se encuentra colocado en el arrendamiento al lado de las cosas y de los animales?

Para encontrar la respuesta —agrega— hay que remontarse al Derecho Romano. Esto proviene únicamente de que entonces existía la esclavitud... Como el hombre estaba asimilado a la cosa, podía ser vendido y alquilado como ella. El trabajo del manumitido podía, de igual modo, ser arrendado. Por una especie de analogía, se estimó que los hombres libres podían arrendar su trabajo".

Louis Josserand, citado por Ramírez Gronda en la misma obra, se ha expresado así:

"El paralelismo con la locación de servicios, procede de un punto de vista arcaico y superficial; se comprende en tiempo de esclavitud, cuando el trabajo era servil; no cuadra ya con las ideas modernas de libertad humana y de independencia de los trabajadores; regido por un estatuto original, el contrato antes llamado de arrendamiento de servicios ha conquistado su autonomía; ha devenido el contrato de trabajo, y bajo este vocablo, no se evoca ya, ni en el fondo ni en la forma, el recuerdo del arrendamiento de cosas; los servicios asegurados por una persona no pueden ser vaciados en el mismo molde que los prestados por las cosas".

Ese viejo criterio ha sido desplazado por la nueva concepción del Derecho del Trabajo que, partiendo de la desigualdad económica entre los que prestan su energía humana y los que se aprovechan de ella, impone al Estado la protección especial del trabajo, impide al patrono el abuso a que podría llevarlo su posición privilegiada, prohibe al trabajador la renuncia de sus derechos y establece en la ley el mínimum de garantías que deben ser otorgadas a la parte más débil en la relación de trabajo.

Desde luego, ello no quiere decir que el contrato de trabajo, tal como se le concibe hoy, sea una especie totalmente autónoma, sin nexos ningunos con los contratos que regula la legislación civil. Con varios de ellos, especialmente con el de arrendamiento de criados domésticos y el de confección de obra material, que le antecedieron históricamente, ofrece caracteres comunes, por ejemplo los de ser sinalagmático, oneroso, conmutativo y consensual.

Hecha la anterior aclaración doctrinaria, pasa este Tribunal a ocuparse del asunto controvertido, a través del cargo que se examina.

La sentencia acusada se fundó en la consideración de haber sido acreditado, con la propia confesión del demandado, tanto en la respuesta de la demanda como en las posiciones por él absueltas, el hecho de que la señora Cifuentes estuvo trabajando bajo su dependencia en oficios domésticos y mediante el pago de un salario en dinero, más cierta participación en el producto de unas aves de corral.

Se dan, pues, en el presente caso los elementos que configuran ya sea el contrato de trabajo definido en el artículo 1º de la Ley 6ª de 1945, a saber: actividad personal del trabajador, dependencia de éste respecto del patrono y el salario como retribución del servicio, o bien el de arrendamiento de criados domésticos, de que trata el artículo 2045 del Código Civil, que son: prestación de servicios por parte del criado y el pago de un salario en compensación de dichos servicios.

No aparece, en consecuencia, que el Tribunal haya incurrido en el error que le atribuye el recurrente en relación con la prueba tenida en cuenta para calificar el contrato.

Lo que se advierte es que el recurrente confunde la falta de prueba acerca del monto del salario con la inexistencia misma de éste.

Ahora bien: es evidente que ninguna de las partes allegó al expediente pruebas que permitieran deducir con exactitud el salario convenido previamente o el que se acordó con posterioridad a la iniciación del contrato.

Pero sostener que el contrato no fue oneroso sino gratuito, resul-

ta absurdo, ya que la prestación de servicios nunca se presume gratuita y porque, además, en el caso que se estudia, la demandante, dedicada profesionalmente al oficio de criada doméstica, recibió del demandado alimentación y alojamiento, sin duda en pago parcial de sus servicios.

En las circunstancias anotadas, ¿cuál debía ser la actitud del juzgador?

El recurrente estima que ha debido darse aplicación a las reglas sobre fijación del precio en el contrato de arrendamiento de cosas, y no al artículo 2045 del capítulo 7º, Título 26, Libro 4º del C. C. "de los contratos para la confección de una obra material", y que dice:

"Si no se ha fijado precio, se presumirá que las partes han convenido en el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra, y a falta de éste por el que se estimara equitativo, a juicio de peritos".

Para este Tribunal es indudable que hay mayor analogía entre el contrato de trabajo o el de arrendamiento de criados domésticos y el que se celebra con un artífice para la confección de una obra material, que entre aquéllos y el de arrendamiento de cosas o el de venta, por ser el esfuerzo del hombre el común denominador de los primeros.

Por tanto cree acertada la solución por la que optó el juzgador para determinar el salario, solución que encuentra sólida base en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887.

La disposición legal que cita el recurrente y según la cual los peritos deben comprobar que su situación militar está definida, no tiene carácter sustantivo. Por otra parte, no se alegó ni comprobó en las instancias que los peritos aceptados por el juzgador carecían de ese requisito.

En cuanto al artículo 38 de la Ley 153 de 1887, que el recurrente estima violado, por haberse aplicado, sin ser aplicable, el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 6ª de 1945, se observa que aun en el supuesto de que no lo fuera, el sentenciador fijó el salario no conforme a esta disposición sino de acuerdo con el artículo 2045 del Código Civil, como ya se dijo.

Por tanto, se rechaza este cargo.

Segundo cargo.—Sostiene el recurrente que la sentencia incurrió en el error de hecho consistente en haber dado por probada la duración del contrato desde el mes de septiembre de 1939 hasta el 13 de junio de 1946 con base en las declaraciones extrajudiciales de Abel del Río, Félix Borbón y Gerardo de Jesús Morales, declaraciones que

no fueron ratificadas conforme al artículo 693 del C. J. ni solicitada su ratificación en la oportunidad que señala el artículo 1209 del mismo Código. Agrega que los testigos Emiliano Ocampo, José Mejía Villegas y Rosendo González, cuyas declaraciones sí se recibieron en audiencias públicas, nada dijeron al respecto, y que como no aparece ninguna otra prueba sobre este extremo, el Tribunal violó directamente los artículos citados, violación que lo indujo a aplicar erróneamente el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 6ª de 1945, que no venía al caso por no estar en vigencia cuando el contrato se celebró; el artículo 2045 del C. C., por haberlo interpretado en el sentido de que el valor del salario se podía determinar por la costumbre de la región, cuando esa disposición expresa otra cosa diferente y el numeral 2º del artículo 13 de la Ley 6ª de 1945, en cuanto condenó al demandado a pagar auxilio de cesantía, no obstante estar comprobado que el retiro del demandante fue voluntario y sin estar demostrado que se produjera después de cinco años de trabajo continuo.

Se considera:

La sentencia del Tribunal en la parte pertinente dice:

"El señor Juez para concluir sobre el tiempo de existencia del contrato de trabajo hace un muy acertado análisis de las pruebas que obran en los autos y concluye, de acuerdo con las declaraciones extrajuicio de Abel del Río, Félix Borbón, Gerardo de Jesús Morales, que el contrato de trabajo se inició en el mes de set. de 1939 y terminó el 13 de junio del presente año. El demandado no aportó ninguna prueba para contradecir lo anterior, en el presente juicio".

Y la sentencia de primer grado, a que se refiere la del Tribunal, contiene la siguiente motivación en ese particular:

"Del análisis de las pruebas presentadas por el demandante, si bien es cierto, que no se acredita en forma clara y precisa la fecha en que la Cifuentes entró al servicio del señor Buriticá, sí se desprende de las declaraciones de Emiliano Ocampo, José María Villegas y Rosendo González, que a ésta la vieron trabajando en la finca de Buriticá desde hace muchos años, indicando los dos primeros, que ello ocurrió ya para 1942. Por otra parte, las declaraciones de los testigos Abel del Río, Félix Borbón, Gerardo de Jesús Morales, los cuales declararon ante el señor Juez Civil de este Circuito y coinciden en señalar el mes de septiembre de 1939 como la fecha en que la Cifuentes empezó a trabajar con Buriticá, no se podrían considerar como una prueba completa ya que esas declaraciones no fueron ratificadas por ante el suscrito Juez; pero sí pueden llegar a constituir un indicio bastante atendible, considerándolas a la luz de

los principios del derecho laboral, dentro del cual hay un amplio campo de apreciación de los elementos probatorios, y en su aducción y práctica, no se podrían exigir los mismos estrictos requisitos del derecho privado, es decir, la totalidad del rito procesal del sistema probatorio del Procedimiento Civil, sin desvirtuar la naturaleza de estos derechos de creación legal, de defensa de la clase asalariada, y su carácter especial de derecho público. Esto se refuerza con el reconocimiento tácito que hace el apoderado del demandado, al manifestar en la primera audiencia —folio 12 vuelto—, "que pagaría la cantidad de **trescientos pesos** ($ 300.00) teniendo en cuenta que ya han prescrito tres años, en virtud de lo dispuesto en el art. 4º de la Ley 156 de 1941 y que aceptaba se le liquidara a **diez pesos** ($ 10.00) mensuales, pero que solamente de los últimos cuatro años, y descontando del resultado el valor de **doscientos veintinueve pesos** ($ 229.00), que le fueron pagados". Estas consideraciones son suficientes, en el criterio del Juzgador, para aceptar lo manifestado por la demandante, es decir, que su contrato de trabajo con el señor Buriticá empezó el 4 de septiembre de 1939. Por otra parte, se debe tener en cuenta que el demandado no aportó prueba alguna para demostrar lo contrario o acreditar lo por él afirmado".

Este Tribunal no comparte la tesis expuesta por el Juez del Trabajo de Armenia y acogida por el Tribunal de Manizales, según la **cual dentro del procedimiento judicial del trabajo** se dispone de libertad en lo relativo a las reglas sobre aducción y práctica de las pruebas, puesto que como se expresó en sentencia del 27 de noviembre de 1946 (Ricardo Zapata Bustos contra H. Caicedo Buenaventura. "GACETA DEL TRABAJO", Nos. 2 a 4, pág. 77) en los juicios del trabajo son aplicables, lo mismo que en los juicios civiles "las normas legales sobre producción y recepción de pruebas, que estatuye el Código Judicial, por la misma razón de falta de normas procesales en materia del trabajo. Ambos están sujetos, pues, a las llamadas "disposiciones formales" o rito procesal para recepción de pruebas".

En consecuencia, son inaceptables las declaraciones extrajuicio de Julio Abel Berrío (no Abel del Río), Félix Borbón y Gerardo de Jesús Morales, porque no fueron ratificadas debidamente. Pero cómo el apoderado del demandado en la primera audiencia, terminado el período de conciliación, propuso la excepción de prescripción respecto "de los derechos que alega la demandante en el lapso superior a los últimos cuatro años"; lo que envuelve una confesión en el sentido de que ésta sí prestó servicios en esos cuatro años, confesión

válida a la luz del artículo 607 del C. J., y como, por otra parte, la sentencia del Tribunal se pronunció de conformidad con la excepción propuesta, no se infirmará por este aspecto.

En lo relativo a la violación del numeral 2º del artículo 13 de la Ley 6ª de 1945, sí ha de prosperar el cargo, puesto que habiendo sido voluntario el retiro de la demandante, como reconoce el sentenciador, no había lugar a condenación por auxilio de cesantía, ya que dicho precepto, especial para criados domésticos, no contempló el tiempo de servicio anterior a la expedición de la ley 6ª mencionada, sin que sean aplicables a esta clase de trabajadores las reglas del artículo 12, por ordenarlo así la primera parte del artículo 13 de la misma ley.

Por esta consideración habrá de casarse parcialmente la sentencia acusada con el objeto de absolver al demandado del pago de auxilio de cesantía por la cantidad de $ 22.50 a que fue condenado.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley CASA PARCIALMENTE la sentencia materia del presente recurso en cuanto condenó al demandado al pago de la cantidad de veintidós pesos con cincuenta centavos ($ 22.50) por concepto de auxilio de cesantía; revoca el ordinal 1º del fallo de primer grado en cuanto a igual condenación y en consecuencia ese ordinal queda así:

Condénase al señor Luis Buriticá, mayor y vecino del Municipio de Armenia, a pagar a la señora Obdulia Cifuentes la suma de cuatrocientos setenta y ocho pesos ($ 478.00) por concepto de salarios.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvanse los autos al Tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo. — Cástor Jaramillo Arrubla. — Diógenes Sepúlveda Mejía. — Bertha Salazar Velasco, Oficial Mayor.

I. CUESTIONES PREVIAS EN LA DEMANDA DE CASACION. II. VIOLACION DE ESTATUTOS DE CARACTER PARTICULAR. III. INFRACCION DEL DECRETO 652 DE 1935. — IV. LA INTERPRETACION ERRONEA EN CASACION.

I.—El recurrente antes de formular los cargos, plantea al Tribunal Supremo, como **"cuestión previa"** este interrogante: ¿los empleados de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia son particulares u oficiales?... La Corporación no puede entrar a estudiar ningún problema fuera de los cargos y de las causales de casación expresamente establecidas por la ley, de que trata el artículo 520 del C. J. Un Tribunal de casación no es fallador de instancia para que pueda resolver fuera de la técnica de dicho recurso todas las cuestiones no comprendidas dentro de los capítulos de acusación. Sólo a través del estudio de los cargos respectivos de la demanda de casación puede dilucidar los diversos aspectos jurídicos que se propongan, pero en ningún caso previamente como lo propone el recurrente. Por eso que no pueda referirse al problema planteado en la forma y el momento en que éste lo hace.

II.—El recurso de casación está instituído para unificar la jurisprudencia nacional y principalmente en defensa de la ley, para restablecer el imperio de la norma legal infringida por los sentenciadores de segunda instancia. Por lo tanto, no cabe la acusación dentro de él de normas particulares.

III.—Planteado por el recurrente como contrato de trabajo de empleados particulares el de su representado con la Federación, al acusar la sentencia por violación del Decreto reglamentario de la Ley 10 de 1934, es lógico que la aplicación de ésta debe aceptarla el mismo recurrente para analizar su cargo en estudio. Y como dicha ley en su artículo 14 letra c) autoriza sólo a pagar la cesantía cuando el despido del empleado no obedezca a mala conducta suya o a incumplimiento por su parte del contrato de trabajo, el señor Prieto no tendría derecho a dicho auxilio, con

aplicación de estas disposiciones legales porque violó normas establecidas con anterioridad a su ingreso a la empresa, que se entenderían incorporadas en su contrato de trabajo.

IV.—La acusación de una sentencia por violación, por interpretación errónea de las disposiciones legales en ella citadas, implica necesariamente que el fallador haya hecho una interpretación de las mismas y que ésta sea equivocada.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Jaramillo Arrubla)

Bogotá, noviembre trece de mil novecientos cuarenta y siete.

Antonio M. Prieto demandó por medio de apoderado a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia ante el Juez del Trabajo de esta ciudad, para que se declarase que está en la obligación de pagarle un mil cuatrocientos veinte pesos ($ 1.420.00) moneda corriente, o lo que se determine en el juicio, por concepto de cesantía, más las costas del litigio en caso de oposición.

Como hechos de su demanda expuso los siguientes: el 21 de octubre de 1936 entró a trabajar como empleado al servicio de la Federación en el cargo de Superintendente de los Almacenes de Depósito de Bogotá. Trabajó continuamente en ese cargo hasta el 30 de noviembre de 1942, fecha en la que fue despedido. Para justificar el despido la Federación alegó haber encontrado graves irregularidades en los Almacenes a cargo del actor, sin que se haya podido saber en qué consistieron, ni se hubiera demostrado su existencia. Devengó los siguientes sueldos: del 21 de octubre de 1936 al 30 de octubre de 1941, doscientos pesos ($ 200.00) mensuales; del 1º de noviembre de 1941 al 30 de junio de 1942, doscientos cuarenta pesos ($ 240.00) mensuales; y del 1º de julio al 30 de noviembre de 1942, doscientos sesenta y cuatro pesos ($ 264.00), mensuales.

En la contestación de la demanda la Federación se opuso a que fueran hechas las declaraciones solicitadas en ese escrito. Aceptó, en cuanto a los hechos, que había entrado el actor a trabajar en la Federación en la fecha y con el cargo que él menciona, hasta el momento que el mismo demandante determina y con los sueldos que expone en su demanda. Pero dice que el despido fue justo, pues lo ocasionó el incumplimiento de las obligaciones por parte del señor Prieto, como Superintendente de los Almacenes de Bogotá, toda vez que compró café pasilla en contravención a la prohibición terminante

que regía para todo el personal de esos almacenes de negociar con artículos que figuraran en la administración general de ellos. Esa norma hacía parte del contrato de trabajo y fue violada por Prieto con perjuicio para los almacenes, por lo cual hubo justa causa para despedirlo. Propuso la entidad demandada las excepciones de nulidad y de inexistencia de la obligación.

El Juez 1º del Trabajo de Bogotá, a quien correspondió el conocimiento, falló condenando a la Federación a pagarle al actor la suma de un mil cuatrocientos veinte pesos ($ 1.420.00) moneda corriente por concepto de auxilio de cesantía. El apoderado de la parte demandada apeló. Y el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá profirió su sentencia el catorce de marzo último, por medio de la cual revocó la de primera instancia y, en su lugar, absolvió a la Federación de todos los cargos formulados en la demanda.

El apoderado del demandante interpuso el recurso de casación, que pasa a decidirse.

La sentencia recurrida

El Tribunal Seccional considera, apartándose del señor Juez a **quo** que el acto cometido por el señor Prieto y consistente en haber negociado en forma particular con café, siendo empleado de la Federación de Cafeteros, no sólo implica un incumplimiento de sus obligaciones contractuales, sino que constituye mala conducta que daba derecho a la entidad demandada a despedirlo sin pagarle cesantía.

El recurso. — Cuestión previa

Con este título y antes de formular los cargos, el recurrente plantea al Tribunal Supremo la solución de este interrogante: ¿los empleados de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia son particulares u oficiales? Porque la entidad demandada alegó en la primera audiencia del juicio que eran del servicio oficial y, por lo tanto no estaban amparados por la Ley 10 de 1934, sino que sus prestaciones sociales fueron establecidas en virtud del Acuerdo Nº 5 de 1937 emanado del VIII Congreso Cafetero y, según esto, son de carácter voluntario. Para el recurrente es necesario que esta cuestión se dilucide previamente porque si se estima que son empleados particulares, al negarle el reconocimiento de la cesantía a su representado se violaron las normas de la Ley 10 de 1934, y si se considera que son del servicio oficial, las infringidas son las del Acuerdo Nº 5 del Congreso Cafetero citado.

Esta Corporación no puede entrar a estudiar ningún problema fuera de los cargos y de las causales de casación expresamente establecidas por la ley, de que trata el artículo 520 del Código Judicial. Un Tribunal de casación no es fallador de instancia para que pueda resolver fuera de la técnica de dicho recurso todas las cuestiones no comprendidas dentro de los capítulos de acusación. Sólo a través del estudio de los cargos respectivos de la demanda de casación puede dilucidar los diversos aspectos jurídicos que se propongan, pero en ningún caso previamente como lo propone el recurrente. Por eso que no pueda referirse al problema planteado en la forma y el momento como se propone y que deba entrar a estudiar los cargos propiamente dichos.

Primer cargo

Se propone en la siguiente forma:

"La sentencia acusada viola por infracción directa el artículo 14, numeral c) de la Ley 10 de 1934 y el 24 del Decreto 652 de 1935, como consecuencia del error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas aducidas por la Federación para demostrar que el despido de Prieto fue justificado por mala conducta".

"La Federación alega que Prieto violó las disposiciones contenidas en las circulares números 719 de 1936 y 6344 de 1942 que ordenan a los empleados de los Almacenes de Depósito abstenerse de negociar por cuenta propia con "artículos o productos que sean materia de depósito en los mismos".

"En primer término el Tribunal incurrió en un grave error de hecho, que aparece de manifiesto en los autos, al admitir que la confesión de Prieto de haber negociado en **"Café pasilla"** acreditaba la violación por parte de éste, de las prohibiciones del contrato de trabajo ya que no se probó —como había debido probarse— que el **"Café pasilla"** fuera materia de depósito en los Almacenes de la Federación".

"La prohibición contenida en las circulares citadas tiene por objeto impedir que los empleados de los Almacenes negocien por cuenta propia en "los productos que sean materia de depósito". El café "Pasilla" es el de inferior calidad, que no sirve para la exportación. Por tanto la Federación no puede comprarlo porque todo el café que adquiere la Federación se destina a ser exportado. No tengo conocimiento de que la Federación expida certificados de depósito sobre esta calidad de café, pero en todo caso no se demostró en el juicio que tal producto "sea de aquellos que son materia de depósito en los Al-

macenes de la Federación". De aquí que resulte imposible darle al hecho confesado por Prieto (haber negociado en café pasilla) el carácter de violación de las prohibiciones establecidas por la entidad demandada".

Se considera:

La confesión del señor Prieto, de que trata el cargo, y que sirve para acusar por error de hecho el fallo recurrido, es la producida por dicho señor en la Superintendencia Bancaria, bajo juramento, ante los señores Auditor de esa Superintendencia en la Federación Nacional de Cafeteros y Visitador de la misma Superintendencia, dentro de la investigación adelantada por dicha oficina en los Almacenes de Depósito de la Federación, con fecha 20 de octubre de 1942, que en copia debidamente autenticada se presentó oportunamente al juicio sin que fuera rebatida, desvirtuada ni tachada de falsa y que en lo pertinente dice:

"¿Puede usted informar por qué concepto y en virtud de qué negocio giró a los eñores A. Aristizábal y Cía. negociantes en café un cheque por valor de $ 349.60? Lo giré por el valor de una pasilla que le compré. Artículo éste con el cual prácticamente no negocia la Federación porque los exportadores tienen obligación de vendérselo a $ 12.00 la carga para certificados de exportación, y yo, en mi carácter de Superintendente no puedo venderla sino a tostadores y en virtud de carta de la Sección Técnica de la Federación. Pregunado: ¿Puede usted informar si alguna vez recibió cheques a favor suyo girados por el señor Francisco Zúñiga? No puedo informar por no recordar la forma como me pagó algunas pasillas que le vendí por conducto de un tercero. ¿Puede usted informar en qué forma se hizo a las pasillas que le vendió al señor Francisco Zúñiga? Sí señor. Las he comprado en esta plaza y también en otras de este Departamento. ¿Puede usted informar por qué concepto y en virtud de qué negocio el señor Rubén Villegas, como ayudante del fiel de esos almacenes consignó en su cuenta bancaria un cheque girado a favor de Villegas por el señor Francisco Zúñiga, negociante de café, por la suma de $ 1.887.39? Sí señor. Por el valor de un lote de pasilla que compré a un negociante en Girardot. Preguntado: ¿Puede usted informar por qué concepto y en virtud de qué negocio el señor Francisco Zúñiga, negociante de café le giró un cheque a su favor por $ 1.349.08? Por las mismas razones anteriormente expuestas.

Por otra parte, las circulares Nos. 719 y 6344 de que habla el cargo en estudio, dicen textualmente:

La Nº 719: "Federación Nacional de Cafeteros. Bogotá, 1º de

abril de 1936. — Almacenes de Depósito. — Estimados señores y amigos: En nuestro deseo de contribuir a que las labores de los almacenes de depósito de la Federación se desarrollen en la mejor forma posible, tanto desde el punto de vista de los intereses del público como en cuanto a lo que hace relación a los resultados económicos de los mismos almacenes, hemos considerado oportuno dirigir a ustedes la presente circular en la cual deseamos hacer referencia a algunos puntos que nos parecen de interés para la marcha adecuada de esa oficina y cuyos conceptos son dictados por la experiencia. Sabríamos agradecer a ustedes tomar atenta nota de estas instrucciones que, por lo demás, figuran más o menos expresamente en el reglamento interno de los almacenes, en las disposiciones legales vigentes que con ellos se relacionan, y en las circulares anteriormente dirigidas a ustedes".

"**Negocios particulares.**—El art. 7º del Decreto 1821, reglamentario de la Ley 20 de 1921, prohibió de manera terminante a las empresas de almacenes ejecutar por cuenta propia operaciones de compraventa de frutos o productos de la misma naturaleza de aquellos a que se refieren los certificados de depósitos o bonos de prenda que emiten los almacenes. Nosotros consideramos que si la entidad almacenes no puede negociar en los artículos que son objeto de depósito, mucho menos pueden hacerlo por cuenta propia los empleados de tales organismos, ya que la legislación ha buscado que estos establecimientos no tengan interés particular alguno en las fluctuaciones del mercado, única manera de que puedan inspirar al público la necesaria confianza y de ofrecerle los servicios a que están llamados a prestarle. De consiguiente, los empleados de los almacenes no podrán en manera alguna intervenir en negocios por su propia cuenta directamente o por conducto de terceros y mucho menos por intermedio de tales organismos o utilizando sus servicios".

Y la Nº 6.344: "Federación Nacional de Cafeteros.—Bogotá, 26 de noviembre de 1942.—Almacenes de Depósito.—Estimados señores y amigos: La Gerencia de la Federación se permite hacer un llamamiento formal al personal de sus distintas dependencias, recordándole el estricto cumplimiento de algunas de sus funciones y de recomendaciones hechas por medio de circulares de carácter permanente, a saber:

"A.—Al personal de los almacenes les está terminantemente prohibido negociar con artículos o productos que sean materia de depósito en los mismos, así como establecer cualquier otro negocio o actividad a la sombra de los mismos, tales como acarreos, etc.".

"La Gerencia de la Federación será inflexible en el estricto cumplimiento de estas prescripciones y procederá sin tolerancia alguna al reemplazo del personal que las infrinja en cualquier forma".

El recurrente parte de la base no impugnada por él en el juicio de que su representado, el señor Prieto, negoció con café pasilla, pero alega que esta calidad no es de las que se depositan en los Almacenes de la Federación, por lo cual no entraba en la prohibición de negociar con café. Por lo tanto, concluye que al negociar en esa clase de café, su poderdante no incurrió en violación o incumplimiento de sus obligaciones, fue despedido injustamente, se le debe pagar el auxilio de cesantía y, en consecuencia, se violaron las disposiciones legales que lo reconocen y que cita en su cargo.

La circular Nº 719 de 1º de abril de 1936, es decir, de fecha muy anterior a la en que entró el señor Prieto a prestar sus servicios a la Federación, pues este último hecho sólo se produjo el 21 de octubre siguiente, prohibió, de acuerdo con el artículo 7º del Decreto 1821 de 1929, reglamentario de la Ley 20 de 1921, sobre Almacenes Generales de Depósito, a los empleados de los Almacenes de la Federación, ejecutar por cuenta propia operaciones de compraventa de frutos o productos **de la misma naturaleza** de aquellos a que se refieren los certificados de depósito o bonos de prenda que emitan esos almacenes. Y la Nº 6.344 reiteró esa prohibición respecto de los **artículos o productos** que sean materia de depósito en dichos Almacenes (subraya el Tribunal).

Para la Corporación no hay duda de que la prohibición es general y amplia, por cuanto se refiere a los frutos o productos de la misma naturaleza de los depositados en la Federación. No simplemente, y en forma limitada circunscrita a los de la misma clase, calidad o variedad, sino a los de la misma naturaleza. Por consiguiente, si los Almacenes de la Federación recibían en depósito café, la prohibición se extendía a este artículo en cualquiera de sus distintas variedades o clases, porque de lo contrario su fin moralizador no tendría cabal efecto. No basta, pues, alegar que por haberse negociado en una calidad determinada del fruto no se infringió la prohibición de negociar en café, porque la variedad llamada "pasilla" no deja de ser de la naturaleza del fruto por el hecho de llevar dicho nombre. De una misma naturaleza, es decir, café, es el que según el recurrente compra la Federación para exportar como, el que él mismo denomina de inferior calidad o "pasilla". Distintas son sus categorías, clases o calidades; pero su naturaleza es idéntica y es a los productos de una misma naturaleza a los que se refiere la prohibición de la

circular Nº 719 y a los artículos o productos materia de depósito, como el café precisamente, a los que hace alusión la prohibición de la Nº 6.344. No se limitaron las circulares a prohibir únicamente los negocios con las calidades superiores de café, de modo que pudieran los empleados de los Almacenes de Depósito de la Federación entrar a comprar y vender café de las calidades inferiores, sino que la prohibición fue general, es decir, se refería a productos o frutos de la misma naturaleza de los depositados en los Almacenes, sin distinguir sus calidades o clases.

Sí hubo, pues, violación por parte de Prieto de dichas prohibiciones.

No existe, por consiguiente, el error en la apreciación de la prueba de confesión que le atribuye el recurrente a la sentencia de segunda instancia, y por lo mismo, no aparece acreditado el cargo.

Segundo cargo

Lo plantea en la forma siguiente:

"También como consecuencia de un error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas aducidas por la Federación para demostrar que el despido de Prieto obedeció a su mala conducta, el Tribunal violó, por aplicación indebida, los artículos 14, numeral c) de la Ley 10 de 1934 y 24 del Decreto 652 de 1935".

"Podemos dar aquí por dicho otra vez lo que dijimos en el primer cargo respecto al error en la apreciación de la prueba de la mala conducta de Prieto. Como consecuencia de ese error, que aparece de manifiesto en los autos, el Tribunal aplicó indebidamente las disposiciones citadas. Dichas disposiciones consagran una regla general. El empleado particular cuando sea retirado del servicio, tiene derecho al auxilio de cesantía; y una excepción. No habrá lugar a tal auxilio cuando el depósito obedezca a mala conducta o incumplimiento del contrato por parte del empleado. El error sufrido por el Tribunal en la estimación de las pruebas ya aludidas, lo condujo a aplicar la excepción consagrada en aquellas normas, cuando ha debido aplicar la regla general que ellas sientan. Aplicó, pues, indebidamente, los artículos mencionados".

Este motivo no es otro que el ya analizado, o sea el primero, y por lo tanto no aparece probado.

Tercer cargo

"La sentencia acusada viola, por aplicación indebida, los artículos 9, 10 y 11 del Decreto 652 de 1935, como consecuencia del mis-

mo error de hecho y de derecho en que incurrió al estimar las pruebas presentadas por la Federación para acreditar que el despido de Prieto fue originado por su mala conducta".

"Aquí, como en el cargo anterior, debemos dar por reproducido lo dicho en el punto **primero** sobre el error en la estimación de la citada prueba".

Este error llevó al Tribunal a aplicar al caso del pleito las disposiciones en referencia, que establecen cuáles son las causales de terminación del contrato que dan lugar a la pérdida del derecho a auxilio de cesantía".

"Como claramente puede verse, el acto de Prieto, al cual se quiere atribuir la gravedad necesaria para erigirlo en causal de despido por mala conducta, no cabe dentro de ninguna de las que traen los artículos 9º, 10 y 11 del Decreto citado, que en esta forma resultó violado por aplicación indebida".

Según el artículo 14 letra c) de la Ley 10 de 1934, el auxilio de cesantía para los empleados particulares sólo se concede "en caso de despido, que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato comprobados...". Planteado por el recurrente como contrato de trabajo de empleados particulares el de su representado con la Federación, al acusar la sentencia por violación del Decreto reglamentario de dicha Ley 10, es lógico que la aplicación de ésta debe aceptarla el mismo recurrente para analizar su cargo en estudio. Y como dicha ley en el artículo citado autoriza sólo a pagar la cesantía cuando el despido del empleado no obedezca a mala conducta suya o a incumplimiento por su parte del contrato de trabajo, el señor Prieto no tendría derecho a dicho auxilio, con aplicación de estas disposiciones legales porque violó normas establecidas con anterioridad a su ingreso a la Empresa, que se entenderían incorporadas en su contrato de trabajo.

Por otra parte, la violación de los artículos 9, 10 y 11 del Decreto 652 de 1935 se hace consistir en su aplicación indebida, como consecuencia del error de hecho y de derecho de que trata el primer cargo ya analizado. Y no resulta demostrado ese error, en primer término como ya se vio atrás, y, además, no consta que el sentenciador hubiese aplicado siquiera aquellos preceptos para que resulte evidente la afirmación del recurrente de que hubo aplicación indebida de ellos.

No está probado este cargo.

Cuarto cargo

Acusa la sentencia recurrida por violación, por interpretación errónea, de los mismos artículos 9, 10 y 11 del Decreto 652 citado.

Esta acusación implica necesariamente que el fallador haya hecho una interpretación de la norma legal citada y que ella sea equivocada. Mas el sentenciador no menciona siquiera esos preceptos, no aparece que hubiera hecho una interpretación de ellos, luego no es procedente el cargo.

Quinto cargo

Parece invocar la causal 2ª de casación, del artículo 520 del Código Judicial, pues acusa el fallo recurrido por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. Al efecto, dice el recurrente que la demanda pide, además de cesantía, que se paguen al señor Prieto las vacaciones remuneradas a que tiene derecho de acuerdo con el ordinal a) del artículo 14 de la Ley 10 de 1934, y que a pesar de haberse demostrado así en el juicio, el Tribunal Seccional ni siquiera consideró esta acción.

La demanda inicial del juicio sólo ejercita una acción y es la de cesantía. Ninguna petición se encuentra en ella acerca del pago de vacaciones. Por lo tanto, el Juez de primer grado y el Tribunal Seccional no dijeron nada sobre el particular y decidieron acerca de la acción de cesantía, que fue la única propuesta.

No está demostrado el cargo.

Cargos sexto, séptimo y octavo

Para el caso de que el Tribunal Supremo no acepte que los empleados de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia tengan el carácter de particulares, el recurrente plantea otros cargos, con los números de Primero, Segundo y Tercero, que corresponden a los que se mencionan en el encabezamiento de este párrafo, y que acusan todos el fallo recurrido por violación del artículo 1º numeral c) del Acuerdo Nº 5 de 1937 del VIII Congreso Cafetero, por infracción directa, por aplicación indebida y por interpretación errónea, respectivamente.

El recurso de casación está instituído para unificar la jurisprudencia nacional y principalmente en defensa de la ley, para restablecer el imperio de la norma legal infringida por los sentenciadores de segunda instancia. Por lo tanto, no cabe la acusación dentro de él de normas particulares, como la de que tratan estos cargos.

Son, por lo tanto, improcedentes.

No desea terminar el Tribunal sin advertir nuevamente que el Juez y el Tribunal Seccional no estudiaron la cuestión propuesta desde la primera audiencia por el apoderado de la Federación, de si los empleados de esa entidad son particulares u oficiales. El recurrente tampoco atacó por este aspecto el fallo recurrido, sino que quiso que previamente lo dilucidara el Tribunal Supremo, como si éste fuese un Tribunal de instancia, que pudiese estudiar problemas jurídicos fuera de los cargos de casación y como base preliminar para analizar la acusación respectiva.

En mérito de las consideraciones expuestas, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, que ha sido materia del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO y devuélvase al Tribunal de origen.

Cástor Jaramillo Arrubla. — Diógenes Sepúlveda Mejía. — Luis Alberto Bravo. — Guillermo Martínez R., Secretario.

I. FUNDAMENTO FILOSOFICO Y JURIDICO DE LA PRUEBA PERICIAL. DIFERENCIA ENTRE LOS MEDIOS DE PRUEBA Y LOS REQUISITOS PARA QUE LAS PRUEBAS EXISTAN. — II. EN MEDICINA QUIENES PUEDEN SER PERITOS. — III. ACCIDENTE DE TRABAJO; DESACUERDO MEDICO.

I.—Los peritos son auxiliares técnicos de la administración de justicia para el esclarecimiento de cuestiones que requieran conocimientos especiales. "Es la natural imposibilidad de que el Juez posea conocimientos universales —ha dicho la Corte Suprema de Justicia— y en cantidad y calidad adecuadas sobre las múltiples materias, algunas de gran complejidad técnica, que se someten a su decisión, el verdadero fundamento filosófico y jurídico de la institución de la prueba de peritos, mediante la cual el sentenciador alumbra sus decisiones y juicios con el examen y concepto que personas técnicas realizan sobre determinadas cuestiones de hecho que requieren la sistematización de conocimientos especiales para su comprensión y dominio".

No deben confundirse los medios legales de prueba y los requisitos para que ellos existan, con su valor probatorio y su libertad para apreciarlos. Para que exista la prueba pericial es necesario el dictamen de dos expertos en la materia de que trata, salvo que las partes convengan en nombrar uno solo, caso en el cual el dictamen de éste por sí sólo constituirá dicho medio de prueba.

II.—Quien no tenga título médico no puede aceptarse como perito o experto en medicina.

III.—La graduación de la incapacidad producida por un accidente de trabajo, cuando hay desacuerdo entre los peritos médicos, se soluciona con un dictamen de los médicos legistas.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Jaramillo arrubla)

Bogotá, noviembre diez y ocho de mil novecientos cuarenta y siete.

El señor Carlos E. Luján demandó ante el Juzgado del Circuito de Segovia a la Compañía Frontino Gold Mines Ltd., para que se declare que está en la obligación de pagarle mil quinientos ventidós pesos con ochenta centavos ($ 1.522.80) moneda corriente, por los siguientes conceptos: por accidente de trabajo, novecientos treinta y seis pesos ($ 936.00) y por excedencia de salarios, quinientos ochenta y seis pesos con ochenta centavos ($ 586.80).

Como fundamento de su demanda expuso que el 31 de marzo de 1942 sufrió un accidente de trabajo al recibir un fuerte golpe en el dedo meñique de la mano derecha causado por una llave que se zafó al apretar una tuerca; que perdió los movimientos de aducción y parte de flexión del dedo, por efecto del traumatismo recibido; que la Compañía no le ha pagado la indemnización por ese accidente de trabajo; que de $ 3.90 diarios que devengó antes del 4 de octubre de 1939, fecha en que se le rebajó su salario a $ 2.10, hasta el 1º de septiembre de 1940, se le debe el excedente de esos salarios por estar prohibido por la ley esa rebaja; y que la Compañía no ha querido pagarle la suma que le debe por este último concepto.

No aparece contestación de la demanda, por parte de la Empresa.

El Juez del Trabajo de Segovia, a quien pasó el conocimiento del juicio, falló negándose a hacer las declaraciones solicitadas en la demanda.

El apoderado del demandante interpuso apelación y el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, que conoció de dicho recurso, lo decidió por medio de su fallo de 8 de marzo último, confirmando el apelado en cuanto absuelve a la Compañía del pago de los salarios reclamados, pero lo revocó en cuanto a la absolución por la indemnización por el accidente de trabajo. En su lugar, declaró que la Empresa demandada debe pagar al actor trescientos cincuenta y un pesos ($ 351.00) como indemnización por la incapacidad proveniente del accidente mencionado. El Magistrado doctor Córdoba salvó su voto.

Contra esta última sentencia interpuso el recurso de casación la Compañía. Y es el momento de decidirlo.

La sentencia acusada

Como la parte del fallo que acusa la Empresa es la desfavorable a sus pretensiones, o sea la condenación por el accidente, se transcribe lo que dijo esa providencia al respecto. Lo relacionado con salario quedó en firme, al no interponer recurso de casación la parte

interesada. Sólo, pues, aquella condena por indemnización es objeto del presente recurso.

Para ordenar el pago por razón del accidente, el Tribunal de Medellín razonó así:

"En lo que se refiere a la incapacidad originada tenemos (sic) lo siguiente":

"Los doctores J. Montoya Domínguez y Jorge Zapata manifiestan en fecha 29 de enero de 1943 que después de haber examinado clínica y radiológicamente al señor Luján no encuentran lesión permanente que le dé lugar a indemnización. Sólo el segundo de estos ratificó su certificación ante Juez competente. Se anota que ambos fueron médicos de la Compañía demandada".

"Por otra parte, en marzo 2 de 1943 el médico oficial del Municipio de Remedios, certifica que el señor Luján presenta al examen clínico una lesión consistente en la pérdida "para los movimientos de aducción y parte de los movimientos de flexión del dedo meñique de la mano derecha", certificación que aparece ratificada bajo juramento a la vuelta del folio 3º. Al folio 12 el doctor Jaime Bernal Moreno hace constar la existencia de la pérdida de los movimientos también de aducción y parte de flexión en el dedo meñique de la mano derecha del señor Carlos Luján; esta constancia tiene fecha de noviembre 30 de 1942 y fue ratificada en el juicio ante el señor Juez del Trabajo de Medellín en mayo de 1946".

"Como se ve existen expresiones contradictorias entre lo dicho por los doctores Robledo y Bernal Moreno y lo manifestado por los antiguos médicos de la Compañía doctores Montoya y Zapata".

"El señor Juez de Segovia tachó el dictamen del doctor Robledo, en razón a que éste no es médico titulado; pero esta circunstancia no puede estimarla de la misma manera el Tribunal, toda vez que lo dicho por el citado médico está acorde con lo expuesto por el doctor Bernal Moreno, éste sí titulado, corroborándose de consiguiente uno y otro criterio. Y es que los funcionarios del trabajo tienen más libertad para la apreciación de las pruebas y calificación de su tarifa, de acuerdo con la Ley 75 de 1945".

"De conformidad con la tabla de incapacidades vigente en la época del accidente, corresponde al señor Luján la indemnización señalada en el segundo grupo, letra c) lo que viene a dar el pago de tres meses de salarios. El informe dado por la oficina de la Frontino al folio 29 explica el hecho de que en la fecha del accidente ganaba el señor Luján un jornal de tres pesos con noventa centavos ($ 3.90), lo cuál le viene a otorgar una indemnización de trescientos cincuenta y un pesos ($ 351.00).

Sólo se formulan dos cargos, el segundo de los cuales se considerará por estimarlo fundado la Corporación.

Se hace consistir en la violación de los artículos 5º ordinal b) y 6º ordinal b) de la Ley 57 de 1915 y 8º de la Ley 133 de 1931, y se sustenta así:

"El Tribunal Seccional de Medellín infringió directamente las mismas disposiciones que acabo de mencionar, en virtud de haber apreciado erróneamente, con error de derecho, las pruebas del demandante, e interpretó en una forma igualmente errónea el numeral 3º del artículo 3º de la Ley 75 de 1945, pues no se puede, so pretexto de que la tarifa legal de pruebas no es de estricta obligatoriedad para la Jurisdicción del Trabajo, apreciar las pruebas en una forma caprichosa y arbitraria, y menos puede confundirse, la esencia de una prueba como la pericial, con el mero testimonio. Porque cuando el Tribunal acepta como prueba el certificado expedido por un señor cuya ignorancia en materia médica aparece demostrada claramente en el expediente, por el solo hecho de estar conforme con otra certificación producida por un profesional graduado, está reduciendo la prueba pericial a un simple testimonio".

Y agrega: "Para que el dictamen de un perito tenga validez se requiere que quien lo rinda sea experto en la materia, que tenga un conocimiento completo de la ciencia o arte que aplica, que sea en suma un perito".

Se considera:

El cargo ataca el valor dado por el sentenciador al certificado expedido por el señor Emilio Robledo A., como Médico oficial del Municipio de Remedios, según el cual el demandante "presenta al examen clínico una lesión consistente en la pérdida para los movimientos de aducción y parte de los movimientos de flexión del dedo meñique de la mano derecha, a causa de un traumatismo sobre el mismo". Y lo ataca porque consta en el juicio que dicho señor Robledo no es médico titulado, y, por lo tanto, no puede servir de perito en asuntos relacionados con la medicina. De modo que al aceptar ese certificado el Tribunal de Medellín y darle pleno mérito, unido al que expidió el doctor Bernal Moreno, según expresa en su sentencia, simplemente lo que hizo, en concepto del recurrente, fue "reducir la prueba pericial a un simple testimonio".

Acerca de este certificado del señor Robledo el Tribunal dijo en su fallo: "El señor Juez de Segovia tachó el dictamen del doctor Ro-

bledo, en razón a que éste no es médico titulado; pero esta circunstancia no puede estimarla de la misma manera el Tribunal, toda vez que lo dicho por el citado médico está acorde con lo expuesto por el doctor Bernal Moreno, éste sí titulado, corroborándose de consiguiente uno y otro criterio. Y es que los funcionarios del Trabajo tienen más libertad para la apreciación de las pruebas y calificación de su tarifa, de acuerdo con la Ley 75 de 1945".

El certificado del doctor Bernal Moreno, que con el del señor Robledo sirve al sentenciador para dar por demostrada la incapacidad permanente del demandante, dice así: "Sr. Carlos Luján. Mano derecha, dedo meñique: pérdida de los movimientos de aducción y parte de flexión por efecto de un traumatismo". Por otra parte la prueba acerca de la inexistencia de título profesional del señor Emilio Robledo A., es de este tenor:

"El suscrito Secretario de la Facultad de Medicina y Ciencias Naturales de la Universidad de Antioquia, INFORMA: Que el señor Emilio Robledo A. apenas ha cursado y aprobado en esta Facultad las siguientes materias: Cirugía Menor, Botánica Médica, Física Médica, Química Mineral, Anatomía, Curso 1º, Zoología Médica, Anatomía General e Histología, y Materia Médica y Farmacia. Por consiguiente, esta Facultad no ha otorgado al señor Emilio Robledo A., el doctorado en Medicina. Medellín, noviembre 2 de 1943. — (Fdo.) Rodrigo Correa E., Vº Bº (Fdo.) Hernán Posada, Decano de la Facultad de Medicina. U. de A.".

Para el Tribunal Supremo no hay duda de que el recurrente tiene razón cuando acusa el fallo del Tribunal de Medellín por haber aceptado el peritazgo del señor Robledo. Ni aun unido el certificado de éste al expedido por el doctor Bernal Moreno podía servir para afirmar que existía la prueba de peritos, por cuanto para que este medio probatorio ocurra es necesario por lo menos el dictamen de dos expertos en la materia de que se trata, salvo que las partes convengan en nombrar uno solo (art. 705 C. J.). Y en el caso en estudio sólo uno de los que consideró el sentenciador de instancia era perito, era médico, luego el otro, el señor Robledo, por no ser médico, no podía aceptarse con el carácter legal de experto en Medicina, ni mucho menos tenerse como dictamen de esa naturaleza su certificado, ni, por consiguiente, unirse al certificado de un verdadero médico para decir que estaba formada la prueba pericial y fallar con base en esta conjunción injurídica.

Sabido es que los peritos son auxiliares técnicos de la administración de justicia para el esclarecimiento de cuestiones que requie-

ran conocimientos especiales. "Es la natural imposibilidad de que el Juez posea conocimientos universales —ha dicho la Corte Suprema de Justicia— y en cantidad y calidad adecuadas sobre las múltiples materias, algunas de gran complejidad técnica, que se someten a su decisión jurisdiccional, el verdadero fundamento filosófico y jurídico de la institución de la prueba de peritos, mediante la cual el sentenciador alumbra sus decisiones y juicios con el examen y concepto que personas técnicas realizan sobre determinadas cuestiones de hecho que requieren la sistematización de conocimientos especiales para su comprensión y dominio".

Por lo tanto, al tener como perito, como dictamen pericial, uno que no podía estimarse como tal, y decidir el litigio con base en esa apreciación equivocada, el Tribunal de Medellín incurrió en error de derecho evidente en los autos por cuanto estimó que existía ese medio probatorio denominado "Prueba de peritos" o "Prueba pericial", cuando sólo uno de los dos que consideró como expertos lo es en realidad.

No deben confundirse, como lo hizo la sentencia recurrida, los medios legales de prueba y los requisitos para que ellos existan, con su valor probatorio y su libertad para apreciarlos. El Tribunal de Medellín entendió que la amplitud de apreciación de pruebas que otorga a los Jueces y Magistrados del Trabajo la Ley 75 de 1945 en el ordinal 4º de su artículo 3º va hasta dar por demostrada la existencia de una prueba, de un medio probatorio sin estar acreditada suficientemente. Ya esta Corporación dijo en forma clara que uno es el medio probatorio y otro su valor o mérito. Fue a este último, al mérito de la prueba, al que se refirió esa disposición de la Ley 75 cuando dijo que la tarifa legal no sería estrictamente obligatoria en los juicios del trabajo. Pero de allí no puede deducirse que se tenga libertad o autonomía para estimar por existente una prueba sin reunir los requisitos legales para que surja a la vida jurídica. Una cosa es que exista la prueba de testigos, por ejemplo, que se hayan reunido los requisitos que la ley exige para que se forme el testimonio judicial, y otra cosa muy distinta es el mérito o valor probatorio de esa prueba ya formada legalmente. Y lo mismo se dice de los demás medios probatorios aceptados o reconocidos por nuestra legislación.

En sentencia de 27 de noviembre último dilucidó este Tribunal el anterior aspecto de esta cuestión en la siguiente forma:

"No hay que confundir, por lo tanto, los medios legales de pruebas", que son los que de antemano fija la ley y se convierten así en los únicos medios probatorios admisibles para el Juez, con "las re-

glas probatorias" que se refieren única y exclusivamente a su apreciación, para señalarle previamente su mérito o valor probatrio, ni tampoco con "las disposiciones formales", que se refieren en primer término a la recepción de ellas y aseguran el cumplimiento del principio de inmediación, o sea, las que consagran un rito procesal determinado para su producción y recibimiento".

"Tanto en el sistema que rige la prueba en materia civil, como en el que regula la del trabajo en Colombia, están instituídos los llamados "medios de prueba", pues nuestra legislación no acepta sino los que determinan el Título 21 del Libro 4º del Código Civil y el Título XVII del Libro II del Código Judicial, según lo dispone el artículo 593 de éste, en armonía con el 1745 de aquél, que no sólo se aplican a los juicios civiles, sino también a los de trabajo, por analogía, toda vez que no se ha dictado aún el Código Procesal en materia laboral".

"También son aplicables a los juicios civiles y del trabajo las normas legales sobre producción y recepción de pruebas, que estatuye el Código Judicial, por la misma razón de falta de normas procesales en materia del trabajo. Ambos están sujetos, pues, a las llamadas "disposiciones formales" o rito procesal para recepción de pruebas".

"En lo único que difieren, según se deduce de lo expuesto, en materia de pruebas, es en la aplicación de las llamadas "Reglas probatorias", pues en los civiles rige una tarifa legal previamente señalada para que el Juez forme de acuerdo con ella y con cierta libertad de apreciación su convencimiento (arts. 593 y ss. del C. J.); al paso que en los del trabajo, por mandato expréso de la regla 4ª del artículo 3º de la Ley 75 de 1945, "la tarifa legal de pruebas no será estrictamente obligatoria en la apreciación de las que se aduzcan ante la justicia del trabajo", aunque, según esa misma disposición, "los fallos serán siempre en derecho". (GACETA DEL TRABAJO, Nos. 2 a 4 págs. 76 y 77).

Como el sentenciador se fundó en esa que denomina prueba pericial para aceptar la incapacidad permanente del demandante y decretar el pago de indemnización, violó las disposiciones legales citadas por el recurrente, o sean los artículos 5º ordinal b), de la Ley 57 de 1915, y 8º de la Ley 133 de 1931 que regulan el pago de la indemnización por accidente de trabajo en caso de incapacidad de aquellas consecuencias.

Debe casarse el fallo recurrido y dictarse la sentencia de instancia que lo reemplace.

Lo primero que se observa es la disparidad entre los certificados

médicos de los doctores Montoya Domínguez y Jorge Zapata, de una parte, quienes el 29 de enero de 1943 manifiestan después de un examen clínico y radiológico que el demandante no tiene lesión permanente que le dé lugar a indemnización, y el certificado del doctor Bernal Moreno, de otra parte, quien en noviembre 30 de 1942 dictamina qué el actor ha perdido los movimientos de aducción y parte de flexión del dedo meñique de la mano derecha por efectos de un traumatismo. Para aquéllos no hay lesión permanente; para éste sí la hay, puesto que así debe considerarse la pérdida de movimiento del dedo afectado.

Lo procedente en este caso es dar aplicación al artículo 8º de la Ley 133 de 1931, que al respecto preceptúa: "Modifícase el artículo 6º de la Ley 57 de 1915, sobre accidentes de trabajo, así: en el caso b) (de incapacidad permanente parcial), la indemnización se graduará desde un mínimo de dos meses de salario hasta un máximo de un año, graduación que, en caso de discordia, estará a cargo de los médicos legistas del respectivo Municipio, o del Departamento, en su defecto...".

Es claro que si ese desacuerdo entre los peritos médicos acerca de la graduación de la incapacidad permanente parcial, se soluciona con un dictamen de los médicos legistas, según esa disposición, con mayor razón deben los mismos médicos oficiales del Municipio, o del Departamento, decidir la controversia que se presente entre los médicos particulares acerca de la existencia misma de la incapacidad o la lesión y sus consecuencias.

Por consiguiente, la discordia que se presenta en el actual litigio deberá ser decidida por los médicos legistas del Departamento de Antioquia, por cuanto se dejó visto en esta providencia cómo el médico oficial del Municipio de Remedios no es titulado. A falta de médicos legistas en el Municipio donde ocurrió el accidente es más acertado deferir al dictamen de los del Departamento, de acuerdo con la disposición legal que va a aplicarse.

Esta determinación se tomará por medio de un auto para mejor proveer, según la facultad que otorga al Tribunal de casación el artículo 639 del Código Judicial en su segundo inciso. Una vez producido el dictamen, sí podrá entrar a decidirse el litigio, por esta Corporación, con mejores probabilidades de acierto.

En mérito de lo discurrido, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, que ha sido objeto del presente recurso.

En la debida oportunidad, vuelva al despacho el expediente para dictar el auto para mejor proveer.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, e insértese en la "GACETA DEL TRABAJO".

Cástor Jaramillo Arrubla. — Diógenes Sepúlveda Mejía. — Luis Alberto Bravo. — Guillermo Martínez R., Secretario.

I. ENFERMEDAD DEL TRABAJADOR COMO CAUSA DE TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO. PAGO DE PRESTACIONES EN ESTE CASO. — II. INTERPRETACION DEL ARTICULO 12 DE LA LEY 6ª DE 1945 SOBRE LIQUIDACION DE CESANTIA

I.—La enfermedad del trabajador, según los artículos 49 del Decreto 2127 de 1945 y 8º del Decreto 2541 del mismo año, es justa causa para que el patrono dé por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, con previo aviso, cuando sea contagiosa o crónica, no tenga carácter de enfermedad profesional y cuya curación, según dictamen médico, no sea probable antes de seis meses. También lo es cualquiera otra enfermedad o lesión que incapacite al trabajador por más de seis meses. Pero el despido por estas causas no exime al patrono de acuerdo con aquellas mismas disposiciones, del pago de las respectivas prestaciones e indemnizaciones legales o convencionales.

II.—El Parágrafo del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945 establece como regla general para liquidar la cesantía en los casos de que trata, la de computar los tres años anteriores a la terminación del contrato, salvo que el patrón haya incurrido en culpa, bien por haber despedido al trabajador sin justa causa o que éste se haya visto en el caso de retirarse por falta grave comprobada de aquél, porque en tales ocurrencias se toma en cuenta el tiempo anterior de servicio hasta por cinco años. La razón de estas dos excepciones se ve claramente porque ambas constituyen culpa del patrón, que quiere sancionar la ley con el aumento de dos años sobre los tres de la regla general.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Jaramillo Arrubla)

Bogotá, diciembre cinco de mil novecientos cuarenta y siete.

Felipe Cortés y Abraham Escobar demandaron, por conducto de

apoderado, a la Fábrica de Cementos Samper domiciliada en esta ciudad, para el pago de cesantía.

Cortés y Escobar ingresaron al servicio de la Fábrica el año de 1938 y fueron retirados el 29 de febrero de 1946 y el 30 de noviembre de 1945, respectivamente, por motivos de enfermedad que en concepto del médico de la Empresa los incapacitaba para continuar en el desempeño de sus cargos.

La Empresa demandáda les prestó la asistencia médica y farmacéutica que ordena la ley para tales casos durante seis meses, al cabo de los cuales dio por terminados los contratos de trabajo y les pagó el auxilio de cesantía correspondiente a tres años, auxilio que los interesados recibieron dejando a salvo el derecho a exigir la referida prestación por mayor tiempo.

La demanda se funda principalmente en el Decreto-ley 2350 de 1944, Ley 6ª de 1945, y Decretos ejecutivos 2127 y 2541 del mismo año.

El Juzgado Cuarto del Trabajo de Bogotá condenó a la Empresa demandada a pagar a los demandantes lo correspondiente a cinco años de cesantía, de acuerdo con los salarios devengados durante la época de su trabajo y descontando a cada uno lo que recibió por concepto de la referida prestación.

En virtud de apelación que interpuso el demandado, conoció el asunto el Tribunal Seccional del Trabajo de esta ciudad, que lo decidió confirmando en todas sus partes la sentencia apelada.

Contra el fallo de segunda instancia interpuso recurso de casación el apoderado de la Fábrica de Cementos Samper, diciendo que si bien la cuantía del juicio no excede de mil pesos, la providencia acusada implica cuestiones de derecho cuya naturaleza debía calificar el Tribunal Supremo del Trabajo, conforme a la parte final de la regla 6ª del art. 3º de la Ley 75 de 1945.

Esta Corporación, teniendo en cuenta el memorial presentado por el recurrente durante el tiempo de fijación en lista, consideró de importancia los puntos de derecho contemplados en el fallo, admitió el recurso y ordenó continuar la tramitación. Agotada ésta, procede a decidir el recurso.

Con base en la causal 1ª del art. 520 del C. J., el recurrente presenta tres cargos contra la sentencia, a saber:

Primero.—Infracción directa del numeral 2º del Parágrafo del art. 12 de la Ley 6ª de 1945, pues el Tribunal sostiene que el caso de los demandantes no se halla contemplado por nuestra legislación positiva, a tiempo que sí lo está en la disposición citada. En conse-

cuencia, no sólo la violó directamente, sino que en forma indirecta quebrantó el art. 5º de la Lel 153 de 1887, que habla de aplicar la crítica y la hermenéutica, dentro de los límites de la equidad natural y la doctrina constitucional, cuando el pensamiento del legislador conténido en los textos legales sea oscuro o incongruente.

Hace el recurrente algunas consideraciones en torno al derecho de percibir auxilio de cesantía que consagró en favor de los obreros el Decreto-ley 2350 de 1944, cuyo art. 8º señaló un límite respecto de aquellos contratos que habiendo sido celebrados bajo la vigencia de la ley anterior, se extinguiesen después de ser promulgada la nueva ley, límite consistente en no retrotraer a tiempos lejanos los efectos del derecho mencionado, pues ello hubiese implicado una carga fatal para muchas empresas.

Fue en desarrollo de esas ideas como se establecieron reglas diferentes, según las causas que originaran la terminación del contrato. Y así, se impuso al patrono la obligación de pagar cesantía por el tiempo anterior de servicios hasta por cinco años, en caso de despido injustificado o de grave falta del patrono que provocaran el retiro del obrero; pero no mediante culpa ni hecho del patrono a los que pudiera atribuirse la extinción del contrato, el tiempo anterior de servicios no debía computarse sino por tres años, teniendo en cuenta además el capital de la empresa.

"A pesar de ser tan claros —dice el recurrente — los textos legales citados, el honorable Tribunal del Trabajo consideró que la expresión "en los demás casos" que trae la regla 2ª del Parágrafo de la Ley 6ª de 1945, reproducción fiel del art. 8º del Decreto-ley 2350 de 1944, era oscura e inaplicable, precisamente a uno de esos casos para los cuales fue establecida; y so pretexto de consultar el espíritu de la ley, y de aplicar los principios de la equidad natural, violó no solamente la letra de la ley sino su obvio sentido y verdadero espíritu, cual era el de gravar en forma moderada a los patronos cuyos obreros viesen extinguidos sus contratos de trabajo por causas no imputables a aquéllos, ajenas por completo a su voluntad, a su culpa, a su simple hecho".

Segundo.—El Tribunal aplicó indebidamente el numeral o regla 1ª del Parágrafo del art. 12 de la Ley 6ª de 1945, que dispone computar el tiempo anterior de servicios hasta por cinco años. Se acogió a la "equidad natural" que gobierna los contratos para llegar a la conclusión de que la enfermedad por más de seis meses es justa causa para dar por terminado un contrato de trabajo pero no acarrea la pérdida en todo o parte del auxilio de cesantía.

El numeral 1º, cuya aplicación indebida hizo el Tribunal tiene el carácter de ley taxativa, y no comprende sino dos casos: despido sin justa causa comprobada y retiro por falta grave comprobada del patrono. Fuera de estos dos casos no se puede extender dicha norma. Por consiguiente, el Tribunal la quebrantó al aplicarla a fenómenos distintos y contrarios a ella.

Tercero.— La sentencia incurrió en violación directa e interpretación errónea del art. 8º del Decreto 2541 de 1945, conforme al cual la enfermedad del trabajador en cuanto no sea profesional ni curable antes de seis meses **es justa causa** para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, en la forma prevista por el art. 49 del Decreto 2127 de 1945, y previo el pago de las respectivas indemnizaciones legales y convencionales.

Entiende el recurrente que el Tribunal elaboró al rededor de estos artículos una teoría caprichosa, asignando a un mismo hecho el valor de justa causa para dar por terminado el contrato y desconociéndoselo en cuanto a las prestaciones correspondientes.

Conforme al art. 8º del Decreto 2541 de 1945 la enfermedad del trabajador es justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo en todos los casos, sin posibilidad de distingos, y sostener lo contrario, como lo hizo el Juez "ad quem", constituye infracción directa de la ley sustantiva.

Añade el recurrente que el Tribunal se equivocó también al decir que el citado artículo 8º obliga al patrono a pagar **todas** las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales, pues dicho artículo precisamente reemplazó la palabra "todas" que originalmente se hallaba en el numeral 5º del art. 49 del Decreto 2127 de 1945 y que pudiera hacer creer que ese numeral constituyó una excepción a los efectos del sistema general de la ruptura del contrato por justa causa, por la palabra **respectivas,** cambio no de carácter adjetivo y sin importancia sino de mucha trascendencia.

"No cabe duda —sostiene el recurrente—, después de considerar atentamente este problema, de que la norma aplicable, cuando se trata de contratos celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 6ª de 1945, y extinguidos con posterioridad a su promulgación, es la contenida en el numeral 2º del Parágrafo del art. 12 de esta ley, ya que el numeral 1º prevé dos situaciones que no vienen al caso, que no atañen al presente juicio.

Se considera:

Se trata simplemente de saber si en el caso de despido por enfermedad de un trabajador que prestó sus servicios antes de la ex-

pedición de la Ley 6ª de 1945, pero cuyo contrato terminó estando ya en vigencia dicho estatuto legal, la cesantía que debe pagarle el patrono se liquida tomando el tiempo de servicios anterior a la ley hasta por cinco años, o solamente hasta por tres años. Es decir, si se aplica la regla 1ª del Parágrafo del art. 12 de la Ley 6ª, o si se da cumplimiento a lo dispuesto en la regla 2ª del mismo parágrafo.

Para el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá la enfermedad prolongada por más de seis meses o cuya curación haya sido científicamente comprobada como imposible en ese lapso, debe considerarse como despido injusto para efectos de la cesantía que le corresponde al trabajador. Por eso falla confirmando la decisión del Juez, o sea, reconociendo la cesantía por cinco años.

Dice el art. 12 de la Ley 6ª de 1945, en su parágrafo citado:

"Para liquidar el auxilio de cesantía por tiempo de trabajo anterior a la presente ley, y siempre que la extinción del contrato de trabajo sea posterior a su promulgación, se aplicarán las siguientes reglas:

"1º—En caso de despido del trabajador sin justa causa comprobada o cuando se retire por falta grave comprobada del patrono, se tomará en cuenta el tiempo anterior de servicios, pero solamente hasta por cinco años.

"2º—En los demás casos de extinción del contrato se tomará en cuenta el tiempo anterior de servicios, pero solamente hasta por tres años y en todas las empresas cuyo capital sea mayor de ciento veinticinco mil pesos ($ 125.000.00)".

No hay duda para el Tribunal Supremo de que la regla general consagrada por esa disposición es la 2ª, porque en todos los casos de extinción del contrato que prevé, la cesantía comprende tres años y que la excepción es la regla 1ª porque excluye de ese principio general únicamente los casos de despido injustificado o retiro por falta grave del patrono. Ese parágrafo establece como regla general para liquidar la cesantía en los casos de que trata, la de computar los tres años anteriores a la terminación del contrato, salvo que el patrón haya incurrido en culpa, bien por haber despedido al trabajador sin justa causa o que éste se haya visto en el caso de retirarse por falta grave comprobada de aquél, porque en tales ocurrencias se toma en cuenta el tiempo anterior de servicio hasta por cinco años. La razón de estas dos excepciones se ve claramente porque ambas constituyen culpa del patrón, que quiere sancionar la ley con el aumento de dos años sobre los tres de la regla general.

Y aunque no se entendiera en ese obvio sentido, debe acep-

tarse que la disposición que otorga cesantía por cinco años en ese parágrafo, o sea la regla 1ª transcrita, sólo la establece por dicho lapso en dos casos únicamente: cuando se despide al trabajador sin justa causa y cuando se ve obligado a retirarse por falta grave comprobada del patrono. En los casos distintos de esos dos, se tomará el tiempo anterior de servicios pero sólo hasta por tres años.

La enfermedad del trabajador, según los artículos 49 del Decreto 2127 de 1945 y 8º del Decreto 2541 del mismo año, es justa causa para que el patrono dé por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, con previo aviso, cuando sea contagiosa o crónica, no tenga el carácter de enfermedad profesional y cuya curación, según dictamen médico, no sea probable antes de seis meses. También lo es cualquiera otra enfermedad o lesión que incapacite al trabajador por más de seis meses. Pero el despido por estas causas no exime al patrono de acuerdo con aquellas mismas disposiciones, del pago de las respectivas prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales.

No se discute en el recurso si la enfermedad de los trabajadores de que trata está o no contemplada dentro de las disposiciones legales anteriores, pues las partes aceptan el hecho positivo de que sí lo están. Lo único que discuten es si debe aplicarse la regla 1ª o la 2ª del parágrafo citado, es decir, si la cesantía se liquida por cinco años o por tres.

De acuerdo con lo expuesto, se deduce que la aplicable es la regla 2ª que ordena liquidar la cesantía teniendo en cuenta únicamente los tres últimos años de servicios, por no estar la enfermedad comprendida dentro de los casos contemplados en la regla primera que autoriza a liquidarla por cinco años. En efecto, no puede considerarse, como lo hace el Tribunal de Bogotá, que la enfermedad se asimile a despido por culpa del patrón, porque repugna a la más simple lógica cuando no existe esa culpa y porque la ley nunca ha dicho que exista esa equivalencia, sino que, por el contrario, el art. 49 del Decreto 2127 citado, en armonía con el 8º del 2541 también en mención, la enfermedad de que allí se trata es justa causa para que el patrón despida al trabajador, luego no es jurídica la aseveración del fallador de instancia cuando interpreta contra el texto mismo de esos decretos, que las enfermedades contagiosas o crónicas no curables en seis meses, se asimilan a despido por culpa del patrón, cuando es todo lo contrario: son justa causa para despedir.

No siendo, pues, la enfermedad de que tratan esos Decretos y el recurso un despido injusto, sino justificado, no encaja dentro de la regla 1ª del parágrafo en estudio, que sólo comprende los casos de

despido o retiro por culpa imputable al patrón, Por consiguiente, no se liquida en esos casos la cesantía por tiempo anterior computando los últimos cinco años. La enfermedad de que aquí se trata está comprendida dentro de la regla 2ª que incluye todos los demás casos no contemplados en la anterior. La enfermedad no fue incluída en la regla 1ª, luego cabe lógica y legalmente en la 2ª que ordena tener en cuenta únicamente tres años de servicios para liquidar la cesantía.

Cuando el Decreto 2541 en su artículo 8º citado dispone que en esos casos de enfermedad que prevé se deben las prestaciones respectivas, se refiere a las legales, a las que dispone pagar la ley. En el problema de autos la cesantía legal es la que acaba de dilucidarse, o sea por tres años.

Está, pues, probada la acusación y deberá casarse la sentencia recurrida. En su lugar, se absolverá a la Sociedad demandada, porque ya pagó a los demandantes la cesantía por los tres años que ordena la ley.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la setencia que ha sido objeto del presente recurso, proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá el 6 de noviembre del año pasado, REVOCA la de primera instancia proferida en este litigio de Felipe Cortés y Abraham Escobar contra la Fábrica de Cemento Samper, de esta ciudad, por el Juez Cuarto del Trabajo de Bogotá el 11 de septiembre de 1946 y, en su lugar, ABSUELVE a la entidad demandada de todos los cargos de la demanda.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase al Tribunal de origen.

Cástor Jaramillo Arrubla. — Diógenes Sepúlveda Mejía. — Salvando el voto, **Luis Alberto Bravo. — Guillermo Martínez R.,** Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Cuando se estableció por primera vez en la ley colombiana el llamado auxilio de cesantía, que lo fue en favor de los empleados particulares, se condicionó su reconocimiento a dos requisitos: la buena conducta y la cumplida ejecución del contrato por parte del trabajador.

En efecto, la Ley 10 de 1934 en su artículo 14, dijo:

"Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:

"a) .....

"b) .....

"c) En caso de despido que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicios que presten o hayan prestado, y proporcionalmente por las fracciones de año...".

Ya desde entonces, al ser reglamentada la referida ley por el Decreto 652 de 1935, se identificaron los hechos constitutivos de mala conducta e incumplimiento del contrato, imputables al trabajador, con las justas causas para que el patrón pudiera darlo por terminado unilateralmente.

Los artículos 10 y 11 del Decreto hicieron la siguiente enumeración de las justas causas:

1º—El que el empleado cometa un delito por el cual haya sido llamado a juicio, o sea detenido durante más de un mes por decisión de la justicia;

2º—El que el empleado revele secretos o haga divulgaciones que ocasionen perjuicios directos a las partes;

3º—El que el empleado haya inducido a la otra parte a celebrar el contrato mediante la presentación de certificado falso.

4º—La ineptitud manifiesta para prestar el servicio convenido;

5º—La sistemática inejecución, sin razones válidas, de las obligaciones convencionales o legales;

6º—Todo vicio que perturbe habitualmente la disciplina del establecimiento o empresa, o haga incapaz al empleado para cumplir en forma satisfactoria con sus obligaciones.

En cuanto a la enfermedad del empleado, motivo frecuente de terminación del contrato de trabajo, como era lógico, no se le incluyó entre las justas causas equivalentes a mala conducta o incumplimiento del contrato, sino que fue objeto de disposición especial y separada, contenida en el artículo 12 del mismo Decreto, a saber:

"La enfermedad contagiosa o crónica del empleado, siempre que ella se compruebe por medio de dictamen médico, es también causa para dar por terminado el contrato, pero no exime al patrón de las obligaciones consignadas en los ordinales b) y c) del art. 14 de la Ley 10 de 1934".

Los ordinales aludidos se refieren al auxilio de enfermedad y al de cesantía.

Conforme al artículo 13 del Decreto citado "el patrono que da por terminado el contrato sin justa causa quedará obligado a pagar el auxilio de cesantía de que trata el ordinal c) del artículo 14 de la Ley 10 de 1934".

De tal manera que si el empleado incurría en alguna de las modalidades de mala conducta o de incumplimiento del contrato previstas en los artículos 10 y 11 del Decreto 652 de 1935, daba lugar a que el patrono pusiera término al contrato, sin obligación de pagar el auxilio de cesantía.

No así en el caso de enfermedad, que si bien estaba erigida en causa de disolución del contrato, no eximía al patrono de la obligación de pagar dicho auxilio, por no ser un hecho imputable al empleado.

Al expedirse la Ley 6ª de 1945 y consagrarse en ella el derecho al auxilio de cesantía sin distinción entre empleados y obreros, se utilizó una fórmula semejante a la de la Ley 10 de 1934 e igual a la del Decreto 2350 de 1944, cuando respecto de tal prestación se dijo en el ordinal f) del artículo 12 de aquélla:

"Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato".

La ley no definió los conceptos de mala conducta e incumplimiento del contrato, pero en atención a los antecedentes de que se ha hablado debe entenderse que esos conceptos coinciden con los de justa causa para dar por terminado el contrato. Lo que vale decir que tanto, de conformidad con la Ley 6ª de 1945 como según la Ley 10 de 1934, cuando mediara justa causa, el patrón no estaba obligado a pagar al trabajador auxilio de cesantía.

El criterio seguido al reglamentar en lo pertinente la Ley 6ª de 1945 no difiere en el fondo del que sirvió de base al Decreto 652 de 1935. Como en éste, en el Decreto 2127 de 1945 se señalan los constitutivos de mala conducta y de incumplimiento del contrato que autorizan al patrono para darlo por terminado con justa causa.

Ciertamente en el Decreto 2127 de 1945 la enfermedad del trabajador no está contemplada en disposición especial y separada, como lo fue la del empleado particular en el Decreto 652 de 1935. Pero en ambos estatutos se la exceptúa de la regla general, que es la de que el patrono, cuando da por terminado el contrato con justa causa, no está obligado a cubrir el auxilio de cesantía.

El numeral 5º del artículo 49 del Decreto 2127 de 1945, que señala las justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato, por parte del patrono, con previo aviso, dice:

"La enfermedad del trabajador, por seis meses o más; pero el patrono quedará obligado para con el trabajador a satisfacer todas las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales".

Lo dispuesto en este numeral fue modificado por el artículo 8º del Decreto 2541 de 1945 en los términos siguientes:

"La enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga el carácter de enfermedad profesional y cuya curación, según dictamen médico, no sea probable antes de seis meses, así como cualquiera otra enfermedad o lesión que incapacite para el trabajo por más de seis meses; pero el despido por estas causas no exime al patrono de las respectivas prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales".

Como se ve, persiste en todas las disposiciones reglamentarias, desde 1935 hasta 1945, la intención clara de diferenciar la enfermedad de las justas causas, propiamente dichas, de colocar al trabajador enfermo despedido en el mismo plano que corresponde al que lo sea sin justa causa, para el efecto del pago de las prestaciones legales y convencionales.

Ello es apenas lógico, puesto que la enfermedad no es un hecho imputable al trabajador ni constituye mala conducta ni incumplimiento del contrato, y por tanto, no puede ser motivo de privación o disminución de los derechos que le otorgan las leyes sociales o de los que se deriven de una convención.

Estimo, pues, que cuando el numeral 1º del parágrafo del art. 12 de la Ley 6ª de 1945 habla de "justa causa comprobada", se refiere a la que implica mala conducta o incumplimiento del contrato, y no a la enfermedad del trabajador, que si bien autoriza al patrono para despedirlo, lo obliga también a darle el tratamiento más favorable en materia de prestaciones sociales.

Por las razones anteriores me aparto con todo respeto de mis distinguidos colegas respecto de las tesis sustentadas en el fallo que precede.

Luis Alberto Bravo. — Guillermo Martínez R., Secretario.

Bogotá, 9 de diciembre de 1947.

La acusación cardinal contra la sentencia del Tribunal radica en el hecho de que al no considerarse como despido injusto el cambio de empleo que desempeñaba el actor, condújolo exclusivamente a la violación de las disposiciones de Ordenanzas departamentales señaladas en la demanda; pero si el recurso de casación tiene como finalidad esencial la unificación de la jurisprudencia nacional en materias laborales, bien se comprende que no pueden ser objeto de él las sentencias que se profieran por los Tribunales del Trabajo en asuntos que no afecten la ley nacional, pues no obsta que a las Ordenanzas se les llame por extensión leyes departamentales para que ello justifique su equiparación a las leyes sustantivas de ámbito nacional. Ni valc tampoco argüir que por cuanto el inciso 2º del artículo 58 de la Ley 6ª de 1945 atribuyó competencia a la justicia del trabajo para conocer de las controversias que se susciten por razón de las primas, bonificaciones y demás prestaciones que tengan origen en Ordenanzas, Decretos y Resoluciones departamentales, Acuerdos Municipales o reglamentos particulares, debe entenderse que las sentencias dictadas en relación con tales prestaciones son susceptibles del recurso de casación, porque la aludida disposición es de carácter muy general, en tanto que la casación es, como lo ha dicho en repetidas ocasiones esta Corporación, un recurso de carácter extraordinario, especial, una verdadera acusación contra los fallos que violen la ley sustantiva nacional y, en lo que hace al derecho laboral, es su objeto el de buscar la unificación de la jurisprudencia del trabajo en las diversas cuestiones que afecten ese derecho, en materia de principios generales.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Sepúlveda Mejía)

Bogotá, diciembre seis de mil novecientos cuarenta y siete.

El Departamento de Antioquia fue demandado por el apoderado

de Bernardo Muñoz a fin de que se le reconociese y pagase la cantidad de mil catorce pesos con veintiséis centavos ($ 1.014.26), con abono de la cuarta parte de esta suma que ya le había sido entregada por concepto de cesantía, y con base en el hecho de haber sido desmejorado en el cargo que desempeñaba en el ramo de Educación Pública, al trasladársele del que desempeñaba en la escuela "Alfonso López" al que se le señaló en la escuela "Santander".

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín condenó al Departamento de Antioquia, en sentencia de fecha veinticinco de septiembre de 1945, a pagar la cantidad que resultara de restarle a novecientos setenta y ocho pesos con setenta y cinco centavos ($ 978.75) la que el Departamento le había pagado como equivalente al veinticinco por ciento de dicha cantidad.

Pero apelada esta providencia para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, esta Corporación en sentencia de doce de noviembre de 1946, desató el litigio en forma desfavorable al trabajador, pues revocó en todas sus partes aquélla, y en su lugar absolvió al Departamento de los cargos de la demanda.

El recurso

Contra la citada providencia del Tribunal Seccional de Medellín, el doctor Carlos A. Ciro, obrando como apoderado del demandante, intentó el recurso de casación, el cual fue admitido, no obstante ser el negocio de una cuantía inferior a mil pesos, y por obrar con amplitud, para estudiar el caso que la setencia contempla.

La demanda

Dice así el primer cargo:

"Violación de la ley sustantiva, por violación directa (sic).

"Acuso la setencia del H. Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, fechada el 12 de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis, por ser violatoria de la ley sustantiva, ya que en ella se apreciaron erróneamente elementos probatorios, se dejaron de apreciar otros y algunos fueron subapreciados, incurriendo el fallador en errores evidentes de hecho, que lo condujeron al desconocimiento del espíritu de los artículos 93, 597, 632 y 697 del C. J., 6º y 1757 del C. C., 248, 291, 292 y 296 de la Ley 4ª de 1913, 1º y 2º de la Ordenanza 57 de 1938 del Departamento de Antioquia, y 1º de la Ordenanza 16 de 1943 de la misma entidad. Alego, pues, la causal del ordinal 1º del art. 520 del C. J., en armonía con el ordinal 6º de la Ley 75 de 1945".

El recurrente copia en seguida los párrafos de la setencia que considera violatorios de la ley; pero en esta parte no funda la demanda y se limita a citar los textos legales que considera infringidos, sin expresar el concepto de la violación.

Ya en la tercera parte del escrito se consignan los fundamentos de la demanda, y auncuando dice en el aparte que queda transcrito que invoca la causal del ordinal 1º del art. 520 del C. J., sin determinar en qué consistió la violación de la ley sustantiva por infracción directa, deriva sobre la errónea interpretación de algunos elementos probatorios, que son los que obran a folios 2, 24 y 26, y sostiene que el Tribunal incurrió en evidente error de hecho al estimar que el actor "únicamente se creyó desmejorado, porque este concepto estuvo siempre subordinado a la condición de que no pudiera el juzgador considerarlo en el caso de la destitución". Que esto condujo al Tribunal a violar el art. 93 del C. J. que ordena fundar toda decisión judicial en los hechos conducentes de la demanda y la defensa, y el art. 597 que dispone estimar el mérito de las pruebas cuando han sido acompañadas a la demanda. Que Muñoz Mejía se sintió destituído al recibir los oficios y la orden de entrega del puesto que servía, y que esos elementos no fueron tenidos en cuenta por el fallador, no obstante que probaban plenamente lo que el actor se proponía. Que se omitió la estimación de la prueba constituída por los oficios citados y por el Decreto de promoción (sic) Nº 121, o por haberlos estimado equivocadamente.

En el segundo fundamento afirma el recurrente que el demandante sufrió una desmejora en el sueldo, que antes incluía una bonificación de $ 20.00 sobre los $ 85.00 fijos, y que el Tribunal tampoco apreció debidamente este hecho, con lo cual violó los artículos 593, 597 del C. J. y 1757 del C. Civil.

Luégo el recurrente hace algunas transcripciones encaminadas a establecer que hubo despido del trabajador por desmejoramiento del cargo que desempeñaba y afirma que se violó también el art. 697 del C. J. que estima como plena prueba el dicho de dos testigos. Transcribe parte del salvamento de voto del Magistrado Posada Angel y termina con las siguientes conclusiones:

"1ª—El Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, al proferir el fallo acusado sufrió error manifiesto de hecho al estimar que Bernardo Muñoz Mejía se retiró voluntariamente del puesto de maestro que desempeñaba en la escuela Alfonso López. Así quedó establecido en los ordinales 4 a 12 de esta demanda.

"2ª—Incurrió el fallador en error evidente de hecho, porque al

no considerar a Bernardo Muñoz Mejía como destituído, debió estimar que su retiro del puesto fue forzado por la desmejora en cuanto hace relación al sueldo, género de vida e impedimento por enfermedad física, lo que se demostró en los ordinales 13 a 22 de esta demanda.

"3ª—Al absolver el H. Tribunal a la parte demandada por las razones que he combatido, quebrantó la ley sustantiva por no haber aplicado las normas señaladas en los ordinales 23 a 25 de este trabajo".

Hasta aquí los razonamientos de la demanda.

Se considera:

Las normas señaladas por el recurrente como violadas por la sentencia del Tribunal Seccional son en su mayor parte de carácter adjetivo. La demanda agrupa una serie de disposiciones legales (arts. 593, 597, 632 y 697 del C. J., y 6 y 1757 del Civil; 248, 291, 292 y 296 de la Ley 4ª de1913, 1 y 2 de la Ordenanza 57 de 1938, del Departamento de Antioquia y 1º de la Ordenanza 16 de 1943), sin indicar el concepto de la violación, sino que se limita a citarlas y deja al Tribunal el examen de cada una de las disposiciones para confrontar si hubo una correcta aplicación de ellas, labor que no es precisamente la que corresponde a una entidad de casación y que está fuera de las normas de técnica que señala el art. 531 del Código Judicial.

No ha dicho el recurrente por qué concepto se violó el art. 6º del Código Civil y qué modalidad es la que ha querido enfocar. Esta disposición determina que la sanción legal no es sólo la pena sino también la recompensa; es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones. Agrega que en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa, etc. Y el art. 1757 determina que incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta. Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, etc.

Para este Tribunal es imposible examinar este cargo sin que se haya dicho por qué razón y cómo fueron violadas tales disposiciones del Código Civil y por esa causa tendrá que desestimarlo. Tendrá que limitar su estudio a examinar si hubo un error de hecho ostensible que condujera al Tribunal fallador a violar alguna disposición sustantiva de orden laboral; pero tampoco encuentra, fuera de las disposiciones de Ordenanzas departamentales citadas ninguna otra que se refiera al derecho social. La setencia no estudia los aspectos que el recurrente plantea en relación con las disposiciones del Código de

Régimen Político y Municipal referentes a licencias de los servidores públicos, y como esta materia no ha sido objeto de la controversia constituye un motivo nuevo en casación que no hay para qué estudiar, pues es sabido que este recurso extraordinario se endereza exclusivamente a atacar la providencia acusada para obtener su confrontación con las disposiciones que se estimen violadas, y en este caso sería imposible esa confrontación porque la sentencia no se ocupa de tal cosa. Por esta razón tampoco puede examinarse el cargo por violación de las anotadas disposiciones del C. de R. P. que se consideran violadas por la sentencia.

Pero está por demás observar que el Tribunal es autónomo en la apreciación de las pruebas que se le presenten; que obra dentro de un ámbito muy amplio de apreciación y que es necesario que incurra en visible error de hecho para que pueda prosperar la acusación contra sus decisiones. En este caso hay que señalar concreta y precisamente las piezas dejadas de estimar o que fueron mal apreciadas. Y acontece que las que el demandante señala son las siguientes: la que obra al folio 2 del expediente, de fecha 8 de mayo de 1944, que es una nota del Inspector Nacional de Educación en la cual se le solicita que haga entrega de la escuela Alfonso López al señor Aníbal Patiño, y que el recurrente considera que contiene una destitución, sin reparar en que su fecha es bien posterior a la en que se le comunicó (27 de marzo) el nombramiento como Director de la Escuela "Santander"; pero todavía sin posesionarse de este cargo, el 30 del mismo mes, aparece concediéndosele una licencia para separarse del puesto, y más adelante, al folio 25 del expediente, se encuentra el recibo del memorial en que se solicitó la licencia para separarse del cargo de Director de la Escuela Alfonso López, con fecha 17 de abril, o sea el mismo día en que se le comunicó que había sido designado una vez más como Director de la citada Escuela "Santander", en virtud de otro Decreto que ya no es el 121 de 24 de marzo sino el 150 de 15 de abril siguiente, y que debía solicitar la licencia en relación con el nuevo empleo y no con respecto al anterior.

La Dirección de Educación Pública, a su turno, certifica que hubo de nombrarle reemplazo por no haber manifestado si aceptaba o no el nuevo cargo ni haberse presentado a ocuparlo.

Así, pues, de las pruebas señaladas por el recurrente no aparece de manifiesto o en forma notoria que el Tribunal haya incurrido en error de hecho y que ese error lo hubiera conducido a la violación de alguna disposición legal sustantiva.

Por lo demás, la acusación cardinal contra la sentencia del Tri-

bunal radica en el hecho de que al no considerarse como despido injusto cambio del empleo que desempeñaba el actor, condújolo exclusivamente a la violación de las disposiciones de Ordenanzas departamentales señaladas en la demanda; pero si en el recurso de casación tiene como finalidad esencial la unificación de la jurisprudencia nacional en materias laborales, bien se comprende que no pueden ser objeto de él las sentencias que se profieran por los Tribunales del Trabajo en asuntos que no afectan la ley nacional, pues no obsta que a las Ordenanzas se les llame por extensión leyes departamentales para que ello justifique su equiparación a las leyes sustantivas de ámbito nacional. Ni vale tampoco argüir que por cuanto el inciso 2º del artículo 58 de la Ley 6ª de 1945 atribuyó competencia a la justicia del trabajo para conocer de las controversias que se susciten por razón de las primas, bonificaciones y demás prestaciones que tengan origen en Ordenanzas, Decretos y Resoluciones departamentales, Acuerdos Municipales o reglamentos particulares, debe entenderse que las sentencias dictadas en relación con tales prestaciones son susceptibles del recurso de casación, porque la aludida disposición es de carácter muy general, en tanto que la casación es, como lo ha dicho en repetidas ocasiones esta Corporación, un recurso de carácter extraordinario, especial, una verdadera acusación contra los fallos que violen la ley sustantiva nacional y, en lo que hace al derecho laboral, es su objeto el de buscar la unificación de la jurisprudencia del trabajo en las diversas cuestiones que afecten ese derecho, en materia de principios generales.

Sólo cuando en la acusación se señalen como infringidas al mismo tiempo, o por guardar relación estrecha, una disposición legal y otra local o particular, podría entrar a considerarse la de estas últimas, pues así aparecería acusada también una norma sustantiva nacional que da campo para unificar la jurisprudencia nacional sobre la materia.

Por las razones que quedan expuestas, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, que ha sido objeto de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase al Tribunal de origen.

Diógenes Sepúlveda Mejía. — Cástor Jaramillo Arrubla. — Luis Alberto Bravo. — Bertha Salazar Velasco, Oficial Mayor.

I. JORNADA DE TRABAJO EN LAS MINAS. — II. TRABAJO SUPLEMENTARIO

I.—El Departamento Nacional del Trabajo reglamentó, por medio de la Resolución Nº 34 de 1937, aprobada por el Decreto 895 del mismo año, la jornada de trabajo de los trabajadores en las minas de oro, plata y platino, y en el artículo 42 dijo que el bombero eléctrico quedaba excluído de la ordinaria, pudiendo su jornada prolongarse hasta por doce horas, sin que tenga derecho a sobrerremuneración, en caso de llegar a ese límite, por las horas que excedan de ocho sin pasar de doce, pues este excedente no se considera como trabajo extraordinario que deba ser remunerado especialmente.

II.—Trabajo suplementario o extraordinario en el Derecho del Trabajo, u "horas extras" como se le denomina en nuestro lenguaje común, es el que se presta por el asalariado después de cumplir su jornada ordinaria de trabajo. Pero hay excepciones a esta norma general, de modo que si un trabajador está excluído de esa jornada, la ley permite que trabaje más de las horas que la constituyen y que en nuestro país son de ocho, sin que por ese hecho se entienda su trabajo que exceda de ellas como suplementario o extraordinario, precisamente en virtud de la excepción expresa para determinada clase de labores, empleos y oficios. Y es que hay actividades que no pueden quedar sometidas al límite de las ocho horas, por su naturaleza e índole especiales, y por ello se instituyen las excepciones que permiten trabajar, sin quebranto de la ley, más de las ocho horas de la jornada máxima legal u ordinaria. En esos casos de excepción las horas que excedan de ocho y no pasen del límite máximo especial, no pueden denominarse trabajo suplementario y no tienen, por lo tanto, remuneración adicional, o sobrerremuneración. Salvo que excedan de ese nuevo límite máximo, doce horas, pues las que pasen de esas doce sí se consideran como suplementarias o extraordinarias u "horas extras", con remuneración especial o sobrerremuneración.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Bravo)

Bogotá, seis de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete.

(Redactaron los Magistrados Bravo y Jaramillo A.)

Alejandro Quintero demandó por medio de apoderado a la Compañía Frontino Gold Mines, Limited, para el pago de la suma de $ 1.388.75, por concepto de trabajo ejecutado en horas extraordinarias.

En su demanda afirmó el actor que prestó servicios a la Empresa demandada desde el 4 de diciembre de 1940 hasta el 8 de mayo de 1944, como bombero eléctrico, con un salario de $ 2.00 diarios y que durante ese tiempo su jornada fue de 12 horas diarias, esto es, que trabajó 4 horas extras cada día.

El Juez del Trabajo de Segovia, en sentencia de fecha 6 de junio de 1946, absolvió a la Empresa demandada por considerar que de acuerdo con la letra c) del ordinal 3º del artículo 42 de la Resolución 34 de 1937, emanada del Departamento Nacional del Trabajo, los encargados de los motores y bombas en las minas están exceptuados de la jornada máxima legal.

Ordenada la consulta, en virtud de lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 6ª de 1945, por haber sido la decisión adversa a las pretensiones del trabajador, conoció del negocio el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, que revocó el fallo de primera instancia y en su lugar condenó a la Empresa demandada al pago de la cantidad reclamada por el actor. Salvó su voto el Magistrado doctor Córdoba.

Interpuso recurso de casación el apoderado de la Empresa. Concedido, admitido y tramitado, se examina ahora la demanda de casación.

Tres cargos formula, de los cuales sólo se estudiará el primero por encontrarse probado.

Primer cargo

Invoca la causal primera de casación. Dice que la sentencia recurrida violó la ley sustantiva por infracción directa e interpretación errónea.

El recurrente transcribe el siguiente párrafo de la providencia acusada.

"Este Tribunal va a hacer justicia calificando las labores del bombero eléctrico de las minas, como una de las que la ley autoriza para

que se prorrogue hasta por doce horas, pero sin perjuicio de que quien la exige o tolera, pague la sobrerremuneración correspondiente al exceso".

Y continúa así el cargo:

"Cuando el Tribunal reconoce que las labores de un bombero eléctrico son de las que el legislador autoriza para que su jornada no se cumpla en las ocho horas, que es común a la mayoría de los trabajos, implícitamente está aceptando que el señor Quintero no tenía derecho a que se liquidaran horas extras. Para llegar a conclusión contraria hubo de quebrantar elementales principios de lógica jurídica.

"El concepto de horas que consagra nuestra legislación del trabajo es un concepto eminentemente relativo, toda vez que se está refiriendo a la jornada ordinaria de trabajo que es y puede ser variable hasta el límite máximo. Si por ley, por convención o por contrato individual, por ejemplo, se reduce la jornada ordinaria para una determinada actividad a cuatro horas, toda hora de trabajo que exceda de esas cuatro horas, debe ser remunerada como trabajo suplementario. Contrariamente, si la ley permite para determinadas labores, que su jornada ordinaria se cumpla en un tiempo mayor al de la jornada común, obviamente nos está diciendo que para tener derecho a la sobrerremuneración por concepto de horas extras es menester rebasar el límite fijado por la ley o el reglamento".

"Muy rectamente interpretó el señor Juez de Primera instancia el sentido obvio del literal c) del numeral 3º del artículo 42 de la Resolución 34 de 1937, dictada por el Departamento del Trabajo, cuando concluyó que no debía accederse a hacer las declaraciones que pretendía la demanda".

"Como consecuencia de su error el Tribunal violó el artículo 1º del Decreto 895 de 1934, por interpretación errónea, e infringió directamente el artículo 42 de la Resolución 34 de 1937, originaria del Departamento de Trabajo".

Se considera:

El Decreto 895 de 1934 aprueba la Resolución Nº 1 del mismo año, proferida por la Oficina General del Trabajo, sobre fijación de la jornada máxima de trabajo. La Resolución Nº 34 de 30 de agosto de 1937, emanada del Departamento Nacional del Trabajo y aprobada por el Ministro del ramo, establece el reglamento general del trabajo en las minas de oro, plata y platino.

En ninguno de los cargos en este recurso se plantea el problema de la legalidad o la ilegalidad de la Resolución Nº 34 sobre jornada

de trabajo en las minas, es decir no se propone a este Tribunal el estudio de la aplicabilidad o no aplicabilidad de dicho acto, sino que, por el contrario, se parte de la base de que es un estatuto válido y vigente que se ha infringido y, por lo tanto, debe restabelcerse el imperio de sus normas especiales que el recurrente estima violadas.

Por consiguiente, el Tribunal Supremo no entra a considerar si el Departamento Nacional del Trabajo, tenía atribuciones legales suficientes para dictar la referida Resolución Nº 34 de 1937 y si podía reglamentar situaciones no contempladas especialmente en el Decreto 895 de 1934 sobre jornada ordinaria de trabajo. Este aspecto muy importante no podrá ser analizado aquí porque el recurso de casación se ejercita en cada caso por la Corporación encargada de decidirlo sólo a través de los cargos de la respectiva demanda que lo sustenta, mas no puede entrar la entidad a estudiar aspectos jurídicos distintos de los que en esa demanda se proponen por ser un recurso extraordinario sujeto a la pauta que señale el recurrente, en el que se confronta el fallo acusado y la norma legal que la demanda de casación señala como infringida. Todo lo que se salga de esos límites es extraño a la actividad de la entidad encargada de decidir ese recurso.

Por otra parte, auncuando el recurrente hubiese planteado esos problemas, es decir, si es legal y aplicable o no la Resolución sobre trabajo en las minas, o si prima el Decreto 895 de 1934 sobre ella, tampoco podría el Tribunal Supremo entrar a considerarlos porque en las instancias no se propusieron esos temas y aquí vendrían a asumir un claro carácter de medio nuevo en casación que haría inadmisible su estudio.

Además, la Resolución Nº 34, según su encabezamiento, se profirió "en ejecución de la facultad expresa que le confieren los artículos 2º y 3º de la Ley 73 de 1927, la Ley 12 de 1936 y el Decreto 666 del mismo año", de modo que en atención a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 12 citada, esa providencia es "de obligatorio cumplimiento mientras no sea invalidada por autoridad competente". Y no hay constancia alguna en los autos de que haya sido acusada o declarada nula por la entidad que tiene esa especial atribución.

Por lo tanto que deba el Tribunal Supremo decidir este recurso sin considerar el problema de la validez o nulidad de aquella providencia, de su legalidad o ilegalidad, de su aplicación o no, sino, por el contrario, partiendo de la base de que está vigente y era y es susceptible de ser aplicada.

Hecha esta indispensable consideración previa, se estudia el cargo propuesto.

El sentenciador de instancia acepta que las labores de un bombero eléctrico de minas son de las que pueden prorrogarse válidamente hasta por doce horas, pero exige la remuneración de las horas que excedan de ocho.

La Resolución Nº 34 citada, que interpretó en tal sentido, tiene un capítulo especial, el IV, destinado a reglamentar la jornada en las minas. Inicia esa capítulo el artículo 39 que fija como jornada máxima la de 8 horas diarias y 48 semanales, en los términos de la Resolución Nº 1 de 1934, aprobada por el Decreto 895 del mismo año. Y el artículo 42 preceptúa: "Se declaran las siguientes excepciones a la jornada de trabajo de que trata el artículo 39, por tratarse de labores que no son susceptibles de interrupción. 1º.... 2º.... 3º En las minas de veta: a)... b)... c) Los encargados de los motores, **de las bombas**, de los malacates y de las grúas. Parágrafo. **En estas labores no se podrán exigir más de doce horas de trabajo por día".** (Se subraya).

Al afirmar el Tribunal de Medellín que la labor del bombeo eléctrico de minas de veta puede prolongarse hasta por doce horas diarias está aplicando el parágrafo de ese artículo 42 transcrito y subrayado. Pero al decir y ordenar que se paguen las horas, de esas doce, que excedan de ocho, está deconociendo la regla principal, fundamental, de ese mismo artículo. Es decir, desecha la excepción a la jornada ordinaria que establece la disposición, pero acoge la norma de su parágrafo. Para el Tribunal Supremo esta actitud no es la más jurídica, porque si se le reconoce validez al precepto, no se le puede desarticular y aplicar por partes, sino en su totalidad y en una forma armónica.

El artículo 42 reconoce unas excepciones a la jornada ordinaria en las minas, por tratarse de labores que no son susceptibles de interrupción, y entre ellas están las de los bomberos en las minas de veta, en las cuales no se podrá exigir más de doce horas diarias de trabajo. De acuerdo con esta disposición, tales bomberos no están comprendidos entre los trabajadores cuya jornada ordinaria es solamente de ocho horas diarias sino que por haber quedado incluídos en esa excepción, su labor ordinaria en el día puede exceder de dicho límite, aunque sin pasar de doce. Y por el mismo hecho de estar exceptuados de esa jornada ordinaria, no podrá entenderse que las horas que excedan de ocho sin pasar de doce, sean de trabajo extraordinario que deba serles remunerado especialmente.

Trabajo suplementario o extraordinario en el Derecho del Trabajo, u "horas extras" como se le denomina en nuestro lenguaje común, es el que se presta por el asalariado después de cumplir su jornada ordinaria de trabajo. Pero hay excepciones a esta norma general, de modo que si un trabajador está excluído de esa jornada, la ley permite que trabaje más de las horas que la constituyen y que en nuestro país son de ocho, sin que por ese hecho se entienda su trabajo que exceda de ellas como suplementario o extraordinario, precisamente en virtud de la excepción expresa para determinada clase de labores, empleos u oficios. Y es que hay actividades que no pueden quedar sometidas al límite de las ocho horas, por su naturaleza e índole especiales, y por ello se instituyen las excepciones que permiten trabajar, sin quebranto de la ley, más de las ocho horas de la jornada máxima legal u ordinaria. En esos casos de excepción las horas que excedan de ocho y no pasen del límite máximo especial, no pueden denominarse trabajo suplementario y no tienen, por lo tanto, remuneración adicional, o sobrerremuneración. Salvo que excedan de ese nuevo límite máximo, doce horas en el caso de los bomberos de minas de veta, que se estudia, pues las que pasen de esas doce sí se consideran como suplementarias o extraordinarias u "horas extras", con remuneración especial o sobrerremuneración.

Y siendo una norma especial sobre trabajo en las minas, la Resolución Nº 34 tiene para el problema en estudio una aplicación preferente, fuera de que estaba en vigor cuando se inició el contrato de trabajo del señor Quintero y, por consiguiente, se entendía y entiende incorporada a su relación de trabajo.

Por otra parte, el sueldo de Quintero era mensual, de modo que estando exceptuado de la jornada ordinaria de trabajo, esa remuneración así pactada comprendía todo el trabajo prestado por él hasta por las doce horas autorizadas por la Resolución y que fueron las que trabajó según su propia demanda. Así lo ha resuelto ya esta Corporación en un caso semejante. (Sentencia de fecha veintisiete de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis, juicio de Willy Mieth contra Sociedad Cafetera Colombiana, S. A., "GACETA DEL TRABAJO" Nos. 2 a 4, págs. 92 a 102).

Está, pues, probado el cargo en cuanto a violación del artículo 42 de la Resolución Nº 34 citada y deberá casarse la sentencia recurrida por este motivo.

No puede analizarse el cargo por infracción del artículo 1º del Decreto 895 de 1934, porque esa disposición apruaba la Resolución Nº 1 del mismo año, de la Oficina General del Trabajo, de modo que

equivale a acusar toda esta última providencia y sabido es que en casación no es admisible un cargo por violación de todo un Código, un Decreto o un Estatuto legal, sino que debe señalarse concretamente el artículo o la norma especial infringida.

No hay duda de que la disposición del artículo 42 de la Resolución que se considera violada es sustantiva, por cuanto señala unas excepciones a la jornada ordinaria máxima de trabajo y su carácter es nacional porque regula la actividad en las minas del país.

La sentencia de instancia deberá confirmar el fallo de primer grado, con la adición de absolver a la Compañía demandada del pago de las horas extras reclamadas por el actor, pues no tiene derecho a él por estar dentro de la excepción que se dejó analizada.

Como simple observación se anota que tanto el Juez de Segovia como el Tribunal de Medellín y el salvamento de voto en esta última Corporación hicieron consideraciones acerca de la clase o naturaleza de las funciones de un bombero eléctrico, sin que existiese una sola prueba en el expediente que determinase cuáles son sus precisas labores.

Por otra parte, el fallo del Tribunal de segunda instancia condenó a la Compañía a pagarle una suma de dinero a Alejandrino Quintero y así llama también al demandado el salvamento de voto del Magistrado de ese Tribunal, doctor Córdoba, siendo así que en su demanda dice llamarse Alejandro.

Tampoco hace el sentenciador de segunda instancia ninguna liquidación para ordenar el pago de suma determinada de dinero.

El Tribunal de Medellín habla del "recurso de consulta" que se ordenó por el Juez de instancia, siendo así que la consulta no es un recurso, sino un grado de jurisdicción especial instituído por la ley. (Art 485, C. J.).

En la audiencia de primera instancia, en el Juzgado del Trabajo de Segovia, se transcribieron las alegaciones del apoderado del actor, pero se sintetizaron tanto las del apoderado de la Compañía, hasta el punto de no saberse qué dijo en concreto. Debe corregirse esta informalidad en el futuro, anotándose lo más clara y completamente posible en las actas las razones que en las audiencias expongan ambas partes.

En atención a lo expuesto, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida el 13 de diciembre de 1946 por el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, que ha sido objeto del presente recurso, y, en su lugar, CONFIRMA la de

primera instancia, dictada por el Juez del Trabajo de Segovia el 6 de junio del mismo año, con la adición de que SE ABSUELVE a la Compañía Frontino Gold Mines de los cargos que le formuló el señor Alejandro Quintero en su demanda.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase al Tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo. — Diógenes Sepúlveda Mejía. — Cástor Jaramillo Arrubla. — Guillermo Martínez R., Secretario.

El Tribunal Supremo del Trabajo ha dicho en fallos anteriores que no todo cargo por error de derecho es aceptable en casación. Es viable esta acusación, en asuntos laborales, cuando se ha admitido un medio probatorio distinto de aquel que la ley señala expresamente para establecer el hecho de que se trata; vale decir, que se pretenda acreditar su existencia con pruebas que no son las autorizadas para el efecto. Así, por ejemplo, si se trata de establecer con testimonios la existencia de un pacto colectivo, que debe constar por escrito, o la celebración de una compraventa de bienes raíces, o la existencia de una sociedad comercial, pues el medio probatorio no sería el adecuado, se incurriría en error de derecho, y como consecuencia se podría llegar a la violación de la disposición legal respectiva. Pero si el medio probatorio es adecuado y de lo que se trata es de su estimación, no cabe la acusación por error de derecho, porque el juzgador tiene autonomía para hacer esa estimación dentro del criterio de la libre apreciación que la ley le confiere.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Sepúlveda Mejía)

Bogotá, seis de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete.

El doctor Castrillón, propietario en la ciudad de Medellín de la "Farmacia Internacional" fue demanado ante el Juzgado 1º del Trabajo de dicho lugar por el señor Carlos Eusse quien había estado a su servicio como empleado, a fin de que le pagase algunas prestaciones sociales, basado en el hecho de que habíase visto obligado a retirarse del cargo, debido a la conducta observada para con él por su patrono.

El Juzgado del conocimiento desató la litis así:

1.—El doctor Antonio Castrillón H., demandado, pagará al señor Carlos Eusse, demandante, la suma de ciento cuarenta y tres pesos

con ochenta y tres centavos ($ 143.83), por concepto de la prestación social de cesantía.

2.—El doctor Antonio Castrillón H., demandado, pagará al señor Carlos Eusse, demandante, la suma de sesenta y tres pesos, con setenta y cinco centavos ($ 63.75), como sobrerremuneración por trabajo en domingos y festivos.

3.—El doctor Antonio Castrillón H., demandado, pagará al señor Carlos Eusse, demandante, la suma de quinientos setenta y cuatro pesos con doce centavos ($ 574.12), por trabajo en horas suplementarias.

Esta providencia fue apelada para ante el Tribunal Seccional del Trabajo, entidad que con fecha once de abril de este año le hizo una pequeña reforma en lo relativo a la sobrerremuneración por días festivos y dominicales y en lo demás la confirmó.

El recurso

El demandado, no conforme con la sentencia del Tribunal, ha interpuesto el recurso de casación, y como se ha tramitado en debida forma y es llegado el momento de decidirlo, para ello se harán las debidas consideraciones, mediante el examen de la demanda que ha presentado el apoderado del doctor Castrillón H.

La demanda

En extenso escrito, el doctor Pedro Serna Botero ha formulado la demanda de casación respectiva. En el capítulo primero ha hecho la historia del negocio, y, al referirse a la sentencia acusada, dice que se basa ella en la prueba testimonial, que el recurrente encuentra deficiente en grado sumo. El capítulo segundo se refiere a este mismo aspecto de la cuestión y en él puntualiza las disposiciones legales que estima fueron violadas por la providencia objeto del recurso.

"Prestación de cesantía". "Acuso el fallo recurrido, dentro de la causal primera de casación a que se refiere el art. 520 del C. J., por ser violatorio de la ley sustantiva, bajo el concepto de infracción indirecta de las disposiciones contenidas en los artículos enunciados en el rubro (art. 14 ord. c). L. 10 de 1934 y art. 12 ord. f) Ley 6ª de 1945) infracción esta que indujo al Tribunal de instancia a cometer error de derecho, originado en la errada apreciación o estimación de las pruebas aducidas en el debate, error, que, por otra parte,

aparece de manifiesto en los autos, como habré de demostrarlo en seguida".

A continuación sostiene el recurrente que el error consistió en considerar como despido injustificado el del demandante, con fundamento en las declaraciones de los testigos que depusieron en el juicio.

Examina los testimonios aducidos por los señores Gilberto Trujillo, Alfonso Gil, Francisco Jaramillo, Arturo Hurtado Montoya, Jorge Gil y Manuel Fernández Gómez, para llegar a la conclusión de que "en los autos no obra ni siquiera declaración del testigo Trujillo, con la cual se pueda establecer el hecho del retiro forzoso por parte del señor Eusse, ya que este declarante, al exponer sobre ese hecho, lo hace en virtud de las apreciaciones mentales y de las conclusiones que derivó del incidente entre demandante y demandado; cuestiones estas que son, como ya quedó demostrado en otro lugar, ajenas a la prueba de testigos".

"Trujillo en su calidad de testigo, no fundamenta en ninguna forma aceptable sus afirmaciones en orden a la fijación de las causas que determinaron el retiro forzoso del señor Eusse. De modo que esta declaración no puede constituír plena prueba del hecho que en ella se testifica; máxime cuando de la exposición de los demás declarantes puede llegarse a la existencia de que su retiro fue absolutamente involuntario".

"En conclusión se tiene que se apreció erróneamente la prueba que sirvió de base a la demostración de este hecho, y que de esa errónea estimación, contraviniendo a los preceptos que regulan las pruebas judiciales, en especial el que se contiene en el art. 697 del Código de la materia, se llegó por parte del Tribunal de instancia a la comisión de error de derecho, declarando en la sentencia recurrida la obligación a cargo de mi poderdante, de pagar a Eusse el auxilio de cesantía, violando así la ley sustantiva por infracción directa de los textos que ya se dejaron citados".

Se examina el cargo

La acusación contra la sentencia del Tribunal se dirige a impugnar la valoración de la única prueba tenida en cuenta para basar las conclusiones a que llegó el fallador, atendido su contenido intrínseco. Que el testimonio del señor Gilberto Trujillo, por sí sólo no puede tenerse como plena prueba de los hechos generadores de la mala conducta del patrono, por la circunstancia de que ese testimonio envuelve únicamente apreciaciones personales del testigo, y no se re-

fiere concretamente a hechos. Como la tarifa legal de pruebas no es estrictamente obligatoria en la apreciación de las que se produzcan ante la Justicia del Trabajo, se entiende que una sola declaración, según el mérito que ella arroja puede ser tenida como plena prueba. Aquí ya no se trata del medio probatorio sino del valor asignado a la prueba. El ataque, por consiguiente, se refiere al contenido del testimonio, para establecer si tiene o no el valor que el Juzgador le ha dado.

Al considerar el Tribunal que la prueba aducida sirve pra establecer el retiro obligado del trabajador, según el valor que le ha reconocido, ha incurrido en un error de derecho, como afirma el recurrente. Pero acontece que en sentir de esta Corporación, el error de derecho, en asuntos laborales, no es viable en casación sino cuando se ha admitido un medio probatorio distinto de aquel que la ley señala expresamente para establecer el hecho de que se trata; vale decir, que se pretenta acreditar su axistencia con pruebas que no son las autorizadas para el efecto. Así, por ejemplo, si se trata de establecer con testimonios la existencia de un pacto colectivo, que debe constar por escrito, o la celebración de una compraventa de bienes raíces, o la existencia de una sociedad comercial, pues el medio probatorio no sería el adecuado, se incurriría en error de derecho, y como consecuencia se podría llegar a la violación de la disposición legal respectiva. Pero si el medio probatorio es adecuado y de lo que se trata es de su estimación, no cabe la acusación por error de derecho en asuntos del trabajo, porque el Juzgador tiene autonomía para hacer esa estimación dentro del criterio de la libre apreciación que la ley le confiere.

Ya este Tribunal, en sentencia de fecha 27 de noviembre de 1946, se expresó sobre el particular así:

"Error de derecho. No todo cargo por error de esta naturaleza es aceptable en casación del trabajo".

"En efecto, él tiene lugar en este recurso —según se expresó al principio— cuando se le da a una prueba un valor o mérito distinto del que la tarifa legal respectiva le señala, o cuando deja de apreciarse una prueba y se viola, en consecuencia, el precepto legal, que le asigna un determinado valor probatorio: es decir, este cargo gira al rededor de una tarifa legal de pruebas que desaparece en los juicios del trabajo como obligatoria, y, por lo tanto, como elemental y lógica consecuencia, también debe desaparecer el cargo por error de derecho en el recurso de casación en materia laboral, cuando se basa en la violación de un tarifa cuya aplicación no es estricta en estos asuntos.

"Pero sí es aceptable el cargo en la casación del trabajo, por error de derecho, en la estimación de una prueba, 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 sustancial para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba sino por este último medio. Y viceversa, también existe cuando deja de aplicarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo".

"Una cosa es que la ley exija un determinado medio de prueba único y exclusivo para demostrar la existencia de un acto o contrato, pues esta formalidad se refiere únicamente a los medios legales de prueba y otra muy diversa es la que la ley autorice a los Jueces del Trabajo para apreciar las pruebas libremente, sin sujeción a la tarfifa legal porque esta norma se refiere únicamente a desechar en estos juicios "la reglas probatorias" o cartabón estricto para estimar su mérito probatorio. No hay, pues, que confundir los medios de prueba con su valor o con la libertad para estimar su fuerza probatoria".

Aplicando estas ideas al caso que se estudia se tiene que el medio probatorio —declaraciones de testigos— es adecuado para establecer el hecho del retiro del empleado que en estas diligencias figura como actor, sin que ello signifique que este Tribunal no considere de mucho valor las observaciones que hace el recurrente acerca de los peligros que ofrece la prueba testimonial, especialmente cuando se trata de casos como el que se estudia. Pero los Tribunales de instancia son soberanos en la apreciación de las pruebas que ante ellos se aduzcan, y solamente cuando de su equivocada estimación resulta ostensible un error de hecho, como sería en este caso el de dar por establecida la causa del despido de un empleado, cabría la acusación del fallo en casación.

Si, pues, en este negocio no se acusa por error de hecho el fallo recurrido, caso en el cual sí le sería dable a este Tribunal entrar a examinar las pruebas señaladas por la demanda para saber si su valoración fue deficiente y condujo a una violación legal, porque la mala conducta o la falta grave que el Juzgador creyó encontrar demostrada dentro de la declaración de Trujillo, como causa del retiro forzoso del empleado, es una cuestión de hecho y no de derecho, el cargo aparece mal formulado y no será suficiente para producir la infirmación de la sentencia acusada.

Segundo cargo

Trabajo en días domingos y festivos. Violación de los arts. 5º de la Ley 57 de 1926, 1º de la Ley 35 de 1939 y 7º de la Ley 6ª de 1945.

"Acuso, dice el recurrente, el fallo que está sometido al recurso interpuesto, dentro de la causal primera de casación, de que trata el art. 520 del C. de Procedimiento Civil, como violatoria de la ley sustantiva, bajo el concepto de infracción indirecta de los mandatos contenidos en los arts. enunciados inmediatamente, infracción ésta que fue la que determinó al Tribunal a cometer **error de derecho** (se subraya) cuyo motivo se origina en la errada estimación o apreciación de las pruebas que se aportaron al proceso, y que por lo demás aparece claro y manifiesto en los autos, como se verá por lo que voy a exponer en seguida...".

El tercer cargo es relativo a la violación del art. 3º parágrafo 3 de la Ley 6ª de 1945, que determina lo referente al pago de horas extras.

También acusa por error de derecho.

Idénticas razones existen con respecto a los demás cargos por contener acusaciones por error de derecho, no de hecho, y por lo mismo no será necesario agregar otras a las que ya quedan expuestas, para llegar a la conclusión de que aquéllos tampoco podrán prosperar.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, que ha sido objeto del presente recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase al Tribunal de origen.

Diógenes Sepúlveda Mejía. — Luis Alberto Bravo. — Cástor Jaramillo Arrubla. — Bertha Salazar Velasco, Oficial Mayor.

I. PRUEBAS EN CASACION. — II. NOTIFICACIONES

I.—Presentadas las pruebas en casación, no es el caso de considerarlas, ya que, como es bien sabido, este recurso no es una tercera instancia en la que puedan aducirse las que no se allegaron al juicio en su debida oportunidad, sino un medio extraordinario de impugnación del fallo, en el cual el debate se produce entre los términos de éste y las normas legales que se estiman quebrantadas.

II.—En conformidad con el art. 307 del C. J., no hay proviencias que estén exceptuadas del requisito de la notificación ni es legal la práctica de ordenar su cumplimiento sin que se hayan notificado.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Bravo)

Bogotá, seis de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete.

El recurso de casación que va a decidirse fue propuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia que dictó el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá en el juicio adelantado por José del Carmen Camacho a la Asociación Cooperativa de Autobuses Urbanos, de esta ciudad, para el pago de auxilio de cesantía y remuneración de horas extras, dominicales y vacaciones.

Antecedentes:

José del Carmen Camacho afirma que prestó sus servicios a la Empresa demandada, como empleado de control y despachador, desde el 1º de abril de 1938 hasta el 24 de marzo de 1943, con un sueldo medio mensual de $ 43.75; que su jornada de trabajo, en los dos primeros años, se iniciaba a las cinco de la mañana y terminaba a las siete de la noche, inclusive los días festivos, con sólo una hora de descanso para almorzar; que en los tres años siguientes la jornada fue de diez horas, o sea de dos horas extras diarias; que en todo el tiempo en que estuvo al servicio de la Empresa, trabajó, en los días domingos, sin que le fuera pagado el salario correspondiente

ni se le concediera descanso compensatorio, y que su retiro obedeció a la exigencia de nuevas condiciones de trabajo, que el actor no encontró aceptables.

Fundándose en la Ley 10 de 1934, en el Decreto 895 del mismo año y en la Ley 45 de 1939, pidió el pago de $ 218.75, por concepto de cesantía correspondiente a cinco años; $ 21.00, por las vacaciones del último año de servicio; $ 817.20, por 2.880 horas extras diurnas trabajadas en los dos primeros años de labor; $ 612.90 por 2.160 horas extras nocturnas trabajadas en los tres últimos años y $ 973.70 por trabajo dominical durante todo el tiempo de servicio

El Juzgado de primera instancia, que lo fue el Segundo Municipal del Trabajo de Bogotá, condenó a la Empresa demandada al pago de las siguientes prestaciones:

"a) El auxilio de cesantía correspondiente al tiempo que se determine haberse trabajado en la Empresa, a razón de un mes de sueldo por cada año de servicio y proporcionalmente por la fracción de año. El valor se estimará de acuerdo con el sueldo que se establezca haberse devengado en los tres últimos años;

"b) Al pago de un mes de sueldo correspondiente al último año de servicio y por concepto de vacaciones;

"c) Al pago de dos mil ciento noventa horas de trabajo extra diurno, correspondientes a los tres últimos años de servicio, con un 25% de recargo sobre el valor de cada hora de trabajo ordinario y de acuerdo con el sueldo que se establezca para este período;

"d) Al pago de las horas extras diurnas correspondientes al servicio efectuado en el resto del tiempo total y que se determine, a razón de tres horas diarias con base en el sueldo que se establezca para tal período, con un recargo del 25% sobre el valor de la hora de trabajo ordinario;

"e) Al pago de los días domingos que se determinen, con base en el sueldo que se establezca en cada período y con un valor adicional equivalente a un día de trabajo.

"Parágrafo. En la ejecución de este fallo se apreciará el monto líquido a que asciendan las prestaciones decretadas, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 553 del C. J.".

En virtud de apelación interpuesta por el apoderado de la Empresa, conoció del negocio el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogota, que lo falló así:

"1º—Confírmase en todas sus partes la sentencia dictada el 16 de junio de 1945 por el Juez Segundo Municipal del Trabajo en el juicio de José del Carmen Camacho contra la Asociación Cooperati-

va de Autobuses Urbanos, en lo referente a las prestaciones y salarios a que la entidad demandada se encuentra obligada.

"2º—Para efectos del pago de tales prestaciones, se deberá tener en cuenta que el contrato de trabajo comenzó el 16 de abril de 1938 y terminó el 24 de marzo de 1943.

"3º—En el momento de la liquidación se tendrán en cuenta los salarios que hubiere devengado el demandante durante la vigencia del contrato de trabajo.

"4º—El pago de las prestaciones y salarios a que se refiere este fallo se hará ante el Juez del Trabajo del conocimiento, dentro de los tres días siguientes a la aprobación de la liquidación".

El recurso

El recurrente invoca las causales 1ª, 2ª y 6ª del art. 520 del Código Judicial y en capítulos separados formula tres cargos, que se examinarán a continuación.

Primer cargo.—Sostiene el recurrente que la sentencia es violatoria de la ley sustantiva, por aplicación indebida de la misma, en cuanto condena a la Sociedad demandada a pagar al actor un trabajo extraordinario que dice haber ejecutado mientras prestó sus servicios, siendo así que se trata de un trabajador excluído de la jornada máxima legal y por lo mismo sin derecho para cobrar esa remuneración adicional.

Alega el recurrente que el actor como empleado de control y despachador, carácter que tuvo según lo confiesa él mismo en la demanda, ejercía funciones de supervigilancia, dirección y confianza, viniendo a ser el sustituto del Gerente en todo lo relacionado con la ordenada marcha de los vehículos y la buena prestación del servicio. "A su autoridad —agrega— estaban sujetos los choferes, los cobradores y demás personal de rodamiento de buses; impartía órdenes; ordenaba la partida de los carros o bien el retiro de ellos de determinada ruta; imponía sanciones a sus subalternos; hacía los cambios de personal, en casos de necesidad; y en general era el encargado de disponer todo lo conducente en el sentido de prestar al público un oportuno y eficiente servicio".

Habría pues una violación del artículo 2º del Decreto 895 de 1934 (sic) que excluye de la jornada máxima de trabajo a las personas que ocupen puestos de supervigilancia o dirección o que desempeñen oficios de confianza o de manejo.

Por otra parte, el recurrente alega la excepción de prescripción

respecto del trabajo extraordinario que hubiere podido ejecutar el demandante con anterioridad al 9 de mayo de 1940, esto es, con una retrospectividad mayor de cuatro años a partir de la misma fecha de 1944, en que se notificó al Gerente de la Empresa el primer auto recaído sobre la demanda, interrumpiéndose así la prescripción extintiva del derecho a cobrar los respectivos salarios, según lo que dispone el artículo 4º de la Ley 165 de 1941.

Se considera:

La determinación de las funciones que hubiese tenido a su cargo el actor y de las cuales puede deducirse si estaba o no exceptuado de la jornada máxima de trabajo, es una cuestión de hecho que correspondía decidir al fallador, de conformidad con las pruebas allegadas al juicio.

Sólo cuando el sentenciador de instancia incurre en error manifiesto de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas y se alega así en casación, puede en este recurso estudiarse el problema.

Pero como el recurrente manifiesta reiteradamente en su propia demanda de casación y en un extraño capítulo preliminar intitulado "Análisis crítico de las pruebas del actor" que no es su ánimo "fundar el presente recurso en violación de la ley por apreciación errónea de las pruebas", el cargo aparece mal planteado porque se basa en la confesión hecha por el actor en su demanda acerca de la clase o naturaleza de sus servicios. Pero para que hubiera sido completa esta acusación ha debido el recurrente atacar el fallo del Tribunal Seccional por error de hecho manifiesto por falta de apreciación de esa prueba de confesión o por su errónea apreciación.

Como no lo hizo así, el cargo no se ajusta a la técnica de casación y por lo tanto no es el caso de examinarlo.

Por otra parte, la Empresa no discutió en las instancias, ni las respectivas sentencias consideraron el carácter de empleado de dirección o confianza del actor, para que se le excluyera de la jornada ordinaria de trabajo, de modo que este asunto constituye un medio nuevo en casación que no puede ser estudiado en este recurso.

En cuanto a la prescripción, que, dicho sea de paso, ha debido ser materia de cargo separado, es necesario no perder de vista que la sentencia acusada, en el numeral 2º dice así:

"Para efectos del pago de tales **prestaciones**, se deberá tener en cuenta que el contrato de trabajo comenzó el 16 de abril de 1938 y terminó el 24 de marzo de 1943".

Ahora bien: como en el numeral 1º confirma la sentencia del inferior "en lo referente a las **prestaciones** y **salarios** a que la entidad

demandada se encuentra obligada", aparece claro que distinguió entre unas y otros, y que, en consecuencia, no quedaron comprendidos los salarios por trabajo en horas extras en el numeral 2º

Por consiguiente, debe entenderse que la condenación por tales salarios sólo contempla los que no hayan prescrito de acuerdo con el artículo 4º de la Ley 165 de 1941, en armonía con el 2535 del C. C.

La anterior aclaración se tendrá en cuenta al hacer la liquidación final.

Es de advertir, por último, que si se ha estudiado este aspecto de la acusación es por amplitud, pues carece de los requisitos propios de la técnica de casación.

No se acepta el cargo.

Segundo cargo.—Creé el recurrente, con base en la 2ª causal de casación que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, por cuanto el actor pidió el pago de la cantidad de $ 21.87 por las vacaciones del último año de servicios y en la sentencia de primer grado, confirmada en este punto por la que se acusa, se condena a la Sociedad demandada a pagar al demandante "un mes de sueldo correspondiente al último año de servicios y por concepto de vacaciones".

Quedó confirmada así una condenación **ultra petita,** según el recurrente, ya que mientras el demandante exigía las vacaciones de un año, esto es, quince días de salarios, el juzgador le decretó un mes, o sean las vacaciones de dos años.

Se considera:

La sentencia acusada, al confirmar la de primera instancia en lo relativo a vacaciones, condenó al pago de las del último año de servicio, en consonancia con la petición respectiva, pero por un error inexplicable fijó un mes de sueldo en vez de quince días, que es lo que corresponde a ese tiempo.

Será, pues, necesario corregir el error anotado, y con ese fin habrá de casarse parcialmente la sentencia.

Tercer cargo.—Asevera el recurrente que el sentenciador incurrió en la causal 6ª de casación, consistente en nulidad de todo lo actuado por incompetencia de jurisdicción, puesto que entre la Sociedad demandada y sus trabajadores existía, en la época en que se inició este juicio, un pacto colectivo celebrado con intervención de la Oficina del Trabajo de Cundinamarca, mediante el cual se creó una **Comisión arbitral** encargada de dirimir las controversias que pudieran suscitarse entre las dos partes. Dicho pacto fue suscrito el 6 de

agosto de 1942 y posteriormente, el 4 de noviembre del mismo año, en un nuevo pacto se dijo, haciendo referencia a la Comisión Arbitral:

"**Cuarto.**—Con el fin de darle a la Comisión de Conciliación y Arbitraje una reglamentación acorde con los deseos del Gobierno y de las partes, se acuerda lo siguiente:

"**La Comisión de Conciliación y arbitraje de la "ASOCIACION COOPERATIVA DE AUTOBUSES URBANOS LIMITADA,** de esta ciudad, creada en el pacto de 6 de agosto último, e integrada conforme a los términos del punto 6º del referido pacto, funcionará con carácter permanente y **tendrá las funciones que se enumeran en seguida:**

a)—**Conocer de los problemas que surjan entre la Asociación Cooperativa de Autobuses Urbanos y sus trabajadores, con motivo de la aplicación, ejecución e interpretación de los convenios de trabajo existentes o que se lleven a cabo en el futuro;**

b) **Conocer y solucionar aquellos negocios de carácter individual que surjan con motivo de la interpretación, aplicación o ejecución de los mismos convenios;**

c) Fallar arbitralmente las cuestiones que no habiendo sido dirimidas por medio de acuerdo o decisiones amistosas, sean sometidas a su estudio por las partes, salvo en cuanto se trate de pliegos de peticiones de carácter colectivo, negocios que serán tramitados de acuerdo con el procedimiento indicado en la Ley 21 de 1920". (En seguida se señala el procedimiento que debe observarse por la Comisión Arbitral en desarrollo de sus funciones).

El referido Tribunal de Arbitramento —dice el recurrente— constituído de acuerdo con la ley, cuya imparcialidad y seriedad estaban garantizadas no sólo por la representación paritaria de la Empresa y de los trabajadores, sino por la circunstancia muy especial de hallarse presidido por un alto funcionario del Estado, ejerció sus funciones hasta el día en que se creó la jurisdicción especial del trabajo por la Ley 6ª de 1945, esto es, hasta el 19 de febrero de ese año, siendo por consiguiente la única autoridad competente para conocer y decidir en forma privativa las prestaciones del actor, dada la fecha en que se inició la acción.

Cita, además, el art. 1º de la Ley 45 de 1939 en el que se dispone que las controversias que se presentan por razón de la aplicación de las leyes sobre accidentes de trabajo, pensiones de jubilación, etc., se tramitarán por el procedimiento verbal de que trata el Título 46 del Libro 2º del C. J., "**siempre que la solución de dichas**

controversias no esté contemplada en un contrato colectivo escrito", lo que indica que el legislador atribuyó "jurisdicción privativa a los organismos creados de común acuerdo por las partes para dirimir sus discrepancias en materia de derechos u obligaciones emanadas del contrato de trabajo, de la ley o de las estipulaciones colectivas...".

De todo lo dicho concluye el recurrente que es nulo lo actuado en este juicio, por incompetencia de jurisdicción y solicita al Tribunal Supremo que así lo declare.

Además del poder que le fue conferido, el recurrente acompaña a su demanda, "a fin de que sean tenidos en cuenta en su valor probatorio en el momento de fallar", los siguientes documentos:

"1.—Copia auténtica, expedida por funcionario compentente, del pacto suscrito entre la Cooperativa y sus trabajadores el día 6 de agosto de 1942, mediante el cual se creó el Tribunal arbitral a que me he referido en este escrito;

"2.—Copia auténtica, expedida por el Secretario de la Oficina del Trabajo de Cundinamarca, del pacto suscrito entre la Sociedad demandada y sus colaboradores con la intervención de altos funcionarios del Estado, mediante el cual se reglamentaron en debida forma las funciones de la referida comisión de conciliación y arbitraje;

"3.—Copia auténtica del pacto suscrito ante la Oficina del Trabajo de Cundinamarca el día 13 de noviembre de 1946 entre la Cooperativa y sus dependientes, por medio del cual se hizo revivir el Tribunal de arbitramento que existía hasta el 19 de febrero de 1945, con idénticas facultades; y

"4.—Copia auténtica del fallo proferido por el Tribunal del Trabajo de Bogotá el día 30 de octubre del pasado año, mediante el cual en idénticas circunstancias decretó la nulidad por incompetencia de jurisdicción en el juicio seguido por Gabriel A. Rodríguez contra Cooperativa de Buseses Ltd.".

Se considera:

La existencia de un tribunal de arbitramento, cuando se pretenda que a éste se ha atribuído por medio de una convención colectiva el conocimiento de un negocio llevado ante la justicia ordinaria, es un hecho que debe ser revelado y demostrado en el período de instancia con el objeto de que el respectivo Juez, en vista de los términos de la convención, decida lo relativo a su competencia.

Presentadas las pruebas en casación no es el caso de considerarlas, ya que, como es bien sabido, este recurso no es una tercera instancia en la que puedan aducirse las que no se allegaron al juicio en su debida oportunidad, sino un medio extraordinario de impug-

nación del fallo, en el cual el debate se produce entre los términos de éste y las normas legales que se estiman quebrantadas.

En consecuencia, se rechaza este cargo.

Las razones expuestas al examinar el segundo cargo sirven de base para el fallo de instancia en lo relativo al pago de las vacaciones correspondientes a un año de servicio, causadas y no disfrutadas. De acuerdo con la ley (ordinal a) del artículo 14 de la Ley 10 de 1934) son quince días, que serán compensados en dinero.

Antes de fallar y a título de simple observación se le recuerda al Tribunal de Bogotá que no hay providencias que estén exceptuadas del requisito de la notificación ni es legal la práctica de ordenar su cumplimiento sin que se hayan notificado. (Art. 307 C. J.).

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia acusada en el sentido de ordenar que se pague al recurrente la cantidad correspondiente a quince días de salario por concepto de vacaciones causadas y no disfrutadas en razón de un año de servicio. No se casa en lo demás.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo. — Diógenes Sepúlveda Mejía. — Cástor Jaramillo Arrubla. — Bertha Salazar Velasco, Oficial Mayor".

La apreciación que de la confesión extrajudicial haga un Tribunal sentenciador, en virtud de la facultad especial que le confiere el artículo 608 del Código Judicial, es intocable en casación, pues aquél es soberano para calificar esa confesión, según las circunstancias que la rodeen.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Luis Alberto Bravo)

Bogotá, diciembre seis de mil novecientos cuarenta y siete.

Carlos Manrique demandó a la sociedad de hecho "Eguía & Vásquez", domiciliada en esta ciudad, para el pago de la suma de $ 547.00 por concepto de un accidente de trabajo, que según dice le trajo como consecuencia una hernia inguinal doble.

Fundó su demanda en los siguientes hechos:

Prestó sus servicios a la Sociedad demandada desde el año de 1938 hasta el de 1945, en que se retiró porque aquélla consideró innecesarios sus servicios.

En el mes de marzo de 1942, en el desempeño de sus funciones y por orden del señor José Vásquez, director en esa época de los trabajos de la Empresa, hubo de ayudar a uno de sus compañeros a levantar una tubería para trasladarla de una camioneta al depósito correspondiente. Con ese fin tuvo que realizar un esfuerzo desde todo punto de vista superior al normal; inmediatamente sintió un fuerte dolor en la ingle derecha y como el dolor se hacía cada vez más intenso, dio noticia de ello a Abraham Rodríguez, quien manejaba la camioneta y a Jesús María García, otro de sus compañeros de trabajo.

El médico doctor V. Durán Restrepo, consultado sobre el particular, le ordenó la inmediata hospitalización y le dio al efecto una recomendación para el Hospital de San José. El 17 de marzo de 1942 ingresó a dicho Hospital y allí fue sometido a una intervención quirúrgica para reducirle la hernia inguinal doble, que fue la consecuencia del referido accidente.

La Empresa, no obstante haber recurrido el interesado a las autoridades administrativas de trabajo, se negó a cubrirle la respectiva indemnización legal.

Conoció del negocio en primera instancia el Juzgado 3º del Trabajo de Bogotá, cuyo fallo condenó a la Sociedad demandada a pagar al actor por concepto de indemnización de accidente de trabajo la suma de $ 408.00, correspondientes a ocho meses de salarios a razón de $ 60.00 mensuales, menos 36 días.

Igualmente la condenó a pagar las costas del litigio.

En virtud de apelación interpuesta por el apoderado de la parte demandada subieron los autos al Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, entidad esta que en sentencia de fecha 11 de abril del presente año revocó la del inferior y absolvió a la parte demandada de los cargos formulados en la demanda.

Contra la sentencia de segunda instancia interpuso recurso de casación el apoderado de la parte demandante, por considerar que dicha decisión implica cuestiones fundamentales de principios en el Derecho del Trabajo. Como tales señaló en el memorial presentado dentro del término de fijación en lista en esta Corporación las que se refieren al concepto de **hernia-accidente** y al de **hernia-enfermedad,** que evidentemente fueron materia del fallo acusado, por lo cual, y teniendo en cuenta su importancia, se dispuso admitir el recurso. Agotada la tramitación de éste, se procede al estudio de los cargos formulados contra la sentencia acusada en la demanda de casación.

El recurrente invoca la causal primera del artículo 520 del C. J., "por ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 663 y 608 de la Ley 105 de 1931 y del artículo 1762 del Código Civil".

Primer cargo

El sentenciador incurrió en error de hecho en la apreciación de una prueba en el siguiente aparte de la sentencia:

"Pero aún más: existen dos hechos cuya significación y valor indiciarios no es posible desconocer. Según la libreta de jornales aportada al proceso, en virtud de prueba pedida y decretada oportunamente por el Juzgado, aparece que el demandante, señor Manrique **trabajó sin solución de continuidad** (subraya el recurrente), del primero al diez y seis de marzo..."; (fs. 107 del cuaderno 1º)

Para el recurrente el error de hecho consiste en deducir que Manrique trabajó sin solución de continuidad en los primeros diez y seis

días del mes de marzo de 1942, porque de la libreta de jornales aportada al proceso y decretada como prueba, aparece que durante todo ese mes le fue pagado el valor de su jornal completo.

Para sustentar el cargo cita el recurrente la constancia que dejó el apoderado de los demandados en la audiencia en que se recibieron las pruebas, visible al folio 22 del cuaderno primero, y que dice así:

"No he negado que durante el tiempo que el señor Manrique permaneció en el Hospital se le reconoció medio jornal como consta en la libreta presentada, que durante dos semanas sólo se le pagó medio jornal que tiene la anotación enfermedad y **he afirmado que durante el tiempo de su restablecimiento aproximadamente un mes sí se le reconoció íntegramente su sueldo como aparece de la misma libreta**" (subraya el recurrente).

Agrega que de los comprobantes visibles a los folios 6 y 9 del cuaderno 1º, aparece que Manrique fue operado el 17 de marzo de 1942 y que sólo salió del Hospital el 1º de abril.

Se refiere, por último, a la siguiente manifestación hecha por el apoderado de los demandados al contestar la demanda:

"Además dejo constancia que durante el tiempo que el señor Carlos Manrique permaneció hospitalizado, los señores Eguía & Vásquez le pagaron íntegramente el sueldo **durante dos meses** (subraya el recurrente) y también pagaron algunos derechos de clínica para que se le atendiera en el mismo Hospital" (pág. 19, cuad. 1º).

De lo dicho concluye el recurrente que Manrique dejó de trabajar desde el día en que sintió el fuerte dolor y se le pronunció la hernia y que si bien se le pagó íntegramente su jornal no fue porque hubiera prestado sus servicios sin solución de continuidad, ya que ello resultaba imposible en la época en que se le operó y permaneció en el Hospital, por lo cual el sentenciador incurrió en violación directa del artículo 663 del Código Judicial.

Se considera:

El Tribunal fallador fundó su decisión adversa al demandante en los testimonios de Abraham Rodríguez y Jesús María García, que encontró deficientes para establecer las circunstancias en que ocurrió el accidente que el actor dice haber sufrido, y también en el hecho de que éste, según aparece de autos, continuó trabajando hasta el 16 de marzo, lo que hubiera sido de todo punto imposible en el caso de que se hubiese tratado de una hernia inguinal, que se caracteriza, conforme lo sostiene el doctor José M. Baena Lavalle, especializado en Medicina Industrial por "una aguda crisis de dolor, pa-

lidez, sudores, angustia, taquicardia, a veces temperaturas poco tiempo después del accidente, con signos peritoneo-intestinales, vómitos, etc., etc.", de lo cual no dan fe los testigos, quienes se limitan a declarar que Manrique les dijo que había sentido una picada en la ingle derecha, afirmación que, por otra parte, no coincide exactamente con la que los mismos testigos hicieron extrajuicio.

El Tribunal se refiere a la libreta de jornales para deducir de ella que el actor continuó trabajando hasta el 16 de marzo, fecha en que ingresó al Hospital, y este hecho, unido a la información que dio el propio demandante para su historia clínica en el sentido de que había notado la presencia de la hernia inguinal desde hacía un mes, le dan base para sostener que no fue demostrado, ni desde el punto de vista jurídico procesal, ni por el aspecto científico la existencia del accidente de trabajo en virtud del cual se le produjo al actor una hernia.

No es, pues, exacto que el Tribunal haya afirmado que el actor trabajó sin solución de continuidad durante todo el mes de marzo de 1942 hasta el primero de abril siguiente porque de las libretas de jornales apareciera que se le pagó en ese lapso salario completo, sino que simplemente estimó que dadas las características de la hernia inguinal doble, no era posible otorgarle crédito a la versión según la cual el accidente que la provocó ocurrió en los primeros días de marzo, porque de ser cierto ello el trabajador hubiera quedado totalmente incapacitado para prestar sus servicios a partir de la fecha misma en que sufrió el referido accidente, y según los indicios que se derivan de la libreta de jornales pudo trabajar y trabajó efectivamente hasta la fecha en que ingresó al hospital para ser operado.

No habiéndose demostrado el cargo por error de hecho en la apreciación de la prueba que señala el recurrente, y como por otra parte, el artículo 663 del C. J., que cita como violado, lejos de ser una disposición sustantiva contiene apenas una regla que hace parte de la tarifa legal de pruebas a cuya observancia no están obligados estrictamente los Jueces de este ramo, conforme al numeral 4º del artículo 3º de la Ley 75 de 1945, ni además se estableció la incidencia que la supuesta violación tuviera sobre determinada norma de la legislación del trabajo, resulta inadmisible el cargo.

Segundo cargo

Cree el recurrente que la sentencia acusada viola el artículo 608 del Código Judicial, por apreciación errónea de una prueba e "inter-

pretación indebida" (sic) del mismo artículo, y dice que el error de hecho consiste en apreciar la información que dio el actor para su historia clínica en el sentido de que había notado la presencia de la hernia inguinal desde hacía un mes, "es decir en el mes de abril de 1942", como una confesión extrajudicial de que no ocurrió el accidente de trabajo en que se fundó la demanda.

Para el recurrente el Tribunal careció de certidumbre acerca de la fecha en que el actor suministró la información de que se ha hablado porque menciona el mes de abril como anterior al de marzo, y la falta de dicho requisito le impedía conferirle mérito de plena prueba a aquella confesión, de acuerdo con el texto del artículo 608 del C. J. y de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia.

Se considera:

El aparte de la sentencia contra el cual se dirige este cargo es el siguiente:

"Si de autos aparece que después del esfuerzo que dice el actor haber realizado y que le produjo la hernia inguinal derecha, según su afirmación, continuó trabajando hasta el 16 de marzo, como lo demuestra la libreta de jornales, y se afirmó, según la historia clínica aportada a los autos, de la cual se desprende una confesión extrajudicial que, a juicio del Tribunal, tiene mérito de plena prueba, de conformidad con el artículo 608 del Código Judicial, que había notado la presencia de dicha hernia inguinal desde hacía un mes, es decir, en el mes de abril de 1942, antes de haber realizado el esfuerzo constitutivo del accidente a que se refiere este proceso, es forzosa la conclusión de que no puede considerarse demostrada, ni desde el punto de vista jurídico-procesal, ni desde el punto de vista científico, la existencia del accidente de trabajo en virtud del cual se le produjo al actor una hernia inguinal doble, amparada por la ley como indemnizable".

El artículo 608 del C. J. dice así:

"La confesión extrajudicial es prueba deficiente o incompleta, y su fuerza es mayor o menor según la naturaleza y las circunstancias que la rodeen, y puede hasta tener mérito de plena prueba si a juicio del Juez que no queda duda alguna acerca de la confesión misma".

Según se dijo al examinar el cargo anterior, la tesis del Tribunal, no rebatida por el recurrente, es la de que la hernia inguinal doble, especie de hernia accidente, que es la que el actor asegura haber sufrido, tiene características especiales que no coinciden con los datos que aparecen de autos, por lo cual se inclina a sostener que en el pre-

sente caso no se trata de una herida-accidente sino de una hernia-enfermedad, esto es que ya existía antes de realizado el esfuerzo a que aluden el actor y los testigos por él presentados.

Así, para el Tribunal es esencial el hecho de que el demandante hubiera notado la presencia de la hernia varios días antes de la operación que se practicó para reducirla y el de que hubiera estado en condiciones de trabajar hasta el día en que se efectuó la operación. Y esos son precisamente los hechos que deduce el Tribunal de la libreta de pago de jornales y de la información dada por el actor con destino a su historia clínica, información a la que le atribuye el alcance de una confesión extrajudicial, con valor de plena prueba, en uso de la atribución que le confiere el artículo 608 del Código Judicial.

Tal apreciación del Tribunal es intocable en casación puesto que proviene de la facultad especial envuelta en la disposición legal citada, en virtud de la cual el Juez sentenciador, es soberano para calificar la confesión extrajudicial según las circunstancias que la rodeen.

Y como la equivocación en que incurrió al mencionar el mes de abril como anterior al de marzo carece de importancia, pues su rectificación se produce con sólo leer otros textos de la misma sentencia, el cargo que se examina tampoco prosperará.

Tercer cargo

Dice el recurrente que si se estudia detenidamente la historia clínica del demandante, se encuentra que no tiene fecha. Por tanto el Tribunal incurrió en error de hecho al inferir de esa prueba que cuando el actor dijo haber notado la presencia de la hernia un mes antes, se refirió al mes que precedió al 17 de marzo fecha del ingreso al Hospital y no al primero de abril, día de la salida. Ese error lo llevó a quebrantar el artículo 1762 del Código Civil, que enseña cuándo los instrumentos privados tienen fecha cierta.

Se considera:

Evidentemente la historia clínica no tiene fecha, y se ignora si la información del actor relativa a la época en que notó la presencia de la hernia, fue dada al ingreso o a la salida del Hospital, aunque es bien sabido que, por razones obvias, los informes de esa clase se solicitan al paciente tan pronto como se hospitaliza.

En todo caso, como se anotó al examinar el cargo anterior, el Tribunal gozaba de plena libertad para analizar las circunstancias

en que se produjo la confesión extrajudicial del actor, sin que esa apreciación pueda ser objeto de casación.

Por lo demás, el recurrente no indica las disposiciones legales sobre trabajo que en su concepto hayan sido infringidas, a tiempo que la misión de este Tribunal Supremo es la de unificar la jurisprudencia en dicha materia.

En consecuencia, se rechaza este cargo.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá con fecha once (11) de abril del corriente año.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase al Tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo. — Cástor Jaramillo Arrubla. — Diógenes Sepúlveda Mejía. — Guillermo Martínez R., Secretario.

REQUERIMIENTO

El cobro privado que el trabajador haga al patrono para que le cubra los salarios y prestaciones que le adeude, no es por sí sólo suficiente a interrumpir la prescripción de ellos; es indispensable un requerimiento, un acto judicial, por medio del cual se amoneste al deudor para que pague lo que adeude. Una gestión privada no constituye un requerimiento legalmente hablando. Requerir significa intimar, avisar o hacer saber una cosa con autoridad pública. Pero para que se produzca el requerimiento no es necesario, de toda necesidad, que se instaure la respectiva demanda, ya que puede haber requerimiento en otras circunstancias. Puede existir un requerimiento extrajudicial, esto es, que no es necesario que se haga por medio de demanda. Pero lo que sí es evidente es que para que el requerimiento tenga valor debe hacerse por medio del respectivo funcionario, mediante la presentación del correspondiente título de la obligación y la consiguiente petición para el pago.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Sepúlveda Mejía)

Bogotá, diciembre quince de mil novecientos cuarenta y siete.

Telésforo Arévalo demandó a la "Empresa Azucarera de Berástegui", a fin de que le pagase la cantidad de trece mil quinientos pesos, por concepto de horas extras trabajadas al servicio de la dicha Empresa, dominicales y auxilio de cesantía.

Con fecha 16 de noviembre del pasado año el Juzgado del Trabajo de Cartagena profirió su sentencia y por medio de ella condenó a pagar las siguientes cantidades:

Por días domingos trabajados, quinientos treinta y cinco pesos; por horas extras, mil doscientos sesenta pesos, y por cesantía doscientos cincuenta y tres pesos. En total la suma de dos mil cuarenta y ocho pesos.

Mas, como esta providencia fue apelada para ante el Tribunal Seccional del Trabajo por el apoderado de la Empresa Azucarera Berástegui, doctor Diógenes Arrieta Arrieta, dicha entidad, en sentencia de fecha cuatro de febrero de este año, reformó la del Juez de primer grado y en su lugar condenó únicamente a pagar a la Empresa demandada la cantidad de ciento noventa y tres pesos con treinta y dos centavos en favor del demandante Arévalo, por concepto de cesantía. Las demás acciones las declaró prescritas.

Contra esta última sentencia se interpuso el recurso de casación por el representante del actor, y habiéndosele concedido se remitieron los autos a esta superioridad.

El recurso

El doctor Carlos Gustavo Arrieta, obrando como apoderado de Telésforo Arévalo ha presentado un memorial, como demanda de casación, en el cual hace algunas consideraciones para demostrar que la sentencia del Tribunal violó el art. 2544 del C. C. lo mismo que el 2.536 de la misma obra. Hace una corta alegación para establecer que la prescripción alegada por la Empresa demandada con respecto a los salarios del demandante se interrumpió.

He aquí los términos de la demanda, en la cual no se hace la debida separación de los cargos y que es más bien un alegato de instancia.

"Para el Tribunal es un hecho evidente que a fines del año de 1941 el señor Arévalo y otros trabajadores exigieron el pago de sus salarios al señor Gerente de la Empresa; que éste se los reconoció y a algunos de ellos no les pagó, pero que a otros, como Arévalo, no pudo hacerlo, porque no tenía a mano la liquidación respectiva. Es decir, hubo reconocimiento de la obligación. Todo ocurrió en las conversaciones que entre el Gerente y empleados tuvieron verificativo (sic) en el local de la Inspección del Trabajo. Sin que los hechos hubieran traspasado los límites de simples conversaciones entre patrón y trabajadores.

"El Tribunal aplica el art. 2544 del Código Civil. Lo considera la única disposición que contempla el fenómeno de la interrupción de la prescripción.

"Dicho procedimiento induce a expresar lo siguiente:

"El Tribunal ha violado por interpretación errónea el art. 2544 del C. C., porque lo hace aparecer como significando que el ordinal 2 que contiene hace menester una demanda judicial, y porque al término o vocablo "requerimiento" le da una extensión que no tiene".

"Requerimiento es cualquier solicitud, cualquier petición. Y así, lo hecho por Arévalo delante de varios trabajadores al señor Gerente es un requerimiento de pago. Otra cosa fuera, y tendría razón el Tribunal, si la disposición expresara "requerimiento judicial".

"El Tribunal ha violado discretamente (sic) (debe ser directamente) el art. 2539 del C. C., porque éste en su inciso 2 prevé para la interrupción natural el hecho de reconocer el deudor la obligación, expresa o tácitamente. El Tribunal se empeñó en no considerar vigente dicha disposición y de ahí la violación directa de él.

"Si el Tribunal, a pesar de que hubo un requerimiento que no fue judicial, no toma en cuenta los preceptos citados últimamente y no acepta que a la prescripción de corto tiempo sucedió la del art. 2536, violó directamente esta disposición y el inciso a que me he referido".

"La sentencia recurrida ha sido violatoria, en la forma indicada, de la ley sustantiva y alego para sostener el recurso el primero de los motivos a que se refiere el art. 520 del Código Judicial".

Se considera:

El escrito que hace de demanda de casación está elaborado echando de menos los requisitos que prescribe el art. 531 del Código Judicial. En efecto, una demanda de casación debe contener un resúmen de los hechos materia del juicio, la expresión de la causal que se invoca, la cita de las disposicines legales que se consideren quebrantadas y el concepto de la violación. Todo ello debe presentarse en forma tal que dé derrotero al Tribunal para el estudio consiguiente, puesto que como en casación se enfrenta la sentencia recurrida con el precepto legal, es obligatorio destacar las partes de aquélla que contengan la violación alegada, a fin de facilitar el análisis que debe hacer la Sala, a efecto de hallar esa infracción.

La demanda es en extremo lacónica y solamente destaca los siguientes apartes de la sentencia:

"Encaremos el segundo aspecto de la prescripción. Fue ésta realmente interrumpida por el cobro hecho al Gerente de la firma comercial demandada en la Inspección Seccional del Trabajo de Cartagena? Ahora bien, el hecho de cobrar personalmente sin intervención mediadora de la autoridad judicial es requerimiento?

Y agrega el recurrente que el Tribunal se basa en una definición de requerimiento que se encuentra en la obra de D. Fernando Vélez, para glosar el siguiente párrafo de la sentencia:

"Conforme a la definición y opinión citada es el acto judicial de la demanda lo que interrumpe la prescripción y no el simple cobro. Y esta es la interpretación del Tribunal, ya que si el simple pedido

de pago la interrumpiera, la ley lo hubiera dicho como dijo en el ordinal 1º, la concesión de plazo por el acreedor que es un acto no judicial sino particular, no intervenido por funcionario jurisdiccional".

No obstante la deficiencia de la demanda, este Tribunal, para obrar con amplitud, hará el estudio de ella.

En síntesis, se trata de saber si la prescripción que reconoció el Tribunal en lo referente a los salarios del demandante se interrumpió por el hecho de haber cobrado Arévalo al Gerente de la Empresa demandada, en forma directa, y si este cobro equivale al requerimiento que la ley exige para el caso.

Se examina el cargo.

El Tribunal da por cierto que en el mes de septiembre de 1941, el trabajador Arévalo, en compañía de otros trabajadores de la Empresa demandada reclamó el pago de salarios. Como no se ha planteado el debate al través de las pruebas que obran en el expediente, este Tribunal no podrá entrar a examinarlas y admite la apreciación hecha por el de instancia.

Dice el fallo:

"Telésforo Arévalo fue retirado del servicio de la Sociedad contra quien se dirigió la acción en junio de 1941 época en la cual estaba en vigencia el art. 2543 del Código Civil sin la modificación que le introdujo la Ley 165 de 1941, es decir, los salarios prescribían entonces en dos años, pues dicha ley que amplió el término de la prescripción a cuatro años no vino a regir sino hasta el 24 de diciembre de 1941. Estamos en presencia de un tránsito de legislación. El art. 41 de la Ley 153 de 1887 preceptúa: "La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley y que no se hubiese completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o por la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir".

"Siendo la Empresa en este caso el prescribiente, tocaba a ella señalar la ley por la cual debía regirse la prescripción aún no completada en 24 de diciembre de 1941 y lo hizo en la parte final de su alegato de conclusión, pág. 59 del informativo decidiéndose por la aplicación del art. 2543 del C. C. porque evidentemente le era más favorable que la Ley 165 de 1941. En resumen, los domingos y horas extras reclamados en este juicio prescribían a los dos años".

De suerte, que según las voces de la sentencia, la prescripción de la acción del demandante Arévalo para reclamar salarios o prestaciones derivados de ellos, tales como horas extras, dominicales, etc.,

se cumplió al vencerse los primeros años de su retiro de la Empresa, es decir, que cuenta esa prescripción desde la terminación del contrato de trabajo, que es la tesis más favorable para el trabajador.

Pero, como en septiembre de 1941, el trabajador cobró directatamente sus salarios, según lo admite el Tribunal, se trata de saber si la prescripción que venía corriendo desde el mes de junio anterior, fue interrumpida por este hecho.

Afirma el Tribunal que el requerimiento de que trata el art. 2544 del C. C. debe ser judicial, pues, "conforme a la definición y opinión citada es el acto judicial de la demanda lo que interrumpe la prescripción y no el simple cobro".

No obstante las respetables opiniones citadas por el fallo, esta Corporación estima que no es necesario, de toda necesidad, para que se produzca el requerimiento, que se instaure la respectiva demanda, o mejor, que no pueda haber requerimiento en otras circunstancias. La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia admite que puede haber requerimiento extra-judicial, esto es, que no es necesario que se haga por medio de demanda. Pero, lo que sí es evidente, es que para que tenga valor debe hacerse por medio del respectivo funcionario, mediante la presentación del respectivo título de la obligación y la consiguiente petición para el pago, que se le considera como acto judicial.

"El requerimiento, ha dicho la Corte, equivale a una sencilla notificación a la persona designada, de la solicitud del que la formula, cuyos efectos se valoran posteriormente, si hay lugar a juicio, en que se haga mérito del requerimiento.

"El requerimiento es un acto a modo de una actuación notarial, en que el Juez carece de facultad para investigar la causa que lo origina y su finalidad". (Auto de mayo 31 de 1940).

En otra providencia de la misma Corporación, se lee:

"Una gestión privada de cobro no constituye un requerimiento legalmente hablando. En su sentido natural y obvio, requerimiento significa acto judicial por el cual se amonesta a que se haga o se deje de hacer alguna cosa. Requerir significa intimar, avisar, o hacer saber una cosa con autoridad pública". (Casación junio 21 de 1923).

Es con prueba testimonial como trata de acreditarse que Arévalo requirió al Gerente de la Empresa Azucarera Berástegui, por haber concurrido en compañía de otros trabajadores a reclamar salarios cuando ya se había terminado su contrato, y que el aludido Gerente le expresó que no le pagaba porque no conocía la liquidación.

Y esta manifestación es considerada, en la demanda de casación, como una confesión de la deuda, que, en consecuencia, interrumpió también el término de la prescripción, de acuerdo con el art. 2539 del C. C., que también se estima violado por la sentencia recurrida.

Cuanto al requerimiento, este Tribunal cree que no está en lo cierto el recurrente cuando considera que es suficiente el cobro privado para que produzca los efectos que la ley contempla en materia de prescripción, y se atiene a la reiterada jurisprudencia de nuestra Corte Suprema sobre el particular, claramente expresada en las breves transcripciones anteriores. Por este aspecto no será casada la sentencia recurrida, pues el cargo no es bastante para ello.

Por lo que hace a la violación del art. 2539 del C. C., se observa lo siguiente:

El recurrente sostiene que el Tribunal se empeñó en no considerar vigente dicha disposición. Pero ocurre que en ninguna parte de la sentencia se hace siquiera mención de este aspecto del problema debatido. Mas, como parece que se trata de equiparar a una confesión del demandado la manifestación hecha ante testigos, para sostener que hubo un reconocimiento de la obligación que hoy se demanda, debe aquí decirse que, tratándose de una cuestión probatoria, el cargo ha debido encaminarse a atacar el fallo por falta de apreciación de las pruebas de donde se estima que puede resultar tal confesión, cosa que no se hizo. Y como el recurso de casación no es una tercera instancia sino un medio extraordinario de impugnación de las sentencias, era preciso señalar concretamente las pruebas desestimadas, enfocando la acusación dentro de la modalidad que ofrece el inciso 2º del art. 520 del C. J., a fin de que este Tribunal pudiera examinar y valorar el alcance de los testimonios que obran en el expediente, y sobre los cuales se quiere ver configurada una confesión del demandado que envuelve el reconocimiento de la obligación de que se trata, con el consiguiente efecto de haber interrumpido la prescripción alegada por el demandado.

Este cargo ha sido, pues, formulado de manera impropia y por lo mismo no permitirá a este Tribunal detenerse a estudiar el alcance de la manifestación del Gerente de la Empresa demandada, que al decir del recurrente equivale a un reconocimiento de la deuda.

Tampoco podrá infirmase el fallo por este concepto.

Como ya se dijo, los cargos de la demanda se presentaron desordenadamente, y por eso el Tribunal se ha visto en el caso de estudiarlos en la forma que queda expuesta. Y como no ha encontrado

mérito suficiente para infirmar el fallo recurrido, ya que ni la alegación sobre el requerimiento privado, ni la referente al reconocimiento de la obligación dan fundamento para ello, habrá de mantenerse aquél.

Sin necesidad de hacer otras consideraciones, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Cartagena, de fecha cuatro de febrero de este año, proferida en el juicio adelantado por Telésforo Arévalo contra la Empresa Azucarera de Berástegui, S. A.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase al Tribunal de origen.

Diógenes Sepúlveda Mejía. — Luis Alberto Bravo. — Cástor Jaramillo Arrubla. — Guillermo Martínez R., Secretario.

I. REQUISITOS DEL CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO. II. PRUEBA DE SU EXISTENCIA.

I.—Dos son las formalidades esenciales para que un convenio colectivo tenga vida jurídica: 1º que conste por escrito, y 2º que se haya hecho público. La primera de estas condiciones requiere el otorgamiento de un documento escrito, en el cual consten todas las cláusulas del convenio; la segunda es sencillamente el hecho de depositar en poder del funcionario público correspondiente un ejemplar del convenio, lo que equivale a su publicidad.

II.—Para acreditar la existencia de un convenio colectivo, es necesario recurrir a la expedición de la copia correspondiente, por el funcionario en cuya oficina se encuentra el documento; pues no basta que se certifique acerca de su existencia y con respecto a las cláusulas que se consideren pertinentes para la solución de la controversia que se suscite con ocasión de su cumplimiento.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Sepúlveda Mejía)

Bogotá, quince de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete.

Las demandas acumulas de los señores Hernán Torres, Clemente Gutiérrez, Efraín Marciales, Angel Mª Vanegas, Juan Sastoque, Ricardo Alarcón, Guillermo Ramírez, Custodio Pulido, Noé Orduz, Ciro R. Buitrago, Carlos J. Rodríguez, José Soto, Jorge Orduz, Rafael Medina, Gregorio Varela, Alfonso Otálora, Luis Enrique Sierra, Armando Rojas, Hernando Morales, Críspulo Sánchez, Roberto Varela, Roberto Alarcón y Alfonso Orozco contra el señor Epaminondas Montenegro, fueron decididas por sentencia que dictó el Juez 1º del Trabajo de Bogotá, con fecha 13 de diciembre de 1946, por medio de la cual se condenó a la parte demandada a pagar las prestaciones por aquéllos solicitadas.

Pero no conforme el demandado con la sentencia aludida, por me-

dio de su apoderado, doctor Alberto Camargo Torres, apeló para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, entidad ésta que con fecha diez y nueve de mayo del presente año decidió lo siguiente:

Primero. Confírmanse los numerales primero y tercero de la sentencia apelada (el fallo declara no probada la excepción de pleito pendiente propuesta por el demandado y hace condenación en favor de los señores Clemente Gutiérrez, Juan Sastoque, Ricardo Alarcón, Custodio Pulido, Carlos Julio Rodríguez, Jorge Orduz, Armando Rojas, Hernando Morales, Críspulo Sánchez, Roberto Varela, Héctor Alarcón y Alfredo Orozco, remitiéndose al art. 553 del C. J. para establecer en la ejecución de la sentencia lo que deba pagárseles por cesantía, vacaciones y fiestas nacionales).

Segundo. Modifícase el numeral segundo de la parte resolutiva de la misma sentencia en cuanto a las cantidades que el demandado Epaminondas Montenegro debe pagar a Hernán Torres, Efraín Marciales, Angel María Vanegas, Guillermo Ramírez, Noé Orduz, Ciro R. Buitrago, José Soto, Rafael Medina, Gregorio Varela, Alfonso Otálora y Luis E. Sierra, serán las indicadas en la revisión de las liquidaciones hechas por este fallo a la sentencia recurrida.

Tercero. Las liquidaciones a que se refiere el ordinal 3º de la sentencia recurrida y el 1º de este fallo, se harán estrictamente sobre las bases indicadas aquí por el Tribunal.

Salvó su voto el Magistrado doctor Francisco Sotomayor.

El recurso

Contra la providencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá ha interpuesto el recurso de casación el apoderado del demandado, y como se ha tramitado legalmente es llegada la oportunidad de decidirlo, lo cual va a hacerse mediante algunas consideraciones.

Primer cargo

Dice el Tribunal:

"Queda por averiguar el derecho que asista a los trabajadores demandantes en relación con las prestaciones solicitadas. Es evidente que con fecha 18 de octubre de 1944, el señor Montenegro celebró con los trabajadores de su Empresa, representados por el Sindicato General de Ebanistas y Carpinteros, del que eran miembros, una convención de trabajo, donde al tenor del certificado por la Oficina del Trabajo, de Cundinamarca, que intervino en las negociaciones, como representante del Gobierno, se acordó que tales trabajadores

tendrían derecho al auxilio de cesantía y al pago de vacaciones de acuerdo con las expresas normas del Decreto 2350 que había comenzado a regir hacía dos días".

"3.—Al afirmar el Tribunal que Montenegro celebró con sus trabajadores una convención colectiva de trabajo, incurrió en error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas e infringió los textos consignados en los artículos 43, 44 y 48 y 38 de la Ley 6ª de 1945 y 46, 47 y 48 de la misma ley; porque no pudo existir convención colectiva de trabajo entre Montenegro y los trabajadores de su Empresa, representados por una comisión negociadora, que a su vez estuvo asesorada por un representante del **Sindicato General de Ebanistas y Carpinteros,** al cual pertenece el personal de trabajadores. Porque según la ley —Art. 43, Ley 6ª de 1945—, "Convención colectiva de trabajo es la que se celebra entre uno o varios patronos o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos individuales de trabajo durante su vigencia".

"Porque como muy claramente lo expone el doctor Sotomayor en su salvamento de voto en este asunto: "Cuando los trabajadores no agrupados en sindicato de empresa convienen con su patrono en nuevas condiciones de trabajo y distintas prestaciones de las señaladas en la ley, tales convenios tienen el carácter de contratos individuales de trabajo, aunque se realice por todos conjuntamente o solamente por algunos de ellos, en forma conjunta y no el de contratos sindicales o convenciones colectivas de trabajo que, para existir deben ser celebradas por los sindicatos como tales".

"Ahora bien, como consecuencia de haberse dado por probada una convención colectiva que no existía y de la cual además no se adujo prueba alguna, pues la ley exige que tales convenciones deben constar por escrito y este escrito no fue presentado, se violaron los artículos 648 del C. J., y 43, 44, 46 y 47 de la Ley 6ª de 1945 que fijan los requisitos indispensables para la celebración de un contrato sindical o de una convención colectiva de trabajo. Pues el juzgador incurre en error de derecho cuando admite como prueba de una convención que exige para su validez determinado documento escrito, rodeado de expresas formalidades y el sentenciador admite otra cualquiera, que fue lo que ocurrió cuando el Tribunal aceptó como prueba de la convención colectiva un certificado de la Oficina del Trabajo en el cual se extractan algunas de las cláusulas de la mentada convención, debiendo haber exigido la presentación de la copia auténtica de la convención que debía reposar en el Ministerio de Tra-

bajo, prueba cuya oportunidad para ser presentada pasó ya y que señalan los artículos 597 y 647 del C. J.

"4.—En síntesis, el Tribunal violó la ley sustantiva por haber declarado probada una convención colectiva de trabajo que no existió y fundó su sentencia en una prueba distinta de la que la ley taxativamente ha señalado como suficiente para probar la existencia de un convenio colectivo".

Como se ve, el recurrente sostiene que el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas allegadas al proceso; porque la convención colectiva de trabajo, de conformidad con el artículo 46 de la Ley 6ª de 1945 es "la que se celebra entre uno o varios patronos o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos individuales de trabajo durante su vigencia".

Que el convenio de que da cuenta el acta suscrita por Montenegro con sus trabajadores, de fecha 18 de otcubre de 1944, no es una convención colectiva de trabajo, y que, por otra parte, ha debido traerse a los autos la prueba de la existencia de ese convenio, pues en autos solamente obra una certificación del Ministerio del Trabajo en que se hace referencia a él. Que por tanto se violaron los artículos 648 del C. J. y 43, 44, 46, y 47 de la Ley 6ª de 1945.

En efecto, el Tribunal dijo en la sentencia recurrida que "la existencia del pacto se encuentra plenamente acreditada dentro del juicio, no sólo por la certificación que sobre su celebración, vigencia y cláusulas expidió la Oficina del Trabajo que intervino en su colaboración, sino por la propia manifestación del apoderado del demandado al apoyarse en él para proponer la excepción de pleito pendiente que atrás quedó estudiado".

Como es obvio, no existiendo, como no existe en realidad en el expediente, según la propia afirmación del Tribunal la copia del mencionado convenio, esta Corporación no puede entrar a examinar sus términos, a efecto de poder establecer el alcance de sus cláusulas y definir si se trata o no de una convención colectiva de trabajo. La certificación que obra en autos no permite formar un criterio sobre el particular, pues sólo se da cuenta en ella de la existencia del convenio.

En un caso análogo al que se estudia dijo esta Corporación:

"Es evidente que debiendo por ley figurar un ejemplar de esos convenios colectivos en el Ministerio del Trabajo, su producción y recibimiento en juicio se lleva a efecto solicitando dentro del término

probatorio que se pida copia auténtica y autenticada de ellos a dicho Ministerio, aplicando al efecto, por analogía el art. 636 del C. J., sobre instrumentos públicos, y aún de acuerdo con elemental lógica.

"Y es que, como lo ha dicho reiteradas veces esta entidad, unos son los requisitos para que exista la prueba, el medio de prueba, otros los que se refieren para que se produzca y reciba en juicio, y muy diverso su valor propatorio, o sea la tarifa legal o su libre apreciación. Es este último de esos tres requisitos el que toca con la libertad para apreciar pruebas por el Juez, que establece la Ley 75 de 1945, pero los dos primeros no los ha destruído ninguna ley todavía para ninguna clase de juicios, y por lo tanto, deben hacerse cumplir también en los del trabajo. A este respecto fue muy clara la Corporación en su sentencia de 27 de noviembre de 1946, dictada en el juicio de Ricardo Zapata Bustos contra Hernán Caicedo Buenaventura".

Pero podrá argüirse que el Tribunal es autónomo en la apreciación de las pruebas que se le presenten, de conformidad con el ordinal 4º del art. 3º de la Ley 75 de 1945, y que, por consiguiente, tuvo razón al estimar que la certificación del Ministerio del Trabajo acerca de la existencia del pacto colectivo y la circunstancia de que el demandado alegó la excepción de pleito pendiente sobre denuncia del mismo, son suficientes para que deba darse por probada aquélla. Mas, ya se ha dicho que una cosa es el medio de prueba, que es el que la misma ley señala, y otra distinta el valor probatorio, a que se refiere la tarifa legal, que es la que no es estrictamente obligatoria en la apreciación de las pruebas que se aduzcan ante la justicia del trabajo. Y, concretamente, para el caso que se estudia, el Tribunal no podía dar por celebrado un convenio colectivo de trabajo ni mucho menos medir el alcance de sus estipulaciones sin conocer la totalidad de su texto. Que haya o no reunido las condiciones legales el aludido pacto; que sea una verdadera convención colectiva de trabajo; que la aplicación de sus cláusulas en lo que hace a las prestaciones sociales de los trabajadores deba hacerse con arreglo a las disposiciones del Decreto 2350 de 1944 o a la de la ley bajo cuyo imperio terminó la relación jurídica entre los demandantes y el empresario o patrono señor Montenegro, son cuestiones que no pueden ser analizadas con base en el certificado expedido por la Oficina del Trabajo de Cundinamarca, que es la única prueba a que hace referencia el pacto de que se trata, por más que se pretenda que en la dicha certificación hay elementos suficientes para que el Tribunal forme su concepto, y que en el fondo sólo se trate de analizar una

simple cuestión de derecho, si las prestaciones se liquidan conforme al Decreto 2350 o de conformidad con la Ley 6ª de 1945.

Por lo demás, es elemental que la calificación del convenio de que se viene hablando, para los efectos de la controversia suscitada con ocasión de su firma, en cuanto a que se haya celebrado con el lleno de las formalidades legales, no puede hacerse sino por el mismo Tribunal fallador y no basta que por la Oficina del Trabajo se certifique que dicho convenio se celebró con los requisitos legales pertinentes. Pero, por otra parte, sea que se considere que el convenio es un instrumento público o que se trata de un documento privado, ha debido traerse a los autos la copia de él, en defecto del documento original.

Por otra parte, auncuando el opositor en este recurso sostiene que las disposiciones de la Ley 6ª de 1945 no son aplicables al convenio de que se hace mención, por haber sido celebrado antes de la vigencia de la expresada ley, acontece que la sentencia del Tribunal parte de la base de que de conformidad con los arts. 46 y 49 de la Ley 6ª, es obligatorio su cumplimiento por no haber sido modificado, según el siguiente párrafo:

"De esta suerte, dice el Tribunal, el derecho alegado por los demandantes es perfecto porque tiene su fundamento en la existencia de un convenio colectivo que no aparece haber sido modificado en ninguna de sus partes por los contratantes, ni derogado ni sustituído por ellas, y que de conformidad con los mandatos de los artículos 46 y 49 de la Ley 6ª de 1945, es obligatorio, hasta cuando sea modificado o hasta cuando termine el plazo pactado o presuntivo y cobija a todos los trabajadores de la Empresa contratante o solamente a algunos de ellos, según el número de sindicalizados que intervengan en la contratación o que en ella se encuentren representados, y sus cláusulas sustituyen de derecho a las disposiciones de la ley cuando son más favorables para el trabajador".

Dentro de las disposiciones del Decreto 2350, bajo cuya vigencia se celebró el pacto memorado era obliagtorio dejar copia de él en el Ministerio del Trabajo, en la misma forma en que lo exige la Ley 6ª en su artículo 47. "Un ejemplar de la convención colectiva será necesariamente depositado en el Ministerio del ramo". Si esta formalidad se cumplió, por el sólo hecho de estar custodiado en una oficina pública, y por mandato de la misma ley, el convenio en cuestión, dejó de ser un documento privado para convertirse en documento público, y, por consiguiente, la prueba de su existencia no puede ser otra que la respectiva copia debidamente autenticada por el funcionario en

cuya oficina se haya depositado el ejemplar que la ley ordena dejar allí.

De manera que son dos las formalidades esenciales para que el convenio colectivo tenga vida jurídica: 1º Que conste por escrito, y 2º Que se haya hecho público. La primera de estas condiciones requiere el otorgamiento de un documento escrito, en el cual consten todas las cláusulas del convenio; la segunda es encillamente el hecho de depositar en poder del funcionario público correspondiente un ejemplar del convenio, lo que equivale a su publicidad.

Si esto es así, es claro que para poder acreditar su existencia, es necesario recurrir a la expedición de la copia correspondiente, por el funcionario en cuya oficina se encuentra el documento, y no basta que se certifique acerca de su existencia y con respecto a las cláusulas que se consideren pertinentes para la solución de la controversia suscitada con ocasión de su cumplimiento.

Estas breves razones llevan a la conclusión de que está mal probada en el juicio la existencia del pacto colectivo sobre el cual se basa el reclamo, y como falta ese elemento insustituíble el Tribunal no puede pronunciarse sobre el fondo de la cuestión debatida, esto es, si las prestaciones deben ser liquidadas de conformidad con el Decreto 2350 o con la Ley 6ª de 1945.

Se casará la sentencia por violación de las disposiciones arriba citadas.

No obstante que el apoderado de los demandantes debió tomar en consideración las expuetas razones a fin de haber traído a los autos el documento que se echa de menos, tratándose de una cuestión que por economía procesal no es conveniente postergar para su solución, ya que el problema debatido es de gran importancia, y en él va envuelto el interés de varios trabajadores, el Tribunal habrá de casar la sentencia recurrida, a efecto de dictar un auto para mejor proveer haciendo uso de la fácultad que le confiere el art. 539 del C. J., para una vez allegado el convenio al rededor del cual gira el pleito, decidir lo que se estime conveniente.

Por las razones anteriores, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá objeto de este recurso.

En la debida oportunidad vuelvan los autos al despacho para dictar el respectivo auto para mejor proveer.

Notifíquese.

Diógenes Sepúlveda Mejía. — Luis Alberto Bravo. — Cástor Jaramillo Arrubla. — Bertha Salazar Velasco, Oficial Mayor.

I. LA TRANSACCION EN DERECHO DEL TRABAJO. — II. RENUNCIA DE DERECHOS. — III. VALOR DEL FINIQUITO. IV. CONCEPTO DE INTERINIDAD. — V. INTERVENCION DE LOS INSPECTORES DE TRABAJO EN LOS ARREGLOS CELEBRADOS ENTRE PATRONOS Y TRABAJADORES.

I.—El fallador debe examinar en cada caso si el arreglo o transacción respectivo es de aquellos que conllevan necesariamente una renuncia de los derechos del trabajador que se hallan amparados por la ley. Esto, desde luego, partiendo de la base de que la ley no puede aplicarse de una manera absolutamente rígida, hasta el punto de declarar que toda transacción celebrada en relación con los derechos que el trabajador cree tener es nula, en cuanto a servicios ya prestados y que ella envuelva en todo caso una renuncia parcial de sus derechos. Porque si se llega a esta conclusión ningún acuerdo será posible entre patronos y trabajadores y todas las prestaciones sociales, aún las más claras e indiscutibles, no podrán pagarse directamente, por virtud de arreglo, porque el litigio quedaría pendiente, a pesar de la declaración que se hiciera de que están satisfechas las prestaciones del trabajador, y habría que ocurrir en todo caso ante las autoridades judiciales, para que por su intermedio, se propiciasen los arreglos o se admitiera como válido el pago que se hiciera.

II.—De que la transacción suponga concesiones recíprocas no puede seguirse, precisamente, que al hacerlas se sacrifiquen los derechos respectivos; las concesiones se refieren, o pueden referirse, a las pretensiones de cada una de las partes, cuando no se trata de situaciones indiscutibles, pues de serlo, no cabría propiamente ninguna transacción acerca de ellas, y en este caso sí habría renuncia clara de derechos, inaceptable en materia laboral.

III.—La irrenunciabilidad de derechos y beneficios que establece la ley en favor de los trabajadores, no obsta para que pueda atribuirse completa eficacia al finiquito por el cual el em-

pleado declara al empleador libre de todo cargo o responsabilidad derivada de la terminación de su contrato de servicios. Por eso, que no pueda reputarse en todo caso que una carta de pago o finiquito envuelva precisamente una renuncia de derechos. Porque bien puede suceder que la suma recibida corresponda al valor de las respectivas prestaciones, y muchísimo más si hay algunas de ellas susceptibles de diferendo, de litigio, y que podrían llegar a no ser reconocidas por la justicia.

IV.—Es impropio hablar de interinidad, en tratándose de empleados particulares, porque este concepto sólo es aplicable a los cargos oficiales que requieren nombramiento, pues en materia laboral la condición de permanencia hay que referirla a las estipulaciones del respectivo contrato, si lo hubiere, o a las circunstancias especiales en que se realice el trabajo.

V.—El Tribunal Supremo estima que las disposiciones legales que atribuyeron al Departamento Nacional del Trabajo la facultad de intervenir en la solución de los conflictos entre patronos y asalariados, tales como la del artículo 12 del Decreto-Ley 666 de 1936; del art. 1º de la Ley 12 del mismo año; el 5º del Decreto-Ley 2392 de 1938, letra b), ordinal 4º del art. 11 del mismo y demás concordantes, no pueden ser consideradas como simples palabras sin alcance práctico alguno. Si a las Oficinas de Trabajo les estaba encomendada la vigilancia e intervención para obtener el cumplimiento de las leyes de carácter social, y muy especialmente, según el art. 36 del Decreto 652 de 1935, se les impuso la obligación de velar por el de las disposiciones relativas a los derechos de los empleados particulares, no puede afirmarse con éxito que los arreglos propiciados por tales oficinas, por lo menos llevados a cabo con su intervención, mediante una verdadera función conciliatoria de los intereses encontrados de las partes, carecen de valor alguno, y que, por consiguiente, haya necesidad de recurrir a la jurisdicción especial del trabajo, una vez concluídos tales arreglos y obtenido el pago correspondiente de las prestaciones reclamadas ante aquéllas, para buscar el reconocimiento de las que se consideran insatisfechas. Tal cosa es inadmisible, porque tiende a crear un estado de inestabilidad peligrosa, por todos los conceptos, y además, porque le resta se-

riedad a esa intervención que la ley, de modo expreso, y con claro sentido tutelar, encomendó a las autoridades administrativas del trabajo, haciendo posible el avenimiento de las partes en conflicto.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Sepúlveda Mejía)

Bogotá, diciembre dieciocho de mil novecientos cuarenta y siete.

Se estudia la demanda de casación presentada por el doctor Jorge Restrepo Hoyos en su calidad de apoderado de la Empresa denominada **Aerovías Nacionales de Colombia** (Avianca) en el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, que tiene fecha dos de septiembre del año pasado, y que fue proferida para decidir la apelación que ambas partes intentaron contra la dictada por el Juez Séptimo del Circuito de Bogotá, en el juicio iniciado por el doctor Gonzalo Vargas Rubiano, como apoderado del Capitán Enrique Concha Venegas, para obtener el reconocimiento y pago de diversas prestaciones sociales emanadas del contrato de trabajo que existió entre la prenombrada Empresa y el demandante Concha, sobre prestación de servicios como piloto aviador.

El recurso fue admitido en la debida oportunidad; se le imprimió el trámite de rigor; las partes cumplieron con la obligación de formular sus alegaciones escritas, —la demanda y su respuesta— y es llegado el momento de decidirlo, lo que se hará previo el conveniente estudio de los antecedentes y circunstancias que rodean el negocio.

Antecedentes

Entre el Capitán Enrique Concha Venegas y la Sociedad Colombo Alemana de Transportes Aéreos se celebró el 27 de octubre de mil novecientos treinta y nueve un contrato sobre prestación de servicios de aquél, en su condición de Piloto aviador.

La Empresa se obligó, entre otras cosas, a pagar al aviador Concha un sueldo mensual de cuatrocientos setenta y cinco pesos ($ 475.00) durante el primer año del convenio; de quinientos pesos ($ 500.00) durante el segundo año y de quinientos veinticinco pesos ($525.00) durante el tercero.

En la letra e) de la cláusula segunda del contrato la Empresa se obligó a conceder al aviador Concha dos semanas de vacaciones en el país. Se estipuló que esas vacaciones no eran renunciables ni podían ser reconocidas en dinero efectivo o en cualquier otra forma. Que en caso de prorrogarse el contrato por dos años más, el expresado aviador tendría derecho a seis meses de vacaciones, a partir del 1º de noviembre de 1942, para ser disfrutadas en Europa o en las Américas (inclusive el tiempo de viaje), siendo por cuenta de la Empresa el valor del pasaje directo en buque hacia Europa o Nueva York incluyendo el regreso.

Igualmente se estipuló que el contrato se entendería prorrogado por período de dos años, en caso de que no se diera por la parte que no quisiera prorrogarlo, el aviso correspondiente, por lo menos con tres meses de anticipación al vencimiento de cada período.

El 29 de marzo de 1943, el Jefe de Personal de la Empresa Avianca, sucesora de la Scadta, manifestó al Capitán Concha que la Empresa no deseaba prorrogar el contrato. Sin embargo, se le ofreció ocuparlo dentro de un contrato de plazo indefinido, mediante una remuneración de mil pesos mensuales desde el mes de noviembre de 1942 en adelante, más una prima de ciento cincuenta pesos ($ 150.00). La Compañía se reservó el derecho de dar por terminado el contrato mediante un aviso previo de un mes, o haciéndole el pago correspondiente a ese período, en lugar del preaviso.

El Capitán Concha aceptó las nuevas condiciones ofrecidas por la Empresa.

Con este motivo el Capitán Concha expidió por ante el Jefe del Departamento Nacional del Trabajo, con fecha quince de abril de 1943 un finiquito, cuyos términos son los siguientes:

"Yo, Enrique Concha Venegas, mayor de edad declaro que en la fecha he recibido de Aerovías Nacionales de Colombia —**Avianca**— la cantidad de tres mil seiscientos seis pesos ($ 3.606.00) moneda legal, por concetpo de seis (6) meses de vacaciones, a razón de quinientos veinticinco pesos ($ 525.00) mensuales, de que trata la cláusula segunda, ordinal e) del contrato de trabajo celebrado con dicha entidad el 27 de octubre de 1939 y que estaba vigente hasta el 31 de octubre de 1942, más cuatrocientos cincuenta y seis pesos ($ 456.00) moneda legal, suma en que hemos estimado el valor del pasaje de Barranquilla a Nueva York y regreso, según la cláusula segunda, inciso e) del mismo contrato. El contrato dice que en caso de prórroga es cuando surge el derecho a las vacaciones de que se trata, pero la Avianca, no obstante de que dicho contrato de trabajo no ha sido

prorrogado, en las mismas condiciones, ha resuelto reconocer dichas vacaciones. Declaro que la Avianca se encuentra a paz y salvo con el suscrito por el concepto de vacaciones provenientes del contrato a que he hecho referencia, lo mismo que por concepto de servicios prestados durante el espacio de tiempo a que dicho contrato comprende, y además, declaro que no tengo reclamación alguna que formular derivada del cumplimiento de ese convenio. Las prestaciones sociales que como Piloto aviador me puedan corresponder en el futuro, quedan reguladas por la legislación colombiana y por las condiciones vigentes entre la **Avianca** y el suscrito a partir de la cancelación del contrato mencionado".

El 16 de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944) el Capitán Concha suscribió un nuevo finiquito, en el cual declara que recibió por concepto de cesantía (7 años y 9 meses), desde el 10 de noviembre de 1936 hasta el 31 de julio de 1944 la suma de $ 8.557.21; por concepto de 23 días de vacaciones, $ 881.65 y por el valor de un mes de preaviso la cantidad de $ 1.150.00, de conformidad con las estipulaciones de su contrato. En la parte final dijo lo siguiente:

"Declaro que me hallo a paz y salvo con la Avianca por concepto de los salarios devengados; la cesantía de acuerdo con los salarios; las vacaciones anuales y el mes de sueldo estipulado en la cláusula Nº 3 de este documento y que no padezco enfermedad alguna contraída como consecuencia del servicio prestado a dicha sociedad".

El Capitán Concha había reclamado de la Avianca el reconocimiento de un sueldo igual al que se pagaba a los aviadores extranjeros, y al efecto solicitó la intervención del Departamento Nacional del Trabajo, a fin de obtener el reconocimiento citado, por intermedio de dicha oficina. Lo que dio lugar a que con fecha 8 de octubre de 1942, se emitiera el concepto que obra en el expediente, en el cual se expresa que "no es el caso de aplicar la disposición contenida en el artículo 17 de la Ley 10 de 1934, por considerar que no existe la "igualdad de circunstancias" entre los pilotos aviadores colombianos y extranjeros.

Después de lo que queda relatado, el 8 de agosto de 1945, por medio de su apoderado doctor Gonzalo Vargas Rubiano, demandó a la Empresa Aerovías Nacionales de Colombia, **(Avianca)**, a fin de obtener que se le reconociese y pagase lo siguiente:

La cantidad de cuarenta y cinco pesos ($ 45.00) por diferencia de sueldos con los pilotos aviadores extranjeros (categoría de capitanes) al servicio de la Empresa, en el lapso comprendido entre el 1º de agosto de 1940 al 31 de octubre del mismo año, a razón de quin-

ce pesos mensuales ..... $ 45.00

La cantidad de cuatro mil quinientos pesos ($ 4.500) por la misma causa, en el lapso comprendido entre el 1º de noviembre de 1940 y el 30 de junio de 1942, a razón de $ 225.00 mensuales 4.500.00

La cantidad de seis mil doscientos cincuenta pesos ($ 6.250.00) por la misma causa, en el lapso comprendido entre el 1º de julio de 1942 y el 31 de julio de 1944, a razón de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00 mensuales 6.250.00

Y la cantidad de mil seiscientos catorce pesos con sesenta y dos centavos ($ 1.614.62) por concepto de auxilio de cesantía, liquidado de acuerdo con el mayor sueldo, durante siete años y nueve meses 1.614.62

Total 12.409.62

Los fundamentos de derecho que invocó el demandante fueron los artículos 14 y 17 de la Ley 10 de 1934, artículo 4º de la Ley 149 de 1936 y 30 del Decreto 652 de 1935.

Tramitado el juicio respectivo, el Juez de primera instancia profirió su sentencia con fecha 23 de enero y al efecto condenó a la parte demandada a pagar al expresado Capitán Concha Venegas, la cantidad que resultase como diferencia de sueldos devengados por pilotos extranjeros de la misma categoría, en relación con el que tenía asignado el demandante, dentro de los lapsos a que se contrajo la demanda.

Igualmente condenó al pago del respectivo auxilio de cesantía, computado de acuerdo con la liquidación que al respecto se hiciese, dentro del procedimiento del art. 553 del C. Judicial, al cual se remitió.

De esta providencia apeló la parte demandada para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá y esta entidad después de tramitar el recurso, con fecha 2 de septiembre de 1946 profirió la respectiva sentencia, en cuya parte dispositiva dijo lo siguiente:

"Primero.—Refórmase la sentencia de fecha 23 de enero del presente año, proferida por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, en el juicio que por cesantía y otras prestaciones, instauró el Capitán Enrique Concha Venegas contra la Sociedad "Aerovías Nacionales de Colombia S. A.", materia de la alzada, en cuanto por ella se hizo una condenación en abstracto, en el sentido de condenar, como en efecto se condena, a la misma Empresa a pagar al actor la suma de **diez mil setecientos noventa y cinco pesos m. l.** por concepto de

diferencia de sueldos entre el aviador colombiano y los aviadores extranjeros de su misma categoría de Capitanes que estuvieron simultáneamente con él al servicio de la Empresa demandada, durante el lapso comprendido entre el 1º de agosto de 1940 al 31 de julio de 1944".

"Segundo.—Condénase igualmente a la misma Empresa a pagar al actor la suma de **mil trescientos cincuenta pesos con noventa y tres centavos m. l.** por concepto de diferencia entre la cesantía que le fue liquidada y la a que tiene derecho legalmente".

y la a que tiene derecho legalmente".

"Tercero.—Condénase también a la Empresa demandada a las costas correspondientes a este juicio en ambas instancias".

No conforme la parte demandada con la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, por medio de su apoderado, interpuso el recurso de casación, y al efecto, dentro del término legal formuló la respectiva demanda.

Los cargos de la demanda

Se formula el primer cargo de la siguiente manera:

Incidió el sentenciador en violación de leyes sustantivas, por infracción indirecta y por aplicación indebida, por las siguientes razones:

"a) Porque rechaza como legalmente admisible el contrato de transacción en el derecho social, en asuntos de trabajo";

"b) Porque le niega y desconoce al trabajador el derecho a la capacidad legal para transigir";

c) Porque identifica en abstracto y en general, con independencia del caso concreto, la transacción con la renuncia de derechos, confundiendo estos dos fenómenos jurídicos";

"ch) Porque considera y declara incompatible en el derecho social la transacción "con la norma jurídica que consagra el principio de al irrenunciabilidad de los derechos por parte del trabajador";

"d) Porque le da a la conciliación que se realiza en conflictos bajo el auspicio de los Jueces del Trabajo, en la etapa conciliatoria prevista y autorizada por la ley, el carácter jurídico de "una figura especial con caracteres específicos distintos de la transacción";

"e) Porque confunde la función conciliatoria que por mandato legal ejercen los Jueces del Trabajo y han ejercido los funcionarios del Departamento Nacional del Trabajo, y la consiguiente etapa prejudicial de conciliación, con el fenómeno jurídico o figura jurídica resultante del acuerdo y arreglo a que llegan las partes durante esa etapa conciliatoria".

En seguida el demandante hace una extensa disertación para fundamentar sus puntos de vista, destacándose entre otras, estas consideraciones:

"Que la transacción no solamente no está prohibida dentro de la aplicación del derecho social, sino que hay leyes que la autorizan expresamente, entre las cuales la 57 de 1915, que en su artículo 16 expresa que es nula la renuncia de derechos consagrados en ella en favor del obrero; pero que esa nulidad no va contra la transacción, ni contra el compromiso y arbitramento que se celebren con posterioridad al accidente de trabajo".

"Uno de los fundamentales derechos del trabajador y uno de los que primeramente le fueron consagrados en nuestra legislación nacional, es el de indemnización o reparación por accidentes de trabajo. Este derecho tiene, si se quiere, un fundamento social, jurídico y de orden público más básico que otras prestaciones sociales que paulatinamente ha venido reconociendo y otorgándole la Ley a los trabajadores. Y la misma ley que establece este derecho básico y fundamental y que lo declara irrenunciable, admite expresamente la transacción".

Hace una especial referencia al art. 18 de la Ley 10 de 1934 cuando dispuso que "mientras se establece una jurisdicción especial para la solución de los conflictos del trabajo que puedan originarse con motivo de la aplicación de las disposiciones de la presente ley, dichas controversias se tramitarán de conformidad con el procedimiento señalado en el Título 46 del Libro II de la Ley 105 de 1931, y cita también las demás disposiciones, que como las de los artículos 1º de la Ley 45 de 1939 y 3º de la Ley 75 de 1945, se remiten al procedimiento de que trata el mencionado capítulo 46 del Código Judicial, para sostener que como el art. 1208 de esta obra dice que ese procedimiento se aplicará en las cabeceras de Distrito Judicial, cuando todas las partes sean capaces de **transigir,** es claro que la intención fue la de que las diferencias de orden laboral fueran objeto de esa transacción.

Afirma igualmente la demanda que siendo la misión especial de los funcionarios del trabajo la de avenir a las partes para evitar los litigios, mediante el intento conciliatorio, como se desprende claramente de las disposiciones de los arts. 67 de la Ley 6ª (que sólo contiene unas bases para la elaboración de un procedimiento en asuntos sociales) y el 3º de la Ley 75 de 1945, que preceptúa que "los Jueces del Trabajo obrarán siempre como conciliadores antes de adelantar el procedimiento de instancia" es todavía más sostenible la tesis

de que la transacción tiene plena aceptación en el derecho del trabajo, ya que la etapa de conciliación es prejudicial y en el fondo envuelve, cuando se realiza, una verdadera transacción. Luego hace el recurrente cita de las diversas disposiciones que como las de los arts. 5º del Decreto-Ley 2392 de 1938, numeral 11 del art. 12 del mismo decreto, 1º de la Ley 12 de 1936 y 12 del Decreto 666 de 1936, asignan al Departamento Nacional del Trabajo la función de armonizar las relaciones entre el capital y el trabajo en los diversos aspectos de la actividad económica, para obtener la solución de los problemas y conflictos que se presenten, todo con el objeto de demostrar que si esa es la tendencia general de la legislación en materias sociales, la transacción no puede ni debe estar excluída dentro de ella.

Que no puede confundirse la transacción con la renuncia de derechos, ó mejor dicho, que ella no envuelve necesariamente esa renuncia, y que por tanto no puede negarse al trabajador la capacidad legal para transigir.

Cita como disposiciones violadas, por infracción directa, y también por aplicación indebida, las siguientes: Arts. 1494, 1503 y 2469 del Código Civil; art. 16 de la Ley 57 de 1915; art. 19 de la Ley 10 de 1934; art. 18 de la misma; art. 33 del Decreto 652 de 1935; art. 12 de la Ley 45 de 1939; art. 1208 del C. J.; art. 67 de la Ley 6ª de 1945; art. 3º de la Ley 75 de 1945; arts. 5º y 12 del Decreto-Ley 2392 de 1938 y art. 12 del Decreto 66 de 1936.

Se examina el cargo

Para seguir un orden lógico, ya que son muchas las disposiciones que se señalan como violadas dentro de este cargo, se examinarán primero las de los arts. 1494, 1503 y 2469 del Código Civil.

Dice el art. 1494 del C. C.:

"Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño, como en los delitos; ya sea por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia".

La acusación referente a la violación de este artículo es cosa tangencial, porque el fallo en su parte resolutiva no tiene ninguna incidencia personal sobre él. En efecto, en la demanda se dice que hubo

violación de la ley, entre otras cosas, "porque le da a la conciliación que se realiza entre las partes en conflictos bajo el auspicio de los jueces del trabajo, en la etapa conciliatoria prevista y autorizada por la ley, el carácter jurídico de una figura especial con caracteres específicos distintos de la transacción". Es, pues, una cuestión de apreciación del juzgador, encaminada a rebatir la tesis del demandado de que la conciliación que se efectúa ante los jueces es una verdadera transacción. Pero para los efectos de este recurso de casación no es importante discriminar el asunto, pues en el supuesto de que se halle en lo cierto el recurrente, logrando demostrar que sí se trata de una transacción, tal demostración no afectaría la sentencia en su parte dispositiva, ya que no está en presencia de un arreglo llevado a cabo en esa forma, sino completamente fuera de juicio y de toda etapa conciliatoria.

En casación, ha dicho repetidas veces la jurisprudencia, se produce un debate entre la sentencia acusada y la ley que se considera violada por ella; pero en realidad el ataque se hace contra la parte dispositiva de la providencia objeto del recurso y es en esta parte en donde debe buscarse el quebrantamiento de la norma legal, pues solamente allí puede producirse. De que en la parte motiva de la providencia se encuentran conceptos que no se ajustan a la realidad legal, no se sigue que declarándose que ellos son equivocados, de allí resulte la casación de la sentencia.

En efecto, en el fallo acusado se sostiene que la conciliación que se lleva a cabo ante los Jueces del Trabajo no es una transacción. "La función conciliatoria atribuída a los Jueces del Trabajo por mandato de la Ley 75 de 1945, que le ordena a aquéllos proceder como conciliadores antes de adelantar el procedimiento de instancia, no consagra, como lo cree el excepcionante, la figura jurídica de la transacción sobre los derechos que son irrenunciables según la Legislación del Trabajo. Y no lo consagra, porque si ella supone concesiones recíprocas de las partes, toda concesión que el trabajador haga de una parte siquiera de sus derechos, sería una verdadera renuncia con el nombre diferente de conciliación. Cuando la función conciliatoria se realiza dentro del juicio, es decir, después de trabada la controversia con la litis constación, no puede ser transacción porque ésta es un contrato que se celebra fuera del juicio, con el objeto de terminarlo. La conciliación es, pues, una figura especial, con caracteres específicos, distintos de la transacción".

Así se expresa el correspondiente párrafo del fallo recurrido, y en esta parte es en donde el recurrente advierte la violación del art.

1494 del C. C. que determina cuáles son las fuentes de las obligaciones, pues le niega a la "figura especial" de que trata el fallo tal carácter, cuando dice: "las obligaciones que de allí surjan no emanan directamente de la ley; que no es un fallo judicial, porque la solución al conflicto no dio lugar al fallo, ni siquiera al procedimiento propiamente judicial; que no es un contrato configurado por el acuerdo de las partes en conflicto, porque un contrato en tales condiciones y con tales características sería, ni más ni menos, de acuerdo con la definición de la ley sustantiva, una transacción, y ya se ha visto que en concepto del Tribunal se trata de "una figura especial con caracteres específicos distintos de la transacción; y que no es un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como ocurre en los delitos".

Supuesto, pues, que este Tribunal llegara a la conclusión de que la conciliación que se realiza ante los Jueces del Trabajo sí es una verdadera transacción, este concepto no sería suficiente para producir la casación del fallo.

Pero como la acusación sostiene que hubo una transacción entre las partes y por esto se señala como violada la disposición del art. 2469 del C. C., que define este contrato, en relación con el 1503 que expresa que toda persona es legalmente capaz, salvo las que la ley exceptúe expresamente, es pertinente estudiar la interesante tesis que la demanda plantea.

La transacción ante el Derecho del Trabajo

Ya se ha dicho que no importa, para los efectos de este recurso, examinar si la conciliación que se opera ante los funcionarios judiciales del trabajo es o no una verdadera transacción, porque el arreglo de que da cuenta el expediente formado en este negocio se verificó en condiciones bien distintas.

Para Planiol y Ripert los elementos jurídicos de toda trasacción son los siguientes: 1º La existencia de un litigio; 2º La intención de poner fin al mismo; 3º Concesiones recíprocas, consentidas con ese propósito. Si se celebra un pacto cuando no existe pleito entre las partes, no se configura ya el fenómeno de la transacción; pero no será nulo, salvo que se funde en la creencia de un litigio ilusorio, caso en que será inexistente. La finalidad de la transacción puede también ser la de evitar el pleito.

Entre los elementos enunciados es el tercero el que más tiene que ver con el problema de la renuncia de derchos del trabajador, como que si se habla de concesiones recíprocas, se está diciendo igualmen-

te que hay en el fondo un sacrificio de parte por lo menos del derecho que se cree tener. Por eso dicen los referidos autores que "los sacrificios consentidos implican necesariamente, por una parte una renuncia, al menos parcial, a **la prestación sostenida.** (Se subraya). Por otra, esa renuncia puede verse contrapesada, bien por una renuncia recíproca a otras pretensiones contradictorias, de suerte que el litigio se liquida por arreglo o por prestaciones ajenas al pleito".

La transacción según el art. 2469 de nuestro Código Civil, es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.

Esta disposición es trasunto de la definición del Código de Napoleón que expresa en su art. 2044 que "es un contrato por el cual las partes ponen término a un litigio ya nacido o previenen un litigio por nacer".

Y agrega el art. 2740: "No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción".

Se considera:

De autos aparece que el Capitán Concha Venegas no se hallaba conforme con la manera como venía cumpliéndose el contrato que tenía celebrado con la Avianca desde que hubo de recurrir al Departamento Nacional del Trabajo con el objeto de obtener el arreglo de sus diferencias con la Empresa, según resulta del concepto que obra en el juicio. De suerte que es indudable que cuando firmó los finiquitos de que se hace mención antes, tuvo seguramente el propósito de dejar liquidada una situación, y la Empresa "Avianca" a su turno, el de evitar un litigio. Por estas circunstancias la Empresa accedió al pago de las prestaciones del Capitán Concha, exigiéndole, como era natural, que firmase el respectivo recibo, con la declaración expresa de que no tenía reclamación alguna que formular en relación con la ejecución del contrato de trabajo que había existido entre las partes mencionadas.

Los antecedentes que precedieron a la firma de los finiquitos expedidos por el Capitán Concha, hacen pensar que el ánimo de las partes fue el de evitar un litigio. Y como la transacción supone concesiones recíprocas, se tiene, de un lado, que el expresado Capitán, creyendo tener derecho a que se le reconociese una determinada cantidad, por concepto de salarios y las consiguientes prestaciones derivadas del monto de éstos, resolvió recibir las sumas de que antes se ha hablado, y declararse a paz y salvo con la Empresa por razón de esos salarios, de cesantía, etc., y, a su turno, la Empresa decidió pagar a

Concha el valor de seis meses de vacaciones, sin estar obligada a ello, según la propia confesión de éste, pues el derecho a ellas no se nacía sino en el caso de que el contrato de trabajo fuera prorrogado por dos años. De suerte que la concesión de la Avianca fue la de reconocer esas vacaciones más el valor de un viaje a Nueva York, ida y regreso.

Por consiguiente, auncuando no hay en el expediente la constancia expresa de haberse celebrado un contrato de transacción entre las partes, sí es verdad que de los diversos documentos que obran en él aparece claro el ánimo de realizarlo. Los finiquitos firmados por el demandante no son, por sí solos, la prueba de la existencia del contrato; pero considerados, como se ha dicho, en relación con los antecedentes, sí se configura la transacción operada entre las partes.

Pero como el cargo en la forma en que se ha planteado es incompleto porque omite el señalamiento o la acusación por violación del art. 2483 del Código Civil que le da a la transacción el efecto de cosa juzgada, que es muy distinto del que aquí se señala, el asunto se considera en su integridad a continuación, al estudiar el segundo cargo que sí indica como infringido el mencionado precepto.

Segundo cargo

Este cargo se refiere a la falta de estimación de las pruebas que, en sentir del recurrente, demuestran la celebración del contrato de transacción.

Como en el estudio del cargo anterior se llegó a la conclusión de que sí hubo una transacción entre las partes, aquí sólo cabe examinar si es o no válida, y si produjo el resultado de extinguir las obligaciones de la Empresa demandada con respecto a su empleado Capitán Concha Venegas.

Las disposiciones que se señalan como violadas son las mismas del cargo anterior, y, además, el art. 2483 del Código Civil, que determina que la transacción produce el efecto de la cosa juzgada en última instancia.

Todos los razonamientos que exponen para fundamentar este cargo están encaminados a demostrar que las circunstancias que rodearon o antecedieron a la firma del finiquito expedido por el Capitán Concha Venegas, configuran el contrato de transacción. Dice el recurrente que por falta de apreciación de las pruebas que obran en el expediente y que en su escrito determina, el fallador incurrió en un error de hecho y que por lo mismo violó, por no haberlos aplicado, los arts. 2469 y 2483 del C. C.

Como en derecho laboral se admite que los beneficios otorgados por las leyes en favor de los trabajadores son irrenunciables, surge el conflicto cada vez que se está en presencia de un arreglo celebrado por las partes interesadas, fuera de juicio, en forma directa, y sin que se autorice por el respectivo funcionario judicial en el período conciliatorio, cuando se ha ocurrido en demanda para el reconocimiento de las respectivas prestaciones.

Será, pues, necesario hacer un estudio acerca del alcance de la transacción en el derecho del trabajo, a fin de determinar si el arreglo de que dan cuenta los autos tiene algún valor, o si, por el contrario, debe mirarse como inexistente, por violación de las disposiciones de orden público que hacen irrenunciables los derechos emanados de las leyes sociales.

Es esta una cuestión que suscita las más encontradas opiniones, no solamente entre los comentadores nacionales, sino entre los expositores extranjeros, y al rededor de la cual hay amplia jurisprudencia de los Tribunales de algunas naciones en donde la legislación social se halla bastante avanzada.

Se ha dicho que toda transacción que haga el trabajador, en la cual vaya envuelta la renuncia de un derecho indiscutible, es nula.

"La existencia de las concesiones recíprocas, dicen Planiol y Ripert, es el elemento que separa la transacción de las simples renuncias así como del allanamiento y del desistimiento, que son actos en que el sacrificio solamente pesa sobre una de las partes". "Los sacrificios consentidos implican necesariamente, por una parte, una renuncia, al menos parcial, a la **pretensión sostenida**". (Se subraya).

Se hace notar aquí que la renuncia de que se habla bien puede ser no la del derecho en sí mismo sino la de la prestación respectiva.

El demandante estimó que tenía derecho a que se le pagasen sus sueldos en la mismacuantía en que se pagaban a los aviadores extranjeros, con base en el art. 17 de la Ley 10 de 1934 que reza lo siguiente:

"En igualdad de circunstancias no puede concederse a los empleados extranjeros por las entidades públicas o empresas nacionales o extranjeras que trabajen dentro del país, mayores garantías o ventajas que las otorgadas a empleados colombianos.

"La infracción de este mandato será penada con multas de doscientos a mil pesos ($ 200.00 a $ 1.000.00), a cargo del patrón y en favor del Tesoro Nacional".

También se apoyaba en lo dispuesto por el artículo 4º de la Ley 149 de 1936, que dice:

"Cuando en una empresa haya empleados, contratistas y obreros permanentes de distintas nacionalidades, que desempeñen unas mismas funciones, los empleados, contratistas y obreros nacionales tendrán derecho a exigir remuneración y condiciones iguales y pago en la misma moneda".

La irrenunciabilidad de los derechos sociales

Tratándose de una legislación como la del trabajo, que es considerada como ya se ha dicho, de orden público, toda estipulación contractual que vaya en menoscabo de los derechos del trabajador, que la ley ampara, es nula. De suerte que no hay dificultad cuando se trata de examinar la cuestión en el momento anterior a la ejecución del contrato, esto es, en la etapa de su celebración. No puede, por ejemplo, el trabajador renunciar previamente al derecho de tomar vacaciones, o a recibir el auxilio en caso de enfermedad o a cobrar cesantía, etc. En este particular no hay lugar a dudas.

Pero, una vez terminado el contrato respectivo, cuando el trabajador ha recobrado su total independencia, puede efectuar arreglos o transacciones que menoscaben sus derechos? La autonomía de la voluntad que en los contratos de trabajo está restringida por la ley, cuando los derechos emanados de su ejecución se han fijado ya en cabeza del trabajador, pueden ser objeto de concesiones, de renuncia, total, o parcial?

Es esta una de las más arduas cuestiones suscitadas en el derecho laboral y en la cual no se hallan de acuerdo de los expositores.

He aquí cómo se expresa el tratadista Eduardo Staforini, sobre el particular:

"Cuando el empleado prefiere una solución inmediata aunque implique una reducción de sus derechos, ante la perspectiva de tener que supeditar el cobro de sus haberes a las dificultades que debe vencer para lograr un pronunciamiento judicial y al tiempo que comúnmente requiere la prosecución de un juicio sería aventurado afirmar que en esos casos exista, un vicio de consentimiento.

"Puede argumentarse que la transacción involucra siempre una renuncia parcial de derechos y que, en consecuencia, desnaturaliza el fin perseguido por la norma jurídica, modificando, por acuerdo de partes, la extensión de sus beneficios en pugna con los propósitos que la inspiraron. Esa argumentación es aceptable en los casos en que el derecho del empleado u obrero surja con una evidencia tal que no pueda ser puesto en tela de juicio; pero no siempre ese derecho y la consiguiente responsabilidad u obligación patronal apa-

recen en la forma expresada y en ocasiones implica un verdadero problema jurídico prever ante cuestiones de hecho y de derecho que pueden plantearse, las contingencias y resultados de un pleito. Las soluciones judiciales, que no pueden sino reconocer la totalidad del derecho o negarlo también en toda su extensión resultan igualmente severas cuando la verdad de los hechos ocurridos no ha podido esclarecerse por falta de pruebas, o cuando el derecho se presta a interpretaciones contradictorias".

"El procedimiento conciliatorio y la transacción aparecen en esos supuestos como los medios más indicados para solucionar las diferencias entre las partes, dotando a la norma jurídica de una elasticidad que la hace más aceptable al caso de que se trata, y obteniendo el abandono de posiciones intransigentes, ya sea del trabajador o del patrono, para restablecer el equilibrio necesario que permita la ejecución del contrato de trabajo".

Algunos autores partiendo de la base de que la transacción envuelve una renuncia parcial del derecho de cada una de las partes, que por lo que respecta al trabajador equivale a la remisión de una deuda, cuando con posterioridad a la prestación del servicio, celebra aquel contrato, hace la distinción conveniente, según el momento en que se opere la transacción:

"Podría hacerse una distinción jurídica, dice Castorena, entre la renuncia y la remisión de la deuda. La renuncia es la aceptación de la extinción de un derecho establecido por la ley en favor de una de las partes, su característica es la de que ese sacrificio se produce antes de que nazca el derecho, precisamente al celebrarse el contrato; se sabe que ese derecho tendrá que derivarse del hecho jurídico que celebran; de allí que las partes, anticipándose al nacimiento de ese derecho que indiscutiblemente es un efecto del contrato, previenen su invalidez".

"Por lo que va al segundo problema se admite la transacción, siempre que no se encuentre esclarecido el derecho del trabajador; es decir, siempre que el Tribunal del Trabajo no haya establecido en su favor la percepción de algún beneficio, pues si tal hubiere sucedido, la transacción simplemente ocultaría una remisión de deuda parcial, y la remisión de deuda no opera en nuestro derecho. La transacción consistiría, en ese caso, en sacrificar una porción del derecho del trabajador ya dilucidado y plenamente establecido, y ello sería contrario al propósito de la ley".

Según las tesis que quedan expuesas, forzoso es para el fallador examinar en cada caso si el arreglo o transacción respectivo es de

aquellos que conllevan necesariamente una evidente renuncia de los derechos del trabajador que se hallan amparados por la ley. Esto, desde luego, partiendo de la base de que la ley no puede aplicarse de una manera absolutamente rígida hasta el punto de declarar que toda transacción celebrada en relación con los derechos que el trabajador cree tener es nula, en cuanto a servicios ya prestados y que ella envuelve en todo caso una renuncia parcial de sus derechos. Porque si se llega a esta conclusión ningún acuerdo será posible entre patronos y trabajadores y todas las prestaciones sociales, aún las más claras e indiscutibles, no podrán pagarse directamente, por virtud de arreglo, porque el litigio quedaría pendiente a pesar de la declaración que se hiciera de que están satisfechas las prestaciones del trabajador, y habría que ocurrir en todo caso ante las autoridades judiciales, para que por su intermedio, se propieciasen los arreglos o se admitiera como válido el pago que se hiciera.

Y es que de que la transacción suponga concesiones recíprocas no puede seguirse, precisamente, que al hacerlas se sacrifiquen los derechos respectivos; las concesiones se refieren o pueden referirse a las pretensiones de cada una de las partes, cuando no se trata de situaciones indiscutibles, pues que de serlo, no cabría propiamente ninguna transacción acerca de ellas, y en ese caso sí habría renuncia clara de derechos, inaceptable en materia laboral.

En sentencia de nueve de junio del presente año, este Tribunal tuvo oportunidad de estudiar un caso que guarda alguna analogía con el que hoy se examina, y en relación con la irrenunciabilidad de derechos en materia social dijo lo siguiente:

"Es indiscutible que la legislación del trabajo es de orden público. Sobre la base de que el trabajador en la generalidad de los casos necesita de la protección del Estado para que su actividad no sea objeto de explotación por parte del empresario o patrono, que se supone mejor capacitado para defenderse socialmente en sus relaciones con el trabajador, la ley opera con un sentido tutelar en favor de éste, y, en previsión de que sus mandatos sean mal aplicados o dejen de aplicarse, consagra el principio de la irrenunciabilidad de los derechos y garantías establecidas en su favor".

"De manera que es un hecho cierto, que el trabajador no puede renunciar a los beneficios que la ley le otorga. Y esto en la práctica no suscita dificultad alguna cuando se trata de la renuncia anticipada de esos beneficios. Toda estipulación que menoscabe esos derechos del trabajador, hecha con antelación a la realización del trabajo, esto es, antes de causarse el derecho, tiene un objeto ilícito, y no es necesario insistir acerca de este aspecto de la cuestión.

"En cuanto a los derechos concretos del trabajador, esto es, a aquellos que son el resultado del cumplimiento del contrato de trabajo, de la prestación del servicio, y respecto de los cuales no falta sino el reconocimiento y pago, la jurisprudencia se ha orientado en el sentido de que siendo la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador una medida de protección que la ley ofrece a éste contra los posibles abusos de los patronos, tampoco debe admitirse su menoscabo en forma alguna, así se trate de arreglos con toda la apariencia de licitud. Por esto, la transacción, en tratándose de derechos laborales, en cuanto se demuestre que ha sido operada en forma que lesione los intereses del trabajador, por no ajustarse a los mandatos legales, viene a ser considerada como una renuncia de tales derechos, y, por consiguiente, contraria a las normas que consideran de orden público el derecho social".

En relación con el finiquito expedido por el trabajador se expresa así la misma sentencia:

"En el Código de Trabajo de Chile existe una disposición análoga a la del art. 18 de la Ley 10 de 1934, que dice así:

"Los derechos otorgados por las leyes del trabajo son irrenunciables".

La jurisprudencia de ese país es abundante en el sentido de atribuírle valor al finiquito en virtud del cual el trabajador declara libre de obligaciones a su patrón, por servicios prestados.

"La irrenunciabilidad de derechos y beneficios que establece la ley, no obsta para que el Tribunal atribuya completa eficacia al finiquito por el cual el empleado declara al empleador libre de todo cargo y responsabilidad derivada de la terminación de su contrato de servicios". (Sentencia del Tribunal de Alzada de Santiago).

"El hecho de estar el empleado en su puesto al firmar el finiquito, no le priva de mérito probatorio, por cuanto lo que el Código de Trabajo prohibe es toda estipulación que importe renuncia de derechos o beneficios que en él se establecen, pero no de los que tengan relación con servicios prestados o devengados". (Corte Suprema de Santiago).

"Si se negara valor a un finiquito por el hecho de haber sido otorgado cuando el empleado estaba en servicios y que se refiere a prestaciones anteriores a él, habría que suponer que el legislador no contempla sino empleadores que no cumplen sus obligaciones, o sea, empleadores y empleados que no podían liquidar sus derechos y obligaciones sino por la vía del litigio judicial, lo que es inadmisible; pues un finiquito, substancialmente, no es otra cosa que un recibo

escrito que da constancia de pagos realizados, es decir, prestaciones de lo debido efectuadas antes de toda controversia judicial, y esta es la finalidad requerida universalmente por el Legislador, porque es la que por excelencia rechaza prácticamente el desorden entre los ciudadanos, al cumplir estos buenamente sus obligaciones, sin necesidad de la coacción, que sólo ampara el derecho resistido. (Sentencia de la Corte Suprema de Santiago de Chile)".

También la jurisprudencia española ha consagrado el hecho de que el finiquito no conlleva necesariamente renuncia de los derechos del trabajador. Así puede verse, por ejemplo, en sentencia de 18 de enero de 1933, y en relación con el art. 57 de la Ley sobre contrato de trabajo, que expresa que es nulo todo pacto que limite en daño de cualquiera de las partes el ejercicio de los derechos civiles o políticos, así como la renuncia, hecha por el trabajador, antes o después de la celebración del contrato, de las indemnizaciones a que tenga derecho por accidentes en el trabajo, perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato o cualesquiera otros beneficios establecidos por la ley. Allí se dijo:

"El recibo de cancelación de todas las cuentas existentes entre patrono y obrero no puede considerarse pacto nulo ni que contiene renuncia de derechos, sino que es finiquito de cuentas, que ha de producir efectos legales".

En otra decisión se lee: "Ya se dé al documento por el que el actor se declara completamente liquidado sin derecho a reclamación alguna, el carácter de una declaración de pago, constitutiva de un elemento de prueba, ya el de una renuncia de derechos, siempre será forzoso estimar que no tiene por sí sólo valor decisivo, sino sometido a la apreciación del juzgador en concurrencia con los demás elementos probatorios aportados, y lo que es más, nulo en el segundo supuesto, por establecerlo así la legislación social, cuyo espíritu y letra niega la eficacia a la renuncia de derechos reconocidos a favor de los obreros".

"De esta jurisprudencia resulta más fácil de comprender, por qué no puede reputarse en todo caso que una carta de pago o finiquito envuelva precisamente una renuncia de derechos. Porque bien puede ocurrir que la suma recibida corresponda al valor de las respectivas prestaciones, y muchísimo más si hay algunas de ellas susceptibles de diferendo, de litigio, y que podrían llegar a no ser reconocidas por la justicia".

Si se acepta que la transacción puede operarse en determinados casos, en el derecho laboral, como ya se ha dicho, aquí, será forzoso

examinar hasta qué punto el arreglo hecho por el demandante con la Empresa **Avianca** envuelve una renuncia de derechos.

Era indiscutible el derecho alegado por el Capitán Concha, a la luz de las disposiciones legales citadas antes (Ley 10 de 1934, art. 17 y Ley 149, art. 40 de 1936)?

Quizá no sea preciso para los fines de este fallo examinar el alcance del art. 17 de la Ley 10 de 1934, en presencia de la del art. 4º de la 149 de 1936, que en forma concreta contempla el caso que es materia de este estudio, dado que sus términos son de absoluta claridad, en el sentido de consagrar el derecho de los empleados colombianos a obtener igual remuneración y condiciones que los extranjeros, en razón de las mismas funciones. Su texto no deja lugar a dudas y para su aplicación basta con que se establezca en forma eficaz el desempeño de idénticas labores a las que realicen o ya hayan realizado aquéllos, y, además, la condición de permanencia o estabilidad en el cargo respectivo.

Al paso que el demandante afirma que él desempeñaba iguales funciones que los aviadores extranjeros que se hallaban al servicio de la Empresa demandada, durante la época en que le prestó sus servicios, el apoderado de ésta sostiene que esas funciones eran distintas, porque, entre otras cosas, los aviadores extranjeros estaban encargados, además, del entrenamiento de los pilotos colombianos. Y es así como el mismo Capitán Concha Venegas, en posiciones, dice que para manejar los aviones Douglas, hubo de recibir instrucciones de un piloto americano. Aclara que esas instruciones fueron dadas en unos pocos vuelos, y que el funcionamiento de esos aviones apenas difiere en detalles adjetivos del de los tipos de aviones que él venía manejando en la Avianca, y que no se necesitaba sino de la experiencia que ya tenía para aprender y dominar su manejo. De otro lado, la Empresa sostiene que los aviadores extranjeros han sido traídos al país en forma transitoria, mientras hay personal colombiano preparado para atender en forma completa las necesidades de la Empresa, y que, por este concepto, no se cumple la condición de permanecia de que trata el art. 4º de la Ley 149 de 1936. Pero, como durante todo el tiempo en que el Capitán Concha sirvió a la Avianca estuvieron también a su servicio algunos aviadores extranjeros, el fallo afirma que la noción de permanencia subsiste clara, pues no cuenta el ánimo de que sean retirados en cualquier tiempo, si no lo fueron durante todo el lapso en que se utilizaron sus servicios.

Sostiene, además, la Empresa demandada que el mismo Capitán Concha Venegas no gozaba de una situación de estabilidad o per-

manencia, desde luego que su primer contrato había sido cancelado, y según los términos de la carta que obra al folio 19 del expediente, fue contratado nuevamente, pero de modo indefinido, reservándose aquélla el derecho de dar por terminada la relación contractual mediante el previo aviso de un mes. Que esa circunstancia colocó al demandante en una condición de interinidad manifiesta, por lo cuaul no es aplicable tampoco la disposición del art. 4º de la prenombrada ley. A su turno, el fallo recurrido parte de la base de que no obsta la interinidad que la Empresa alega, para considerar cumplida la condición de permanencia, pues que a esa noción se contrapone tan sólo la de trabajo ocasional, esto es, que la interinidad no excluye la estabilidad o permanencia.

Como fácilmente puede observarse, los puntos de vista expuestos por las partes al través del litigio, son susceptibles de muy diversas soluciones. Razones valiosas obran de uno y otro lado para sostener las encontradas tesis que suscita su estudio, cardinal circunstancia que pone de relieve la necesidad en que aquéllas se vieron de buscar un arreglo para zanjar sus diferencias.

Este Tribunal se limita, en cuanto a la última cuestión enunciada, a expresar que, en tratándose de empleados particulares, es impropio hablar de interinidad, pues este concepto sólo es aplicable a los cargos oficiales que requieren nombramiento, ya que en materia laboral la condición de permanencia hay que referirla a las estipulaciones del respectivo contrato, si lo hubiere, o a las circunstancias especiales en que se realice el trabajo. De todo lo anterior se deduce que el derecho alegado por el demandante no era absolutamente claro, sino al contrario, muy discutible, a tal punto que ha dado lugar a esta ya larga e intrincada controversia.

Mas, sea ello lo que fuere, este Tribunal ahondaría en el análisis de la cuestión que plantean los hechos en relación con los dos factores esenciales que señala el artículo 4º de la Ley 149, igualdad de funciones y condición de permanencia, si no fuera porque tal cosa carece de importancia práctica, ya que este estudio se ha dirigido a fijar el alcance de los finiquitos firmados por el demandante, en forma libre y espontánea, y en los cuales encuentra la Empresa demandada fundamento suficiente para sostener que ellos son el resultado de una transacción que produjo el efecto de liquidar la situación existente entre las partes, por razón de los servicios prestados a la Empresa por el Capitán Concha Venegas. Debe declarar este Tribunal que no solamente ha hallado configurada la transacción verificada como se dejó dicho antes, sino que hay una circunstan-

cia especial que opera con resultado positivos en el presente negocio. Se trata de que los finiquitos firmados por el Capitán Concha Venegas no fueron obra de coacción o dolo, sino que, por el contrario, se produjeron en virtud de conversaciones previas y mediante la intervención solicitada del Departamento Nacional del Trabajo. En efecto, por lo que hace al contrato que terminó el 31 de octubre de 1942, en el expediente hay expresa constancia de que se solicitó conjuntamente, en nota de quince de abril de 1943 tal inversión, y ál pie del recibo firmado por el demandante se dejó la atestación de esa circunstancia, en los siguientes términos: "para constancia, firmamos ante la Oficina del Trabajo el presente documento, por petición conjunta de la Avianca y de Enrique Concha Venegas en Bogotá a los quince (15) días del mes de abril de mil novecientos cuarenta y tres (1943) (Fdo.) Enrique Concha V. El Jefe del Departamento Nacional del Trabajo. (Fdo.) Francisco Posada Zárate. Hay un sello que dice: "República de Colombia. - Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social. Departamento Nacional del Trabajo. - Dirección".

Y el segundo finiquito, de fecha dieciséis (16) de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944) aparece igualmente autorizada por el Inspector Nacional del Trabajo, ante dos testigos, debidamente sellado con el sello de la Inspección Nacional del Trabajo de Cundinamarca.

Debe darse a la intervención del Departamento Nacional del Trabajo alguna importancia, para apreciar el alcance de los finiquitos expedidos por el señor Capitán Concha en favor de la Empresa demandada? O, partiendo de la base irreductible de que los derechos emanados de las leyes sociales son irrenunciables, esa intervención carece de mérito?

No obstante haberse solicitado y aceptado por las partes resultaría inocuo y definitivamente supérflua esa intervención y será preciso, una vez cumplida la misión de esa oficina a la cual le estaba encomendada la tarea de armonizar las relaciones entre el capital y el trabajo, ¿desestimar los arreglos por ella propiciados, por no tener validez alguna? Y, en este último caso, será forzoso recurrir a las autoridadades jurisdiccionales del trabajo para obtener el reconocimiento de los respectivos derechos?

Este Tribunal estima que las disposiciones legales que atribuyeron al Departamento Nacional del Trabajo la facultad de intervenir en la solución de los conflictos entre patronos y asalariados, tales como la del art. 12 del Decreto Ley 666 de 1936; del art. 1º de la

Ley 12 del mismo año; el 5º del Decreto Ley 2392 de 1938, letra b), ordinal 4º del art. 11 del mismo y demás concordantes, no pueden ser consideradas como simples palabras sin alcance práctico alguno. Si a las Oficinas del Trabajo les estaba encomendada la vigilancia e intervención para obtener el cumplimiento de las leyes de carácter social, y muy especialmente, según el art. 36 del Decreto 652 de 1935, se les impuso la obligación de velar por el de las disposiciones relativas a los derechos de los empleados particulares, no puede afirmarse con éxito que los arreglos propiciados por tales oficinas, por lo menos llevados a cabo con su intervención, mediante una verdadera función conciliatoria de los intereses encontrados de las partes, carecen de valor alguno, y que, por consiguiente, haya necesidad de recurrir a la jurisdicción especial del trabajo, una vez concluídos tales arreglos y obtenido el pago correspondiente de las prestaciones reclamadas ante aquéllas, para buscar el reconocimiento de las que se consideraren insatisfechas.

El Tribunal Supremo no encuentra admisible tal cosa, no solamente porque tiende a crear un estado de inestabilidad, peligroso, por todos los conceptos, sino porque le resta seriedad a esa intervención que la ley, de modo expreso, y con claro sentido tutelar, encomendó a las autoridades administrativas del trabajo, haciendo posible el avenimiento de las partes en conflicto.

Por estas consideraciones, estima este Tribunal que, fuera de que los derechos reclamados por el Capitán Concha no tenían el carácter de indiscutibles, desde luego que fueron materia de prolongadas discusiones ante los funcionarios del trabajo, y que los arreglos respectivos se llevaron a cabo mediante la intervención de éstos, la transacción celebrada entre aquél y la Empresa demandada está suficientemente configurada y tiene completa validez para producir el efecto que la ley le atribuye.

Están fundados los dos primeros cargos de la demanda, especialmente por violación del art. 2483 del Código Civil, por lo cual la sentencia habrá de ser casada.

En mérito de las anteriores consideraciones, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, de fecha dos de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis, al mismo tiempo REVOCA la de primer grado y en su lugar ABSUELVE a la Empresa demandada de los cargos de la demanda.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Diógenes Sepúlveda Mejía. — Luis Alberto Bravo. — Cástor Jaramillo Arrubla. — Guillermo Martínez R., Secretario.

ACCION DE PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO DE TRABAJO

I. REQUISITOS QUE SE DEBEN LLENAR PARA TENER DERECHO A INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — II. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. — III. RECONVENCION JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL. — IV DISTINCION ENTRE EL AUXILIO DE CESANTIA Y LA INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — V. ABUSO DEL DERECHO

I.—Cuatro requisitos exige la doctrina para tener derecho a la indemnización de perjuicios, de una y otra clase, compensatoria o moratoria: la infracción de la obligación, el perjuicio, culpa o dolo del infractor, y que se le constituya en mora.

II.—Para que haya responsabilidad contractual, dice la doctrina y lo ha aceptado nuestra jurisprudencia, basta que se hayan incumplido las obligaciones emanadas del contrato, es decir, que haya habido culpa, y es suficiente la demostración de ese incumplimiento para que por ese mismo hecho se entienda existente la culpa, toda vez que la inejecución de sus obligaciones no es la conducta propia de una persona diligente y avisada.

III.—La simple demanda judicial en que se pide el cumplimiento de la obligación, o la resolución del contrato, o la indemnización de perjuicios, es la reconvención judicial exigida por el ordinal 3º del art. 1608 del Código Civil. Es la más clara manifestación que puede hacer un contratante en tal sentido. Si el deudor, notificado de la demanda, no cumple o no indemniza, por ese hecho de la demanda queda constituído en mora de hacerlo. Puede también recurrirse a una reconvención extrajudicial, antes de iniciar la demanda, pero el libelo mismo cumple la finalidad. Con la demanda notificada al deudor, queda éste constituído en mora.

V.—El derecho al auxilio de cesantía y la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato son dos cosas completamente distintas, y esa distinción resulta suficientemente clara en nuestra actual legislación, donde se consagra por separado, en distintos preceptos, la acción de cesantía y la de perjuicios por incumplimiento del contrato. Son derechos diversos, sin subordinación del uno al otro, y sus acciones como independientes, no se excluyen entre sí.

V.—No comete abuso del derecho el patrón que rompe por su cuenta y riesgo un contrato vigente de trabajo, sin respetar el plazo contractual y sin haber denunciado previamente ese contrato, porque el abuso del derecho sólo tiene lugar cuando se ejercita un derecho con la intención de perjudicar o cuando sin esa intención aparece que se ejerce en forma contraria a su destinación. Y el patrón que da por terminado un contrato de trabajo sin respetar el plazo estipulado y sin dar el aviso previo convenido, no está ejercitando un derecho, sino, por el contrario, está actuando contra derecho, está incumpliendo esas obligaciones contractuales, o sea, está violando el derecho del trabajador. La tesis del abuso del derecho se incluye últimamente por la doctrina dentro de la teoría más amplia de la culpa, porque la actividad contraria a derecho en los casos que su abuso ocasiona daño, es decir, la actividad ilícita, es sencillamente constitutiva de culpa.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Jaramillo Arrubla)

Bogotá, diciembre diez y nueve de mil novecientos cuarenta y siete.

El 30 de noviembre de 1937 decidió en segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el litigio verbal seguido por el señor Luis Ortiz U. contra el Banco de Colombia, S. A., de esta ciudad.

En dicho fallo se condenó a la entidad demandada a pagarle al actor la suma de $ 1.880.78 por concepto de auxilio de cesantía. En cuanto a las demás peticiones de la demanda, o sea, que se condenara al Banco a pagarle al demandante las diferencias a favor suyo por razón de remuneración de sus servicios, entre la moneda inglesa es-

tipulada y la colombiana que se acreditó a su cuenta; los intereses bancarios de dichas sumas; los perjuicios que resulten por la resolución o terminación del contrato de trabajo que tenía celebrado con la sociedad demandada y los gastos de regreso a Europa, dijo esa sentencia que no era el caso de hacer ninguna declaración, por lo cual le quedaban a salvo al actor las acciones pertinentes.

En la parte motiva de esa providencia expresó el Tribunal que en dicho juicio se habían acumulado acciones que por su naturaleza no podían reunirse en una misma demanda, ya por su cuantía como porque algunas de ellas no podían tramitarse por la vía especial sino por la ordinaria. Por lo tanto, sólo decidió la de cesantía por medio de ese juicio verbal.

Cuatro años más tarde, el 30 de septiembre de 1941, el mismo señor Luis Ortiz U. demandó nuevamente al Banco de Colombia, S. A., de esta ciudad, para que por los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía se hiciesen las siguientes declaraciones:

"**Primera.**—Que se declare que el Banco de Colombia, Sociedad Anónima con domicilio en Bogotá, infringió o incumplió el contrato que con fecha veintiocho (28) de junio de mil novecientos veintinueve había celebrado con el suscrito **Luis Ortiz U.** sobre arrendamiento de servicios, al retirme (sic) de su servicio sin justa causa estando vigente dicho contrato, haber dejado de pagar el sueldo estipulado en el mismo y los gastos de mi regreso a Londres.

"**Segunda.**—Que como consecuencia de lo anterior se condene al Banco demandado a pagarme las sumas o diferencias a mi favor, entre las sumas que me ha acreditado mensualmente en moneda colombiana a buena cuenta de la remuneración de mis servicios y la de cincuenta y ocho libras esterlinas, seis chelines y ocho peniques (58-6-8) que debía pagarme cada mes, o sea, a razón de setecientas libras esterlinas por sueldo o remuneración anual; diferencias que deben determinarse por regulación anual, estimación pericial y convertirse a moneda corriente nacional al tipo promedial de cambio del día en que me fueron acreditadas las sumas en moneda corriente a buena cuenta de mi sueldo.

"**Tercera.**—Que se condene al Banco demandado a pagarme los intereses de demora a la tasa bancaria del ocho por ciento anual, computados sobre cada una de las sumas que mensualmente dejó de pagarme, de acuerdo con la condenación anterior y liquidados hasta la fecha que verifique el pago.

"**Cuarta.**—Que se condene al Banco demandado a pagarme los gastos de regreso a Europa (Londres) por valor de un mil pesos o la cantidad en que se fijen dentro de este juicio.

"**Quinta.**—Que se condene al Banco demandado a pagarme el valor de los perjuicios materiales y morales que me resultaron de la referida infracción del contrato relacionado en esta demanda, por la suma que se fije en este juicio con intervención de peritos; y

"Sexta.—Que se condene al Banco demandado a pagarme las costas y agencias de este juicio, si se opone a que se hagan las declaraciones anteriores".

Fundó su acción en los hechos que se resumen así:

El 28 de junio de 1929 celebró con el Banco demandado un contrato que fue suscrito en Londres, para prestación de sus servicios a esa institución bancaria en cualquier puesto que se le confiara, como Secretario, Sub-gerente, Contador u otro que se relacionara con negocios bancarios. El Banco se obligó a pagarle como remuneración de sus servicios un sueldo de setecientas libras esterlinas (700-0-0) cada año, dividido en doce contados mensuales. Como plazo de duración se estipuló el de tres años, renovables por otros tres "salvo que cualquiera de las partes dé aviso a la otra con tres meses de anticipación, por escrito, de su intención de cancelarlo". También se estipuló que el Banco le pagaría los pasajes de Londres a Bogotá y los de regreso a aquella ciudad, a la terminación del contrato. Este convenio principió a contarse desde el 19 de septiembre de 1929 cuando entró el actor a desempeñar las funciones que le fueron señaladas. Desde esa fecha hasta el 31 de agosto de 1931 el Banco le pagó sus servicios en libras esterlinas al tipo promedial de cambio del día del pago de cada mensualidad, pero desde el primero de septiembre de este último año no le hizo el pago en dicha moneda. Como no mediara aviso por escrito con tres meses de anticipación de ninguna de las partes para dar por terminado el contrato, y el Banco conservó al demandante a su servicio, sufrió dos prórrogas de a tres años cada una, la primera que venció el 18 de septiembre de 1935 y la segunda que expiraba en consecuencia el 18 de septiembre de 1938. Estando dentro de esa segunda prórroga el Banco decidió, sin aviso alguno, dar por terminado el contrato el 3 de febrero de 1936 y así se produjo la separación del servicio del actor el 12 de marzo siguiente, fecha en que terminaban sus vacaciones. El demandante inició su carrera bancaria el 1º de octubre de 1918 en cargos de importancia en la sucursal del Banco de Bilbao en Londres (Inglaterra), en donde prestó sus servicios a entera satisfacción de sus directores hasta el 6 de julio de 1929 en que se retiró voluntariamente para venirse a Bogotá a cumplir el contrato celebrado con el Banco de Colombia. En esta última entidad desempeñó los cargos de Sub-auditor y Visitador

de sucursales "con estricta honorabilidad y competencia en todas las labores encomendadas a su cuidado", según lo certifica el Banco. Además, sirvió interinamente los cargos de Gerente de las sucursales de esa institución en Bucaramanga, Pasto, Popayán y Santa Marta. Para venir a cumplir su contrato, el actor dejó una posición holgada y ventajosa, una carrera estimulada por ascensos o promociones y aumentos de sueldos, como es la carrera bancaria en Europa. Y con la violación o infracción de su contrato, por parte del Banco, al haberlo dado por terminado sin que mediara ninguna de las causas de terminación que se habían pactado y por el hecho de haberlo despedido sin causa o motivo, se colocó en público entredicho su nombre y su reputación profesional, desmereciendo en posición social, inhabilitándose para conseguir puestos en Bancos establecidos en el país e impidiéndole regresar a Londres porque le niega el valor del pasaje o gastos de regreso, no obstante estar así estipulado en el contrato y ordenarlo la ley.

El Banco no contestó la demanda.

El Juez 8º del Circuito en lo Civil de Bogotá, a quien le correspondió el conocimiento, le dio la tramitación correspondiente y le puso término a la instancia con su sentencia de 7 de diciembre de 1943 por medio de la cual declaró que la entidad bancaria demandada había incumplido el contrato celebrado con el actor, sobre prestación de servicios; como consecuencia la condenó a pagarle la cantidad de $ 9.407.50 moneda corriente, a título de indemnización de perjuicios materiales y morales ocasionados por la infracción de ese convenio; la condenó también a pagar la suma de mil pesos moneda corriente, valor del pasaje de regreso a Londres, y las costas del juicio. Absolvió al Banco de las peticiones segunda y tercera de la demanda.

Como ambas partes apelaron de ese fallo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá conoció del recurso y lo decidió por sentencia de 13 de abril de 1946. En dicho fallo declaró infundadas las excepciones perentorias alegadas por la parte demandada; declaró que ésta había incumplido o violado injustamente el contrato sobre prestación de servicios celebrado con el actor; la condenó a indemnizarle al demandante los perjuicios materiales y morales objetivados, así: $ 10.815.00 moñeda corriente, y la cantidad que se fije por los morales objetivados en la ejecución del fallo; confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto absolvió al Banco de las peticiones 2ª y 3ª de la demanda y lo condenó a pagar las costas de ambas instancias.

El apoderado de la entidad bancaria interpuso el recurso de ca-

sación, que le fue concedido para ante la Corte Suprema de Justicia.

Admitido en dicha Corporación, presentada la demanda de casación y recibido el alegato del opositor entró a despacho del Magistrado ponente para fallo, pero en este estado observó la Sala de Casación Civil, a cuyo conocimiento estaba el recurso, que no era ella la competente para decidirlo sino este Tribunal Supremo porque el litigio se originó en un contrato de trabajo, de modo que todas las súplicas de la demanda son de la competencia privativa de la jurisdicción especial. Así lo expresó en su auto de 30 de junio último, contra el cual interpuso reposición el opositor en el recurso. Pero por el de 14 de julio siguiente la misma Sala denegó la reconsideración y pasó el expediente a este Tribunal.

Después de un detenido estudio en esta entidad, se avocó aquí su conocimiento por medio del auto de 18 de septiembre pasado, pues estimó el Tribunal que el recurso es de su competencia por versar el litigio y también el medio de impugnación extraordinario pendiente acerca de acciones emanadas de un contrato de trabajo.

Corresponde, pues, decidir el recurso y a ello se procede.

Primer cargo

Acusa el fallo recurrido dentro de la causal primera de casación por violación de los artículos 22 de la Constitución Nacional, incorporado en el Código Civil por mandato del 4º de la Ley 57 de 1887, 11 de la Ley 6ª de 1945, 40 de la Ley 153 de 1887, 18 de la Ley 10 de 1934 y 33 del Decreto 652 de 1935.

Expresa el recurrente que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 18 de la Ley 10 de 1934 y 33 del Decreto 652 de 1935, reglamentario de dicha ley, y según la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia al respecto, todas las controversias que se originen en el contrato de trabajo, sin excepción, deberían tramitarse por el procedimiento verbal establecido en el Título 46 del Libro II del Código Judicial. Y que como el juicio que terminó con la sentencia recurrida fue tramitado por un procedimiento distinto como es el ordinario, y el Tribunal en su fallo aceptó como legal esta vía judicial se infringieron las disposiciones que cita.

Agrega el cargo que la Corte Suprema ha dicho que pretermitir la vía verbal y sustituirla por la ordinaria constituye una violación del artículo 22 de la Constitución Nacional, según la cual a nadie se le puede juzgar sino observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. Por lo cual deduce que el Tribunal de Bogotá violó el artículo citado puesto que la sentencia recurrida desconoce el dere-

cho que tiene el demandado para que el juicio en que se le ha juzgado sea el verbal y no el ordinario que se ha seguido.

También expone el recurrente que el fallo acusado se fundó en una providencia inmediatamente anterior en la cual sustenta que el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945 definió lo relativo al procedimiento para los juicios en que se ventilan controversias sobre indemnización de perjuicios originados en contratos de trabajo. Y que como ese precepto legal sólo decía sobre el particular que las acciones para la indemnización de esos perjuicios se seguirían ante la justicia ordinaria, el sentenciador confundió dicha justicia con el procedimiento ordinario, por lo cual lo aplicó indebidamente en virtud de su interpretación errónea.

Continúa el cargo diciendo que aun suponiendo en gracia de discusión que el fallo recurrido hubiese interpretado bien el artículo 11 de la Ley 6ª citado, tampoco habría podido aplicarse, violando así también el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, porque de acuerdo con este último "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". Este cargo lo amplía diciendo que cuando el artículo 11 de la Ley 6ª fue expedido y cuando entró en vigencia, hacía largo tiempo que había expirado el término que el Tribunal de Bogotá tenía para fallar el litigio, por lo cual, admitiendo que ese precepto ordenara tramitarlo por la vía ordinaria, no era aplicable sino que debía tenerse en cuenta la legislación anterior a dicha Ley 6ª de 1945, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 sobre tránsito de legislación procesal. Esa legislación anterior que ha debido aplicar son los artículos 18 de la Ley 10 de 1934 y 33 del Decreto 652 de 1935, que ordenaban para esta clase de litigios la tramitación por el procedimiento verbal del Código Judicial.

Se considera este cargo.

El Tribunal sentenciador resolvió poco antes de su sentencia, por auto de 20 de marzo de 1946, los problemas de nulidad por incompetencia de jurisdicción y por vicio en el procedimiento ordinario, escogido, que le planteó el apoderado del Banco. Dijo en esa providencia que de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945 las acciones para la indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento del contrato de trabajo correspondían a la justicia ordinaria y que de ellas había conocido siempre dicha justicia y por el procedimiento ordinario.

Y agregó que ese artículo 11 había modificado el texto del ar-

tículo 33 del Decreto 652 de 1935, cuyos términos generales parecían sugerir que todas las controversias suscitadas con base en un contrato de trabajo debían tramitarse por el procedimiento verbal del Código Judicial. Por lo cual concluyó y resolvió que como Tribunal de la justicia ordinaria era competente para conocer del litigio y que era infundada también la causal de nulidad alegada por razón del procedimiento ordinario seguido en él. Esta providencia se ejecutorió y de allí que hubiera entrado a fallar poco después, como lo hizo por medio de la sentencia que aquí se acusa.

En la sentencia recurrida hizo alusión el fallador a esa providencia cuando dijo que "la segunda instancia se ha tramitado en forma legal, y es el caso de dictar la sentencia de segunda instancia, visto que en auto ya ejecutoriado resolvió la Sala sentenciadora las cuestiones previas sobre competencia y nulidad que propuso la parte demandada". Y a continuación entró a resolver las cuestiones de fondo.

No fue, pues, en la sentencia recurrida en la que el Tribunal de Bogotá resolvió el problema jurídico que plantea este primer cargo. Fue definido antes, en auto separado, que estaba ya en firme cuando se profirió la decisión de segundo grado. Podría, pues, decirse que no es jurídico atacar en casación una sentencia por motivos o cuestiones no contempladas directamente por ella, toda vez que este recurso extraordinario sirve sólo para acusar ciertas decisiones de los Tribunales de segunda instancia, más no los autos interlocutorios dictados por esas mismas entidades.

Pero, por amplitud, se entrará a estudiar la acusación que se plantea en este primer motivo, y especialmente por la misma aceptación tácita que contiene la sentencia recurrida de las razones dadas previamente en su auto en referencia.

Es indispensable tener en cuenta, para estudiar completamente las razones alegadas por el recurrente, que en el primer juicio de procedimiento verbal seguido por el señor Ortiz contra el mismo Banco, se resolvió por sentencia ejecutoriada que las acciones que en el segundo juicio se ejercitaron deberían proponerse en demanda separada y por la vía ordinaria. A eso equivalió el fallo del mismo Tribunal Superior de Bogotá, de fecha treinta de noviembre de 1937, citado al principio de esta providencia, que sólo acogió la acción de cesantía por el procedimiento verbal y se abstuvo de considerar las restantes por no ser acumulables a aquélla por virtud de la cuantía y de la vía escogida. Por esta razón el señor Ortiz ejercitó por el procedimiento ordinario las acciones que no le fueron consideradas por el especial.

Hecha esta observación corresponde estudiar el problema jurídico planteado por el recurrente.

El artículo 18 de la Ley 10 de 1934 dispuso en lo pertinente que "mientras se establece una jurisdicción especial para la solución de los conflictos del trabajo que puedan originarse con motivo de la aplicación de las disposiciones de la presente ley, dichas controversias se tramitarán de conformidad con el procedimiento señalado en el Título 46 del Libro II de la Ley 105 de 1931". Y el 33 del Decreto 652 de 1935, reglamentario de aquella Ley 10 dijo a su vez sobre este particular: "Las controversias que se susciten por causa del contrato de trabajo que se reglamenta por el presente Decreto se tramitarán en papel común mediante el procedimiento verbal establecido por el Título XLVI del Libro II del Código Judicial vigente, y el Juez las fallará en cónciencia y con conocimiento de causa. La jurisdicción y competencia de los Jueces ordinarios se regula por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes, según las reglas generales del Código Judicial". Es conveniente advertir que este artículo 33 fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia en cuanto ordenó fallar los litigios de que trata, en conciencia, según sentencia de 19 de noviembre de 1947.

Es verdad que el artículo 18 transcrito solo estableció el procedimiento verbal del Código Judicial para tramitar las controversias originadas con motivo de la aplicación de las disposiciones de esa ley; pero el Decreto en su disposición que también acaba de transcribirse hizo extensivo ese mismo trámite a todos aquellos litigios que se suscitaran por causa del contrato de trabajo. De acuerdo principalmente con esta última disposición, la jurisprudencia de la época entendió que la vía especial llamada "procedimiento verbal", del Código Judicial, debía seguirse en todo caso en los litigios que tuvieran origen en un contrato de trabajo. Mas esa interpretación sólo vino a iniciarse por la Corte Suprema de Justicia con su sentencia de fecha 30 de mayo de 1940 pues el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la suya de 30 de noviembre de 1937, proferida en el juicio verbal del señor Ortiz contra el Banco, había adoptado una completamente contraria, que fue declarada inaceptable por la Corte. El Tribunal de Bogotá interpretando literalmente en dicho fallo el art. 18 de la Ley 10 de 1934 y sin mencionar siquiera el 33 del Decreto 652 que la reglamenta entendió en fòrma muy restringida su alcance al disponer que todas las acciones emanadas de esa Ley 10 se tramitarían por el procedimiento verbal y que las demás derivadas del contráto de trabajo distintas de aquellas se deberían seguir

por el procedimiento ordinario. Con un gran sentido de justicia y equidad la Corte Suprema rechazó esa interpretación en su fallo de 1940 citado, que, en su concepto rompía arbitrariamente la unidad contractual porque a acciones derivadas de un mismo contrato les daba diversos trámites. Para sustentar su jurídica tesis dijo la Corte: "Dentro del criterio de la unidad del contrato de trabajo como fuente jurídica de obligaciones conexas por su naturaleza propia, la determinación del procedimiento a seguir no puede ser el de indagar, en presencia de las diversas súplicas de una demanda, cuáles se refieren a derechos y prerrogativas de los enumerados en la Ley 10 de 1934, y cuáles a estipulaciones contractuales aunque encajen dentro de la naturaleza del contrato de trabajo, para encaminar oficiosamente, como se ha hecho en este caso, unas por los trámites de un juicio, y otras, por los de otro. Lo acertado legalmente es averiguar teniendo en cuenta la naturaleza del contrato de trabajo, si la controversia proviene directamente de ese contrato para aplicar el procedimiento indispensable señalado por la ley".

"Mientras toma cuerpo la iniciativa, en marcha ya, de establecer una jurisdicción especial para los conflictos del trabajo, que los liberte de la lentitud y dificultades del procedimiento civil ordinario, ha dispuesto la ley que tales querellas se decidan por los trámites sencillos y rápidos del Título 46 del Código Judicial. Esta indudable intención del legislador de aligerar y facilitar la justicia en esta clase de controversias resula contrariada y deformada en la tesis del Tribunal, que al romper ilegalemnte la continencia de la causa fragmentando la demanda para someterla a tratamientos jurisdiccionles diferentes, en vez de simplificar la administración de justicia la complica y enreda, y en vez de hacerla breve y barata, pues a tal finalidad proveyó autorizando el uso del papel común, la encarece y alarga con la multiplicación de los juicios. Todo esto pugna con las nociones y principios de la economía jurídica que explica los fenómenos de la acumulación de acciones y de autos". (G. J. Nos. 1957 | 8, pág. 508).

Pero como infortunadamente esa sentencia de noviembre de 1937 proferida en el primer juicio de procedimiento verbal del señor Ortiz contra el Banco, no era susceptible de ningún recurso, puesto que el artículo 1213 del Código Judicial disponía en ese momento que no estaban sujetos los fallos proferidos en tales juicios al recurso de casación, no tuvo la Corte la oportunidad de sentar su jurisprudencia en ese mismo litigio y desde dicho año, y por lo tanto que aquel fallo se hubiera ejecutoriado con sus tesis injurídicas.

Esa decisión en firme producía entre las partes el efecto de la cosa juzgada, como es obvio, de modo que ya ellas no podían sustraerse a sus consecuencias auncuando las conclusiones que contuviera hubieran sido posteriormente halladas ilegales e injurídicas. Por lo tanto, el señor Ortiz conservaba vivas sus acciones no decididas en ese fallo y en virtud de él no tenía ya más vía para ejercitarlas que la ordinaria, por no habérselas considerado por la especial o de procedimiento verbal.

Por consiguiente, este es un caso muy especial que no puede resolverse sin atender a sus antecedentes, porque de lo contrario se desconocería la fuerza de la sentencia de treinta (30) de noviembre de 1937, que obliga a las partes de este recurso y a la justicia misma.

En consecuencia, cuando se profirió el primer fallo en 1937 estaba sujeto a la interpretación del juzgador lo relacionado con el procedimiento que debía adoptarse en los litigios del trabajo, que posteriormente vino a aclarar la Ley 45 de 1939 en su artículo 1º y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia iniciada en 1940. Pero pudiera decirse que cuando se presentó la demanda ordinaria del señor Ortiz contra el Banco, el 30 de setpiembre de 1941, ya esa ley y esa jurisprudencia habían aclarado cuál era la vía judicial adecuada para tramitar las acciones que en dicho libelo se volvían a ejercitar, y que no era otra que la verbal del Código Judicial. Por lo tanto, podría argüirse que en 1941 ya no había duda al respecto y que hubo error al escoger el actor el procedimiento ordinario. Para este Tribunal Supremo el argumento sería de evidente fuerza si no existiera la sentencia d 1937, de que se ha hablado, pues de esta providencia ejecutoriada, que hace tránsito a cosa juzgada, se dedujo la vía ordinaria para las acciones no decididas por ella y que se ejercitaron en la demanda que dio lugar al juicio que terminó con el fallo acusado.

De consiguiente, al señor Ortiz le era forzosa, ineludible, la vía ordinaria para las acciones que le quedaban pendientes. El no escogió arbitraria o caprichosamente este trámite, sino que le fue impuesto no sólo al mismo demandante sino al Banco por medio de la sentencia de 1937, es decir, a ambas partes, porque a ambas les obligaba y obliga. El señor Ortiz procedió bien desde un principio, pues demanó sus prestaciones por la vía especial de procedimiento verbal del Código Judicial, pero el fallador en decisión definitiva no aceptó ese trámite para las que posteriormente volvió a ejercitar por la ordinaria, sino que remitió a ambas partes a ésta. Pretender sustraerse a este último procedimiento por cualquiera de los litigantes,

sería desconocer la fuerza de cosa juzgada que tiene el primer fallo del Tribunal de Bogotá que señaló la tramitación común.

No sólo, pues, no se restringió el derecho de defensa del Banco demandado con la forzosa adopción del nuevo trámite, sino que se le dio mayor amplitud porque el juicio ordinario da mejor oportunidad y más extensos términos para ejercitar aquel derecho. No se violaron, por lo tanto, las disposiciones constitucionales y legales que cita el recurrente y que estatuyen el derecho a ser juzgado de acuerdo con la plenitud de las formas propias de cada juicio, porque el actor inició el verbal y la jurisprudencia entonces vigente no aceptó ese trámite para determinadas acciones y en virtud de ese fallo que se convirtió en ley para ambas partes, tuvieron que iniciarse y seguirse por el ordinario que se convirtió así, por fuerza de esa jurisprudencia, y para este asunto, en el único viable y de obligatoria observancia.

Sería aberrante y hasta constituiría una manifiesta denegación de justicia rechazar ahora este procedimiento ordinario para obligar al actor nuevamente a demandar por el verbal que escogió desde un principio y no le fue aceptado en esa época. Si le fue rechazado en ese momento, culpa no fue suya sino de un fallo que apenas principiaba a formar jurisprudencia en estos asuntos, pero que debe ser respetado y respetarse. No es, pues, lícito, ni diría bien de la seriedad de la administración de justicia que se expresase ahora que el actor debe volver a iniciar un juicio verbal, después de haber seguido uno de esa naturaleza y otro ordinario, para decidir el mismo litigio, y contra el texto claro de un fallo ejecutoriado que es norma inmodificable para los litigantes y para la rama jurisdiccional.

Si acaso se violaron las disposiciones legales que cita el cargo, fue en la sentencia de noviembre de 1937 tantas veces mencionada, que no es la recurrida y, además, ahora es improcedente alegar esa infracción por cuanto sólo cabe el acatamiento a la cosa juzgada.

Por lo tanto, no es procedente el cargo.

Segundo cargo

Como subsidiaria de la anterior, propone el recurrente una acusación basada en las mismas consideraciones y por infracción de iguales disposiciones legales, pero con la diferencia de que este nuevo cargo lo plantea dentro de la causal 6ª del artículo 520 del Código Judicial. Dice que en último término puede considerarse que el Tribunal falló un litigio sin jurisdicción para ello, en cuanto esa jurisdicción se hacía activa por trámites y procedimientos ilegales, ya

que además, los precetpos que cita como infringidos inhibían al Tribunal para dictar una sentencia definitiva en un juicio ordinario que no podía constitucional y legalmente tener ese carácter ya que la controversia ha debido tramitarse por el procedimiento verbal. Es decir, alega la nulidad del artículo 448, ordinal 1º del Código Judicial.

Se considera:

El artículo 520 del Código Judicial establece como motivo 6º de casación el de haberse incurrido en el juicio de que se trata en alguna de las causales de nulidad que establece el artículo 448 del mismo estatuto, siempre que la nulidad no haya sido saneada en conformidad con la ley. A su turno, este 448 señala como primera causal de nulidad la de incompetencia de jurisdicción, alegada por el recurrente. Pero el 449 del mismo Código dispone que no podrá alegarse nulidad por esa incompetencia en los casos que cita, entre los cuales está el del ordinal 2º que prevé el de que se haya hecho reclamación sobre la incompetencia de jurisdicción, se haya declarado improcedente y se haya ejecutoriado tal declaración.

En el juicio que terminó con el fallo recurrido ocurre el caso citado en este último ordinal, puesto que el apoderado del Banco de Colombia alegó ante el Tribunal de Bogotá la misma nulidad que aquí propone nuevamente y esta entidad resolvió en auto de fecha 20 de marzo del año pasado, poco antes de su sentencia, que era competente para conocer del litigio y declaró, en consecuencia, infundada la causal de nulidad por incompetencia o falta de jurisdicción alegada por dicha parte demandada. Esta providencia se ejecutorió.

De acuerdo, por lo tanto, con ese ordinal 2º del artículo 449 arriba citado, no puede alegarse aquí la nulidad invocada porque se hizo reclamación sobre ese punto de la incompetencia de jurisdicción, se declaró improcedente y se ejecutorió tal declaración.

Se desestima el cargo.

Tercer cargo

Acusa en él la sentencia recurrida como violatoria de los artículos 1602, 1618, 2014 y 2050 del Código Civil y 12 de la Ley 153 de 1887, dentro de la causal primera de casación.

Sustenta así este cargo el recurrente.

"Como se ha visto ya, el contrato regulador de las relaciones jurídicas entre el Banco de Colombia y el señor Luis Ortiz dice en sus cláusulas 1ª y 8ª:

"El Banco empleará a don Luis Ortiz y don Luis Ortiz servirá

al Banco por el término de tres años contados a partir de la fecha de la llegada del segundo a Colombia...".

"Este contrato es renovable por otros tres años, salvo que cualquiera de las partes dé a la otra aviso con tres meses de anticipación, por escrito, de su intención de cancelarlo".

"El contexto de estas dos estipulaciones contractuales completamente claro y con su simple lectura se llega con certeza al conocimiento de la intención que tuvieron los contratantes al formularlas, y que no era otra que la de que el señor Ortiz venía a trabajar al Banco por el término de tres años, prorrogable por otros tres en el caso de que no hubiera mutuo aviso, por escrito, del propósito de ponerle fin al contrato al terminar los primeros tres años".

"Esto dice el contrato de manera diáfana y a prueba de toda otra interpretación diferente, y por eso el Tribunal ha violado el artículo 1618 del C. C., no solamente porque no se ha atenido en su sentencia a la intención claramente conocida de los contratantes, sino también porque ha atribuído a lo literal de las palabras un sentido que no tienen y que no habrían podido tener, con lo cual el Tribunal ha incurrido en un magno error de hecho, evidente y manifiesto en los autos, al apreciar una prueba fundamental como es el contrato mismo, y esto lo ha llevado a cometer el error también evidente y manifiesto de declarar que el Banco de Colombia incumplió el contrato con el señor Ortiz por haberlo despedido, según se dice en la sentencia, sin causa justificativa, violando así la sentencia de manera indirecta los artículos 1602 y 1618 del C. C.".

"Ya se dijo también que el señor Ortiz comenzó a prestar sus servicios al Banco el 19 de septiembre de 1929 y estuvo prestándolos hasta el 12 de marzo de 1936. Es decir que el señor Ortiz trabajó durante el primer período completo de tres años, el que venció el 18 de septiembre de 1932. Y que como no hubo aviso previo de tres meses, continuó al servicio del Banco, en cumplimiento a lo estipulado en la cláusula 8ª del contrato, durante otros tres años, que se vencieron el 18 de septiembre de 1935".

"En consecuencia, cuando el señor Ortiz cesó definitivamente en el servicio del Banco, en marzo de 1936, ya habían transcurrido ampliamente los primeros tres años del período inicial del contrato, y también los segundos tres años de la renovación que el mismo contrato preveía".

"Por consiguiente, es claramente ilegal la sentencia del Tribunal en cuanto ella sostiene que el contrato entre el Banco de Colombia y el señor Ortiz se debía renovar indefinidamente, cada tres años,

cuando lo que el contrato dice, en forma que no admite interpretacióncción distinta, es que el contrato se renovaría por un segundo período de tres años, siendo innegable que ni el Banco ni el señor Ortiz. habrían suscrito un contrato que los obligara por tiempo indefinido, y por eso limitaron la duración de él a un período máximo de seis años".

"También es la sentencia violatoria de los artículos 2014 y 2050 del C. C., de manera indirecta y por aplicación indebida de ellos, ya que habiendo transcurrido el término señalado en el contrato, o sea habiendo expirado el primer período de tres años y el segundo de la prórroga de otros tres, se sostiene por el Tribunal que dicho contrato se renovó por un tercer período, por el hecho de que el Banco hubiera continuado teniendo a su servicio al señor Ortiz, aseveración o apreciación que es contraria al artículo 2014 del C. C. ya que, según dicha disposición la aquiescencia del Banco a continuar teniendo a su servicio al señor Ortiz no implicaba una renovación de contrato, cuyo término había expirado ya".

"Y violó la sentencia, también por aplicación indebida el artículo 2050 del C. C. ya que conforme a ésa disposición es sancionado el que haga cesar el arrendamiento de servicios sin justa causa, cuando debe mediar deshaucio, luego **a contrario sensu**, no puede haber sanción cuando el arrendamiento se hace cesar después de terminado el plazo del contrato, como ocurrió en el caso que es materia de este litigio".

"Finalmente, dice el Tribunal en su sentencia que aunque el contrato celebrado entre el señor Luis Ortiz y el Banco de Colombia es anterior a la Ley 10 de 1934 y al Decreto 652 de 1935, que reglamentó aquella ley, los plazos del contrato se prorrogaron automáticamente por virtud de la Ley y del Decreto aludidos".

"En esta aseveración del Tribunal hay una notoria inexactitud, porque la Ley 10 de 1934 no contiene precepto alguno conforme al cual se pueda sostener que el contrato del Banco de Colombia con el señor Ortiz debiera entenderse prorrogado indefinidamente de tres en tres años. Nada dice la ley citada sobre prórroga de los contratos de trabajo. Y en cuanto al Decreto 652 de 1935, cuyo artículo 6º dice que "el contrato de trabajo que no sea cancelado expresamente a la finalización del término fijado para su duración, se entiende renovado en las mismas condiciones que antes y por el mismo tiempo", es evidente que en esta parte es notoriamente ilegal puesto que dicho decreto es reglamentario de la Ley 10 de 1934, y como en ésta nada se habla de términos ni se confirió al Gobierno autorización alguna para fijarlos, y muchísimo menos los de aquellos contratos que ya

estaban celebrados y en ejecución cuando la Ley 10 de 1934 fue expedida, no hay duda alguna de que el Decreto excedió la potestad reglamentaria con lo cual violó la Constitución. Y por consiguiente la sentencia que se acogió a ese Decreto violó el art. 12 de la Ley 153 de 1887, que el Tribunal dejó de aplicar y que ha debido aplicar en el sentido de no fundar su fallo en un decreto inconstitucional e ilegal, violando también indirectamente el artículo 1602 del C. C., conforme al cual todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, sin que pueda ser invalidado sino por su consentimiento mutuo y por causas legales".

Se considera:

Acerca del problema planteado en este cargo se expresó el fallo acusado así:

"No obstante que el plazo o término inicial del contrato (tres años) venció el 18 de septiembre de mil novecientos treinta y dos (1932) el señor Ortiz continuó prestando al Banco los mismos servicios de Sub-auditor, sin interrupción, hasta el día 17 de enero del año de mil novecientos treinta y seis (1936). En esta fecha la Asamblea General de Accionistas del Banco eligió nuevo Sub-auditor y por ello el señor Ortiz quedó separado del servicio del Banco".

"Como al vencimiento natural del término contractual (18 de septiembre de 1932) las partes no se habían dado mutua ni unilateralmente el aviso de despido previsto en la cláusula octava, el contrato se entendió prorrogado por el término de otros tres años que vencieron el diez y ocho (18) de septiembre de mil novecientos treinta y cinco (1935); y como para esta fecha tampoco había intervenido ese deshaucio, el contrato volvió tácitamente a prorrogarse hasta el 18 de septiembre de mil novecientos treinta y ocho (1938). Esta cuestión quedó definida dentro del juicio verbal que se ventiló entre el señor Ortiz y el Banco de Colombia y al cual puso término la sentencia de este Tribunal de fecha treinta de noviembre de mil novecientos treinta y siete (1937), pues allí se decidió que habiendo el Banco conservado en su servicio al señor Ortiz después del diez y ocho (18) de septiembre de mil novecientos treinta y cinco (1935) en el mismo cargo y con la misma remuneración hasta el tres de febrero de mil novecientos treinta y seis (1936), en virtud de los principios civiles incorporados según el Código al contrato de Londres y reproducidos en el texto del art. 6º del Decreto 652 de 1935, debía aceptarse y decidirse, como así se hizo, que la segunda prórroga tácita del contrato estaba vigente el día en que el señor Ortiz fue separado del cargo de Sub-auditor del Banco por disposición de la

Asamblea General del Banco empleador. Al efecto, en la aludida sentencia del juicio verbal el Tribunal resolvió en primer término declarar **no probada** la excepción de novación del contrato de Londres propuesta por la parte demandada".

Hasta aquí la sentencia recurrida. Corresponde ahora examinar si con tales consideraciones y con el fallo consiguiente violó el Tribunal de Bogotá las disposiciones que señala el recurrente, y por los motivos expuestos por él en este cargo.

Es evidente que el contrato celebrado entre las partes en la ciudad de Londres en 1929 para cumplirse en el país se regía por las disposiciones de nuestro Código Civil, por no haberse expedido todavía la Ley 10 de 1934, que fue el primer acto legal colombiano que modificó la antigua concepción del arrendamiento de servicios para dar cabida al moderno contrato de trabajo, aunque se refirió solamente a los empleados particulares.

Pero una vez expedida dicha Ley 10 y su Decreto reglamentario Nº 652 de 1935, se hicieron aplicables también al contrato de Londres desde que dichos actos entraron a regir, por ser éste un verdadero contrato de trabajo con un empleado particular y porque las disposiciones que regulan el trabajo humano son de aplicación y efectos inmediatos.

El recurrente afirma en su cargo que el señor Ortiz principió a prestar sus servicios al Banco el 19 de septiembre de 1929, de modo que su primer período contractual de tres años venció el 18 de septiembre de 1932. Y acepta también que por no haber habido aviso previo de tres meses, que se pactó expresamente, se renovó el contrato por otros tres años que vencieron el 18 de septiembre de 1935. Por consiguiente, dentro de la vigencia de esta prórroga se expidieron la Ley 10 y su Decreto reglamentario citado, este último de 6 de abril de 1935, de modo que cuando venció dicha prórroga el 18 de septiembre de este último año ya le eran aplicables a ese contrato las disposiciones sobre empleados particulares citadas.

Una de esas disposiciones es el art. 6º del Decreto 652 mencionado, que dice: "El contrato de trabajo que no sea cancelado expresamente a la finalización del término fijado para su duración, se entiende renovado en las mismas condiciones que antes y por el mismo tiempo, la cancelación expresa del contrato se surtirá dentro de los ocho días siguientes a la expiración del término fijado para su duración, mediante constancia escrita sobre el contrato y firmada por ambas partes o simplemente mediante notificación escrita de una de ellas a la otra parte, sea directamente o por conducto del alcalde o inspector de policía del lugar".

Por consiguiente, el contrato de trabajo del señor Ortiz se renovó por segunda vez y por un período igual de tres años de acuerdo con la interpretación que hace él Tribunal en su sentencia acusada y que este Tribunal Supremo encuentra acertada y jurídica.

Y es aplicable el artículo transcrito del Decreto porque mientras esté vigente y no lo haya anulado la autoridad competente, esta Corporación no puede entrar a discutir su validez ni a declararlo inconstitucional o ilegal, usurpando jurisdicción de entidades a quienes se les ha confiado esa función específica.

Habiendo norma especial y expresa sobre la prórroga del contrato no había para que aplicar las disposiciones generales o análogas del Código Civil que cita el recurrente, por lo cual no aparecen violadas.

No está probado el cargo.

Cuarto cargo

De acuerdo con la causal primera del artículo 520 del C. J. acusa la sentencia recurrida por violación de los arts. 1546 y 1610 del Código Civil.

El recurrente sustenta el cargo de la siguiente manera:

"Es evidente que el contrato que celebraron el Banco de Colombia y el señor Luis Ortiz, sobre prestación de servicios es bilateral. Por consiguiente, si ello es así, y el señor Ortiz ha considerado que el Banco de Colombia dejó en algún momento de cumplirlo, y si el Tribunal lo entiende de esta manera, lo acertado habría sido aplicar el artículo 1610 del C. C. para establecer de una manera precisa la mora en que se hubiera podido incurrir. O habría sido también indicado que la demanda se hubiera encaminado a obtener que se declarara terminado el contrato o a pedir el cumplimiento del mismo, con la correspondiente indemnización de perjuicios".

"Sin embargo, no ocurrió así. La sentencia del Tribunal no contiene declaración alguna en el sentido de que el contrato haya quedado terminado (resuelto), o de que el Banco está en la obligación de cumplirlo. Tan sólo se declara allí que el Banco infringió el contrato, y como consecuencia de ese hecho se le condena a los perjuicios".

"No puede negarse que la sentencia viola por aplicación indebida, el artículo 1546 del C. C. como lo tiene establecido la Corte en conocida jurisprudencia".

"En efecto: en la Gaceta Judicial Nº 36 se encuentra publicada

la sentencia de 30 de abril de 1920, en que la Corte dice: "En los contratos bilaterales, cuando uno de los contratantes no ha cumplido lo pactado, el otro no puede demandar indemnización de perjuicios sin pedir juntamente el cumplimiento del contrato o su resolución. La acción alternativa que otorga a los contratantes el artículo 1546 del C. C. es acción principal a la cual está subordinada la de perjuicios, pues si no se obliga al cumplimiento del contrato a quien no lo haya cumplido, o si no se decreta contra él la resolución, no hay causa efectiva de la cual se deriven los perjuicios".

"El Tribunal, en la sentencia recurrida como puede verse al folio 22 del cuaderno Nº 2, dice:

"De otro lado, el juzgador no puede compeler al Banco demandado para que vuelva a emplear al demandante en la misma posición en que lo tenía en el momento del despido".

"¿Por qué el Tribunal no podía compeler al Banco a cumplir el contrato si se consideraba que lo estaba infringiendo? ¿Cuál la razón para que el Tribunal no hubiera dado así cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1546 del C. C., que determina la indemnización de perjuicios como acción accesoria de la principal consistente en pedir la resolución del contrato o su cumplimiento? El fundamento jurídico de este precepto legal es el de que solamente la resolución del contrato por incumplimiento, o el negarse uno de los contratantes a cumplirlo, apareja la acción indemnizatoria, ya que los perjuicios por la mora en cumplir el contrato son cosa distinta y separada, como lo dispone el artículo 1610 del C. C. El demandante no ha pedido que al Banco se le obligue a cumplir el contrato o que éste se declare terminado, y sin embargo el Tribunal, del simple hecho del incumplimiento reconocido por él en la sentencia, ha derivado hacia la condenación de los perjuicios, sin mediar la declaratoria de resolución o de terminación del contrato, o la orden de cumplirlo, si se estimaba que el Banco no estaba dándole cumplimiento".

"Si la sentencia del Tribunal no fuera casada y quedara en firme, ocurriría el estupendo suceso jurídico de que el demandante habría obtenido que el Banco fuera condenado en perjuicios como consecuencia del hecho del incumplimiento del contrato. Y al propio tiempo podría quedarle al mismo demandante libre el camino para demandar de nuevo al Banco con las acciones alternativas del artículo 1546 del C. C. y con la accesoria de indemnización de perjuicios, con el riesgo de que el Banco no pudiera defenderse con la cosa juzgada, riesgo que podría extenderse a que se dijera que aquella excepción na podría ser alegada respecto de esas acciones alternativas".

"¿Podría verse absurdo mayor? Y este absurdo nacería de que el actor escogió mal las acciones que ha hecho valer contra el Banco y de que el Tribunal se ha prestado en su sentencia a amparar una demanda defectuosa desde su parte petitoria, cuando lo que ha debido hacer era desechar las súplicas de la demanda por estar mal deducidas las acciones, y al no hacerlo así, la sentencia violó, como lo dijo, el artículo 1546 del C. C. y violó también el artículo 1610, ya que sin haber constituído al Banco en mora previamente de cumplir el contrato, se le condenó a pagar perjuicios, aplicando de manera indebida aquella disposición legal".

"Es, pues, manifiesta la violación de aquellas disposiciones legales por la sentencia a que me refiero".

Por su parte el opositor en el recurso, refiriéndose a este cargo, dice lo que sigue:

"Ahora bien, como aquí no se trata de una acción resolutoria del contrato, ni de una acción encaminada al cumplimiento del mismo, sino de infracción culpable de las estipulaciones contractuales y de reparación de los perjuicios ocasionados con el incumplimiento, y como por otra parte no se trata de una obligación de hacer, es obvio que los citados artículos 1546 y 1610, no son procedentes ni aplicables al caso del pleito y por lo tanto mal podían violarse o dejarse de aplicar en el fallo objeto del recurso".

Y la sentencia recurrida razonó acerca de esta acción por indemnización de perjuicios de esta manera:

"El patrono empleador que rompe por su cuenta y riesgo un contrato vigente de trabajo, sin respetar el plazo contractual y sin haber denunciado previamente ese contrato, comete indudablemente **un abuso del derecho,** una **culpa civil** de naturaleza contractual que le acarrea la consiguiente responsabilidad civil, pues siendo el contrato bilateral y oneroso conmutativo, el empleado u obrero tiene derecho a percibir el salario convenido durante el plazo fijado en el contrato, si cumple a su vez sus obligaciones, como aparece que las cumplió el señor Ortiz U."

"Con la ruptura injustificada del contrato cometida por el Banco el señor Ortiz U. sufrió evidentemente perjuicios patrimoniales representados, como bien lo dice el Juzgado, por la frustración de las sumas que según el contrato debía percibir del Banco, por concepto de sueldos, durante todo el tiempo subsiguiente a la fecha de la ruptura hasta la terminación natural del contrato, o sea, hasta el 18 de septiembre de 1938. En otras palabras: la violación del contrato colocó a Ortiz U. en la absoluta imposibilidad de percibir sus sueldos convenidos".

"La indemnización de perjuicios, dice el artículo 1613 del Código Civil, comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos que la ley la limita expresamente al daño emergente".

Se considera:

Nuestra legislación civil regula los efectos de los cotratos de dicha naturaleza en el Título XII del Libro IV del Código sobre la materia, que en lo pertinente es aplicable al de trabajo a falta de disposiciones especiales sobre este último.

Según esas normas elementales los contratos son ley para los contratantes, deben cumplirse de buena fe e incurren en responsabilidad las partes en el contrato por culpa o dolo.

No obstante estas disposiciones puede ocurrir que el deudor no cumpla. Pero la ley da al acreedor los medios para obtener el cumplimiento, que en la doctrina se conocen con el nombre de "efectos de las obligaciones". Estos consisten en los derechos legales para exigir el cumplimiento de las obligaciones. A su turno, dichos derechos son tres, uno directo y dos indirectos. El directo o principal para exigir la ejecución forzada de la obligación. Un derecho secundario para exigir indemnización de perjuicios, cuando no se cumple la obligación o se está en mora de hacerlo y que tiende a reparar el daño causado al acreedor. Y por último, unos derechos auxiliares para buscar la seguridad y conservación del patrimonio del deudor, a fin de hacer posible el pago.

Corresponde estudiar el segundo de esos derechos, sobre indemnización de perjuicios.

Cuando una parte no cumple con sus obligaciones, lesiona por regla general a la contraria porque ésta se ve privada de las ventajas o beneficios que buscaba con su cumplimiento íntegro y oportuno. Surge entonces la indemnización de perjuicios que para Alessandri es el derecho del acreedor a exigir del deudor el pago de una cantidad de dinero equivalente a la ventaja o beneficio dejado de recibir. Esa indemnización viene a sustituir la utilidad perseguida por la parte agraviada.

Según las fuentes de las obligaciones, los perjuicios pueden deberse por infracción de las que se pacten en contratos o que resulten simplemente de la ley, fuera de un contrato. Es lo que la doctrina clásica ha entendido por responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual, o, de acuerdo con la moderna teoría, la responsabilidad es una sola, pero se divide en dos grandes clases: la contractual y la extracontractual.

Sea lo uno o lo otro, sea una sola la responsabilidad, con las dos clases indicadas, o sean diversas las responsabilidades, se diferencian en cuanto la contractual consiste en la violación de obligaciones emanadas del contrato y la extracontractual en la infracción de una obligación legal de prudencia y diligencia.

De la primera trata el Código Civil en el Título XII del Libro IV y de la segunda el Título 34 del mismo libro.

Para los efectos del presente recurso solamente interesa hacer algunas consideraciones acerca de la primera, o sea de la contractual.

De acuerdo con el artículo 1614 del C. C. se debe la indemnización de perjuicios tratándose de contratos, en estos tres casos: Cuando no se ha cumplido la obligación, cuando se ha cumplido imperfectamente, y cuando se ha retardado su cumplimiento. Para los bilaterales hay norma especial, que es el art. 1546 del mismo código.

La doctrina ha distinguido por lo tanto dos clases de indemnización de perjuicios: la compensatoria y la moratoria. Se debe aquélla en los dos primeros casos del artículo 1614 citado y ésta en el último o sea cuando se ha retardado el cumplimiento.

El autor citado define la indemnización compensatoria como la cantidad de dinero que el acreedor tiene derecho de exigir del deudor cuando éste no cumple su obligación o sólo la cumple en parte. Se denomina de esa manera, cuando no es posible exigir la obligación primitivamente pactada y surge por consiguiente el derecho a reemplazarla o sustituirla por la indemnización de perjuicios o sea su equivalente en dinero.

La indemnización de perjuicios moratoria es la cantidad de dinero que el acreedor puede exigir del deudor cuando éste no cumple oportunamente su obligación. Se llama así porque indemniza los perjuicios derivados de la mora, es decir, del cumplimiento inoportuno de la obligación. En este caso sí es posible obtener el cumplimiento de la obligación, pero por el retardo en hacerlo se debe una indemnización en dinero.

El mismo tratadista deduce una importante consecuencia de tan fundamental distinción y es la siguiente. La indemnización compensatoria como reemplaza o sustituye el objeto directo de la obligación, no puede acumularse con ella, es decir, el acreedor no podrá pedir el cumplimiento de la obligación principal y la indemnización compensatoria. En cambio, la indemnización moratoria puede acumularse con la obligación principal, porque no reemplaza o sustituye el objeto de la obligación, sino el beneficio que el acreedor hubiera reportado con el cumplimiento oportuno.

Cuatro requisitos exige la doctrina para tener derecho a la indemnización de perjuicios, de una y otra clase, compensatoria o moratoria: la infracción de la obligación, el perjuicio, culpa o dolo del infractor, y que se le constituya en mora.

Respecto de los dos primeros no hay dificultad para el estudio del presente recurso. Ellos deben resultar de las pruebas y principalmente el segundo se estudia en otro cargo.

En cambio, los dos últimos interesan para resolver este cargo.

Hay culpa contractual y culpa extracontractual, llamada también aquiliana o delictual. En este recurso sólo interesa la primera.

Como lo dice la doctrina y lo ha reconocido entre nosotros la jurisprudencia, para que haya responsabilidad contractual basta que se hayan incumplido obligaciones emanadas del contrato, es decir, que haya habido culpa, y es suficiente la demostración de ese incumplimiento para que por ese mismo hecho se entienda existente la culpa, toda vez que la inejecución de sus obligaciones no es la conducta propia de una persona diligente y avisada.

El artículo 1604 del C. Civil establece la responsabilidad de un contratante por su culpa y la gradúa según la utilidad o beneficio que el contrato le reporte a las partes. Esto es, regula la culpa contractual.

En cuanto al cuarto requisito para que haya lugar a la indemnización de perjuicios, o sea que el deudor esté constituído en mora, el artículo 1615 del C. Civil lo establece cuando dice que se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituído en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención. Y este requisito debe exigirse en todo caso de indemnización de perjuicios, compensatoria o moratoria, salvo la excepción indicada en dicho artículo.

Hay que distinguir entre retardo y mora. Aquél es el incumplimiento de la obligación. Esta es el retardo después de que el acreedor le ha hecho saber al deudor que sufre perjuicios por su incumplimiento.

Existe un caso de importancia para este recurso en que no es necesario constituir especialmente en mora y es cuando el deudor no ha cumplido su obligación en el término estipulado. Así lo preceptúa el artículo 1608 del C. Civil en su ordinal 1º.

Se ha dicho por los tratadistas que para que exista mora se requieren tres hechos: un retardo, que el retardo sea culpable y que se notifique por el acreedor al deudor que el retardo le ocasiona perjuicios.

Ese último es esencial. Lo regula el artículo 1608 del C. Civil cuando dice: "El deudor está en mora: 1º Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora. 2º Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla. 3º En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor".

La regla general de este artículo es la reconvención judicial para constituir en mora. Los demás casos, de los ordinales 1º y 2º, son excepciones a ese principio, pues no exigen la reconvención judicial.

Es claro que la simple demanda judicial en que se pide el cumplimiento de la obligación, o la resolución del contrato, o la indemnización de perjuicios, es la reconvención judicial exigida por el ordinal 3º de aquella disposición. Es la más clara manifestación que puede hacer un contratante en tal sentido. Si el deudor, notificado de la demanda, no cumple o no indemniza, por ese hecho de la demanda queda constituído en mora de hacerlo. Puede también recurrirse a una reconvención extrajudicial, antes de iniciar la demanda, pero el libelo mismo cumple la finalidad. Con la demanda notificada al deudor, queda éste constituído en mora.

Hechas estas consideraciones generales aplicables a todos los contratos, inclusive al de trabajo, a falta de normas especiales sobre mora en éste y responsabilidad por incumplimiento, debe considerarse en concreto el cargo. Es de advertir que con posterioridad al contrato de trabajo entre el señor Ortiz y el Banco, y después también de su demanda por perjuicios, se consagró en forma especial y expresa la acción para pedir su pago, en caso de incumplimiento, en el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, hoy reformado en parte por los artículos 3º y 21 de la Ley 64 de 1946. Pero por no ser aplicables estas normas específicas al litigio ni al recurso, y porque, auncuando lo fueran, ellas no regulan íntegramente la materia, es necesario acudir a las disposiciones comunes cuya doctrina se ha dejado expuesta suscintamente.

Ahora corresponde determinar cuál es la acción o cuáles son las acciones ejercitadas en la demanda.

En la primera petición solicita que se declare que el Banco demandado infringió o incumplió el contrato de trabajo. En la segunda, que como consecuencia de la anterior se condene a la entidad bancaria a pagarle las diferencias de dinero entre las sumas abo-

nadas en moneda colombiana por razón de su sueldo y la moneda inglesa estipulada. En la tercera, solicita que se condene al Banco a pagarle los intereses de demora a la tasa bancaria sobre cada una de las sumas de que trata la petición anterior. En la cuarta, que se condene a la Sociedad demandada a pagarle los gastos de regreso a Londres. En la quinta, que se le condene a pagarle los perjuicios materiales y morales que le resultaron por la infracción del contrato. Y, por último, que se condene al Banco en las costas.

Como solicitud inicial está la de que se declare infringido e incumplido por el Banco el contrato de trabajo celebrado con el actor, pero como consecuencia de esta declaración pide que se cumpla una estipulación contractual expresa como es la de pago del sueldo en moneda inglesa. También pide el cumplimiento de otra cláusula contractual, como es la de pago de los gastos de regreso a Londres. Y a continuación de éstas, la de perjuicios.

No resulta evidente, por lo tanto, la afirmación del recurrente en el sentido de que no se ejercita una acción de cumplimiento del contrato, porque según se deja visto, el demandante solicita que se cumplan dos cláusulas de su convenio de trabajo. Es verdad que no se pide el restablecimiento del actor a su último cargo en el Banco o a otro equivalente, según el contrato, porque en la fecha de la demanda, o sea en 1941, se hacía completamente imposible una solicitud semejante por haber vencido la segunda y última prórroga de ese pacto en 1938. Era, pues, una imposibilidad el cumplimiento de esa parte del contrato; pero no lo era la de las otras cláusulas y así se pidió en la demanda. Por consiguiente, esa obligación de utilizar los servicios del señor Ortiz, de volverlo a su cargo, se reemplaza por la de indemnizar los perjuicios correspondientes, o sea, que es una solicitud compensatoria por perjuicios la formulada al respecto por el actor.

Que lo anterior es evidente se demuestra también con la consideración de que mal podía el actor demandar la resolución del contrato de trabajo, por el incumplimiento del Banco, y al propio tiempo por su cumplimiento en cuanto a las dos cláusulas sobre pago en moneda inglesa de sus sueldos y de los gastos de regreso a Londres. Las peticiones de la demanda así analizadas demuestran, por lo tanto, que la acción incoada de modo principal fue la de cumplimiento del contrato, en las cláusulas que admitían esa efectividad, mas no en las que ya había imposibilidad de cumplir, con la correspondiente indemnización de perjuicios por la infracción del contrato. En ningún momento pide el actor la resolución de ese con-

venio, pero sí ejercita la acción de cumplimiento de varias de sus cláusulas.

Y como el art. 1546 del Código Civil, aplicable a los de contratos de trabajo en el momento de la demanda, por ser bilaterales y no haber disposición especial en la legislación del trabajo en esa época sobre el mismo particular, establece en caso de incumplimiento de un contrato de tal clase y en favor del perjudicado las acciones de resolución o de cumplimiento, en forma alternativa, con la correspondiente indemnización de perjuicios, es evidente que en el caso en estudio no hubo infracción de dicho precepto porque aparece ejercitada por el demandante una de dichas acciones.

Sorprende sí la falta de prescripción doctrinaria y de cuidado del propio apoderado del demandante Ortiz cuando en el alegato de oposición en este recurso dice que en la demanda inicial del litigio no se ejercita acción de cumplimiento de contrato de trabajo de su representado ni tampoco la de resolución del mismo, sino la de culpa, por lo cual no es aplicable el artículo 1546 del Código Civil cuya infracción invoca el recurrente. Y extraña una afirmación semejante porque la demanda solicita el cumplimiento de dos cláusulas del contrato, como se dejó analizado atrás, luego sí se promovió una acción sobre cumplimiento del contrato en el libelo inicial del juicio. Además, el apoderado del señor Ortiz confundió la acción de perjuicios derivada del artículo 1546 del Código Civil, de responsabilidad por culpa contractual, con la responsabilidad por culpa extracontractual de los artículos 2341 y siguientes del mismo código. Confusión que lo llevó al error de afirmar que su acción de perjuicios era la segunda y no la primera.

No deben confundirse las dos clases de responsabilidad civil de la doctrina clásica, la contractual y la extracontractual; o, aun dentro de la moderna teoría, las dos grandes ramas de la responsabilidad civil: la contractual y la extracontractual, según se dejó visto al principio del estudio de este cargo.

Mal puede, pues, el propio apoderado del señor Ortiz dar a entender que las acciones ejercitadas por su representado son las de culpa extracontractual, porque basta la simple lectura de la demanda y de sus peticiones principalmente para deducir que son las de culpa contractual que para los contratos de trabajo estaban previstas en el momento de la demanda por los artículos 1614 y 1546 del C. Civil, aplicables en esa época a falta de norma especial en la legislación del trabajo.

Como lo dice la doctrina y lo ha reconocido entre nosotros la ju-

risprudencia, y se expuso atrás, para que haya responsabilidad contractual basta que se hayan incumplido obligaciones emanadas del contrato, es decir, que haya habido culpa, y es suficiente la demostración de ese incumplimiento para que por ese mismo hecho se entienda existente tal culpa, toda vez que la inejecución de sus obligaciones no es la conducta propia de una persona diligente y avisada.

En el contrato de trabajo ocurre lo mismo que en los contratos bilaterales civiles en cuanto a responsabilidad por incumplimiento y así lo tiene establecido también la doctrina, como puede observarse en los distintos tratados sobre derecho del trabajo que sería interminable citar. Asimismo diversas legislaciones extranjeras precisamente de los pueblos más cultos, han consagrado la acción de responsabilidad en caso de incumplimiento de un contrato de trabajo, aunque difieren en la forma y monto de la indemnización de perjuicios, que algunas tratan de fijar previamente.

Pudiera decirse que en caso de incumplimiento del contrato de trabajo, por parte del patrón, ya la ley ha dispuesto resarcir los perjuicios sufridos por el trabajador al ordenar que aquél le pague a éste la suma de dinero correspondiente a su cesantía. Pero es necesario distinguir entre este derecho a la cesantía y la indemnización de perjuicios por la infracción del contrato.

Numerosas son las teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del derecho de cesantía y casi puede decirse que cada autor de derecho del trabajo ensaya explicar una tesis distinta. Al mismo tiempo, las legislaciones de los distintos países que tienen establecido ese derecho le dan diversas denominaciones y lo regulan de maneras diferentes. No es el momento para considerar todas esas tesis. Pero, por ejemplo, para este Tribunal Supremo no es una indemnización de perjuicios porque puede suceder que no se sufra un daño con el rompimiento del contrato sino, por el contrario, que el trabajador encuentre un empleo mejor y con remuneración superior a la anterior, y, no obstante, la ley manda en un caso semejante pagar la cesantía. Además, hoy se concede por retiro voluntario, sin que exista daño. Es, pues, distinta la indemnización por perjuicios que conlleva la noción previa de daño que debe repararse.

Pero más clara resulta esta distinción, si se tiene en cuenta que nuestra actual legislación consagra por separado, en distintos preceptos, la acción de cesantía y la de perjuicios por incumplimiento del contrato de trabajo. Luego considera esos derechos como diversos, sin subordinar el uno al otro, y sus acciones como independientes sin que la una excluya a la otra.

También pudiera decirse que cuando hay que pagar perjuicios por el incumplimiento de un contrato de trabajo se debe descontar de su monto el valor correspondiente a la cesantía. Pero no es jurídico, porque la cesantía no se paga como parte de la indemnización de perjuicios ni tiene la naturaleza de ésta, ni tampoco la ley ha ordenado ese descuento, como sí lo ha hecho expresamente con las indemnizaciones por accidentes de trabajo y enfermedad profesional, por culpa del patrono, según el texto del inciso 5º del ordinal b) del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945.

Es verdad, como ya se dijo, que siempre que una parte infringe un contrato se supone que le ha causado perjuicios a la parte contraria, pero es también cierto que para que se ordene el pago de dinero por dicho concepto debe comprobarse el daño. Para este Tribunal es jurídica la siguiente doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia sobre el particular: "Sea tan sólo en virtud de las disposiciones generales, sea por las especiales de cada contrato confirmatorias de aquéllas, la falta del cumplimiento puntual de las obligaciones de una de las partes contratantes determina en principio acción de perjuicios en la otra parte contratante; pero esto no significa que precisamente haya habido perjuicios; de suerte que quien ejercita esta acción tiene que demostrar haberlos sufrido, suministrando así la materia indispensable para un decreto de indemnización". (Casación civil. Magistrado ponente doctor Hinestroza Daza. Octubre 1º de 1943. — Gaceta Judicial 2001 | 05 Pág. 176)".

Pero ha dicho el recurrente que si la acción para el pago de perjuicios iniciada por el señor Ortiz contra el Banco prospera, se llegaría al absurdo de que más tarde podría el mismo demandante iniciar contra la entidad bancaria otra acción por perjuicios, pero derivada del artículo 1546 del Código Civil. Y agrega que en tal caso no podría defenderse el Banco con la excepción de cosa juzgada.

Este argumento del recurrente se debe también a un error doctrinario de su parte, porque él cree que la acción incoada por el señor Ortiz es la de responsabilidad extracontractual y que fallada ésta queda viva la de responsabilidad contractual del artículo 1546 del C. Civil.

Y constituye una equivocación porque esta acción de responsabilidad contractual por culpa o de indemnización de perjuicios, que interpuso el señor Ortiz y que fue fallada por la sentencia recurrida, basada en el incumplimiento de su contrato de trabajo, es incompatible con cualquiera otra acción por culpa derivada del mismo incumplimiento, o sea con una acción de responsabilidad por culpa ex-

tracontractual. Al respecto son muy claras las distinciones que hace la doctrina y principalmente ha sido muy precisa nuestra más alta Corporación de Justicia. Dice esta última, en efecto: "Reiteradamente ha resuelto la Corte que las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual son incompatibles, porque es evidente que si existe responsabilidad contractual, o sea por violación o incumplimiento de un contrato, no puede haberla por la ejecución de un delito o culpa, ajenos por completo a todo vínculo jurídico originado en un contrato o viceversa". (Casación Civil, Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda. Septiembre 21 | 44 — Gaceta Judicial números 2010 | 2 | 4)".

Además, el recurrente incurre en otro error, como es el de considerar que la acción incoada por el señor Ortiz en su juicio ordinario es la de responsabilidad extracontractual, pues teme que se promueva después una de las que consagra el artículo 1546 del C. Civil. Lo que equivale a estimar como de aquella naturaleza, es decir, extracontractual una acción por perjuicios precisamente por incumplimiento de un contrato, como es la ejercitada, o sea eminentemente contractual. Pero su temor desaparece al considerar que por el mismo incumplimiento no pueda haber las dos acciones, una de una clase y otra de naturaleza muy distinta, según se deja expuesto.

No aparece, por consiguiente, violado el artículo 1546 del C. Civil.

Tampoco aparece infringido el artículo 1610 del mismo estatuto de acuerdo con la alegación del recurrente cuando afirma que ha debido constituirse a su representado en mora, para que pudiera exigirse el pago de perjuicios, porque la simple presentación de la demanda es una reconvención judicial suficiente y si así no fuese debe considerarse como tal la primera demanda del juicio verbal fallado en 1937. Además, la mora existe, de acuerdo con lo expuesto al principio del estudio del cargo, cuando hay un retardo, cuando ese retardo es culpable y cuando se ha reconvenido al deudor. Estos requisitos se han cumplido aquí porque aparece un retardo del Banco para cumplir con el contrato celebrado en 1929 con el señor Ortiz, demora que principió en 1936 cuando éste fue despedido. También resulta culpable el Banco de ese retardo, porque no ha dado ninguna explicación que lo justifique y retardar el cumplimiento de una obligación o incumplirla no es la conducta propia de una persona o entidad cuidadosa y diligente. Y ya se vió que también está cumplido el tercer requisito para que exista mora, como es la reconvención judicial.

Por otra parte, hay una acción que no necesita de reconvención

judicial para constituír en mora y es la de pago del valor del regreso a Londres, puesto que tenía plazo fijado para su cumplimiento y podía incoarse sin necesidad de aquel requisito, de acuerdo con lo dispuesto por el ordinal 1º del artículo 1608 del C. Civil. Bastaba según este precepto que el Banco no hubiera cumplido con esa obligación en el momento estipulado, que lo era cuando terminara el contrato, para que se constituyese en mora por ese mismo hecho.

No desea la Corporación terminar las consideraciones sobre este cargo sin refutar la tesis del sentenciador en su fallo recurrido, cuando dice que el patrón que rompe por su cuenta y riesgo un contrato vigente de trabajo, sin respetar el plazo contractual y sin haber denunciado previamente ese contrato, comete indudablemente un abuso del derecho.

En primer lugar, no existe en ese caso un abuso del derecho, porque éste sólo tiene lugar cuando se ejercita un derecho con la intención de perjudicar o cuando sin esa intención aparece que se ejerce en forma contraria a su destinación. Y el patrón que da por terminado un contrato de trabajo sin respetar el plazo estipulado y sin dar el aviso previo convenido, no está ejercitando un derecho, sino, por el contrario, está actuando contra derecho, está incumpliendo esas estipulaciones contractuales, o sea, está violando el derecho del trabajador.

La tesis del abuso del derecho se incluye últimamente por la doctrina dentro de la teoría más amplia de la culpa, porque la actividad contraria a derecho en los casos que su abuso ocasiona daño, es decir, la actividad ilícita, es sencillamente constitutiva de culpa.

No es, pues, que el Banco al dar por terminado el contrato de trabajo con el señor Ortiz sin motivo justificativo, y antes de terminar su prórroga o plazo de duración, haya abusado de un derecho, porque no tenía el de darlo por terminado unilateralmente sin motivo, sino que incumplió el contrato, incurrió en culpa por ese hecho y debe entonces reparar el daño consiguiente, si se demuestra que en verdad fue causado.

Quinto cargo

Este último capítulo de la acusación, el recurrente ataca la sentencia por violación de los artículos 1612, 1613 y 1614 del Código Civil.

Para no desvirtuar el cargo con una síntesis quizás poco afortunada de él, dada su extensión, es preferible transcribirlo completamente. Dice así:

"A esa violación ha llegado la sentencia por aplicación indebida que se ha hecho de esas disposiciones, en virtud de la apreciación errónea de algunas pruebas y de la falta de apreciación de otras, por lo cual el Tribunal ha incurrido así en un error de hecho, manifiesto y evidente en los autos, lo que lo ha llevado al error de derecho, también manifiesto y evidente, de aplicar indebidamente esos preceptos legales".

"En efecto: la condenación que el Tribunal ha hecho al Banco de pagar los perjuicios morales objetivados, en este proceso, apartándose de la mayoría de los peritos que intervinieron en su regulación y que dijeron que no había perjuicios morales objetivados, la funda el Tribunal:

"Primero.—En que el señor Luis Ortiz sufrió demérito profesional y disminución en su reputación de empleado bancario por razón del despido que se dijo haberle hecho el Banco de Colombia.

"Segundo.—En las declaraciones de los señores Roberto Gaviria, José M. Bahamón, Arcesio Vélez Marulanda y Luis Carlos Corral quienes afirman que el señor Ortiz ha atravesado situaciones económicas angustiosas debido a las dificultades de conseguir trabajo en su especialización, en las instituciones bancarias del país, por razones de la situación poco clara en que lo colocó el despido injusto que le hizo el Banco.

"Tercero.—En que el Banco no demostró, y ni siquiera intentó hacerlo, según lo afirma el Tribunal equivocadamente, que el señor Ortiz se hubiera dedicado a otras labores remuneradas entre el mes de septiembre de 1931 y el mes de septiembre de 1938, con cuyas entradas se hubiera compensado total o parcialmente la falta de los sueldos que le habrían correspondido según el contrato.

"El Tribunal hace la afirmación de que el señor Ortiz sufrió demérito profesional por el despido que el Banco le hiciera, pero no expresa fundamento alguno de esa aseveración y la deduce únicamente del hecho de que el señor Ortiz fue en un tiempo empleado del Banco y dejó de serlo posteriormente.

"Nada se encuentra en el expediente que pudiera servir al Tribunal para fundamentar tan arbitrario concepto, porque las declaraciones en que la sentencia se apoya, están muy lejos de servir para darle fuerza a un fallo semejante, y por eso sostengo que en la apreciación de esas declaraciones cometió el Tribunal un error de hecho, evidente y manifiesto en los autos, que lo llevó directamente a aquella conclusión e indirectamente a aplicar la ley de manera indebida".

"El testigo doctor Luis Carlos Corral dice tan sólo que como que

el señor Ortiz es un técnico en cuestiones bancarias y está casado con una distinguida dama colombiana, el despido del Banco le ha ocasionado serios perjuicios tanto morales como materiales". (Folio 19 vto. del cuad. Nº 3).

"Los testigos Roberto Restrepo Gaviria, Jesús María Bahamón y Arcesio Vélez Marulanda (fol. 16, 17 y 18 del cuad. Nº 3), dicen que les consta "que por el hecho de haber sido retirado el señor Ortiz del servicio del Banco de Colombia ha pasado situaciones financieras muy angustiosas debido a la dificultad para conseguir nuevo puesto en las instituciones bancarias por la situación poco clara en que lo colocó el despido del Banco de Colombia".

"A esas declaraciones tan sin contenido jurídico y orientación lógica el Tribunal les prestó mérito probatorio suficiente para demostrar que el despido del señor Luis Ortiz lo había puesto en incapacidad de conseguir otro puesto similar del Banco de Colombia en cualquiera otra institución bancaria".

"Error evidente y manifiesto en el que ha incurrido el Tribunal en este aparte de su sentencia, puesto que, por una parte, los testigos no afirman ni podrían hacerlo que el señor Ortiz hubiera dejado de conseguir trabajo honroso y satisfactoriamente remunerado en cualquiera otro establecimiento bancario; y, por otra parte, porque no es cierto, sino que es todo lo contrario, que el señor Ortiz hubiera sufrido menoscabo en su reputación de empleado bancario, o en su dignidad de hombre honrado, o en la magnífica posición que los declarantes le reconocen. Esto no es cierto, no está probado, y, por el contrario, está demostrado que el señor Ortiz salió del Banco de Colombia con todos los honores, por razones de reglamentación interna y porque, además, el Banco consideraba y sigue considerando que el contrato de trabajo con el señor Ortiz había terminado desde el año de 1936".

"Existe en autos (cuad. Nº 1, fol. 16) un certificado expedido por el Banco de Colombia con fecha 3 de febrero de 1936, que en parte dice:

"Certificamos que el señor Luis Ortiz Urrutia desempeñó el cargo de Sub-auditor de este Banco desde el día 19 de septiembre de 1929, sin interrupción, habiendo llevado a cabo con estricta honorabilidad y competencia todas las labores encomendadas a su cuidado".

"Tanto el demandante como el Tribunal sentenciador han atribuído a este certificado el oficio de servir de prueba contra el Banco, exclusivamente para deducir de sus términos que el mismo Ban-

co acepta que el señor Ortiz no había dado motivo alguno para ser suspendido en su empleo. Pero la verdad es que si en ese sentido se puede tomar ese certificado del Banco, también debe reconocerse aptitud probatoria en cuanto con ese certificado se demuestra incontrovertiblemente que el señor Ortiz no sufrió mengua en su dignidad ni disminución de su patrimonio moral por el despido del Banco, ya que los términos laudatorios en que el certificado está redactado constituían y constituyen un escudo suficientemente protector de ese patrimonio moral del señor Ortiz, tanto más, si se tiene en cuenta, según es de concenso público, los Bancos suelen ser muy parcos en esta clase de constancias y por lo tanto la opinión general y los Bancos en particular prestan respetuoso acatamiento a las recomendaciones de honorabilidad y competencia que dan las entidades bancarias.

"Si el señor Ortiz podía exhibir un certificado del Banco de Colombia en que éste declaraba que aquél había trabajado en un puesto tan elevado como el de Sub-auditor, por espacio mayor de seis años, con absoluta honorabilidad y competencia, no se ve la razón, si el asunto se examina con serenidad y con justicia, para que el señor Ortiz no hubiera podido proporcionarse un empleo igual o mejor en remuneración y en prestancia al que tenía en el Banco de Colombia".

"No peco por exageración al decir que el mejor diploma que el señor Ortiz podría exhibir al salir del Banco de Colombia como trabajador experto, honorable y competente, era el certificado que el Banco le había dado y que le servía para abrirse todas las puertas de las demás instituciones bancarias del país y de las más poderosas casas comerciales".

"No existe una sola prueba en el expediente, de que el señor Ortiz hubiera sido rechazado en ningún Banco o casa comercial con posterioridad a la salida del Banco de Colombia, y muchísimo menos habría podido probar el demandante que ese rechazo obedeciera a disminución de su reputación de hombre honrado o experto como consecuencia del despido del Banco de Colombia. Y al contrario existe no solamente el certificado a que me refiero sino también una declaración terminante y precisa del señor don Jorge Garcés, prominente hombre de negocios, de alta posición económica y financiera en el país, y por añadidura fuerte accionista del Banco de Colombia según la cual se sabe que cuando el señor Ortiz dejó el Banco de Colombia, el señor Garcés le ofreció una alta investidura en sus negocios, más o menos en las mismas condiciones en que venía trabajando con el Banco de Colombia".

"Esa prueba la desconoció totalmente el Tribunal, pues ni siquiera la tuvo en cuenta, ni la examinó, ni se refirió a ella ni le puso el menor cuidado, si acaso la leyó".

"En el cuaderno Nº 2 a los folios 85, 86, 87 y 88 se encuentra esa carta de don Jorge Garcés, reconocida por él y se encuentra la ratificación de sus declaraciones; a los folios 78, 79 y 83 del mismo cuaderno Nº 2 se encuentran las declaraciones de los doctores Luis Angel Arango, Sub-gerente del Banco de la República y Julio E. Lleras, Gerente del Banco Central Hipotecario, calidades que están allí mismo certificadas por la Superintendencia Bancaria. Esos declarantes, doctores Arango yLleras, abonaron ampliamente la firma de don Jorge Garcés B., de quien dicen: "Que es dueño de un gran capital invertido en diversas empresas que se estiman en varios millones de pesos", y que "ocupa desde hace largos años en el país la más destacada posición como hombre de negocios, estrictamente cumplidor de sus compromisos y obligaciones".

"La carta del señor Jorge Garcés al Banco de Colombia fechada el 29 de agosto de 1936, y ratificada el 15 de mayo de 1942 ante el Juez comisionado de Cali, dice en parte, así:"

"Efectivamente cuando dicho amigo el señor Luis Ortiz salió del Banco, y conocedor de sus magníficas aptitudes como experto en contabilidad, le ofrecí un alto puesto a mi servicio en esta ciudad, más o menos en las mismas condiciones en que trabajaba con ustedes, para ejercer el cargo de confianza de auditor general de todas mis empresas. Siempre he deplorado que el señor Ortiz no hubiera querido aceptar mi ofrecimiento".

"Es manifiesto y evidente el error de hecho en que el Tribunal incurrió al dejar de tomar en cuenta para el fallo la carta del señor Jorge Garcés, prueba valiosísima de dos circunstancias fundamentales en este proceso":

"1º—La de que el señor Ortiz no sufrió demérito profesional ni mengua en su reputación de hombre experto y honrado por el despido que el Banco de Colombia le causara; y"

"2º—La de que el señor Ortiz recibió ofertas magníficas de trabajo en una casa de tan extraordinaria significación social y económica como la de don Jorge Garcés, en condiciones de consideración, de actividades y de remuneración similares y quizá mejores que las que tenía en el Banco de Colombia".

"En efecto: ¿Cómo es posible sostener, como lo hace el Tribunal en la sentencia recurrida, que el despido del Banco de Colombia causara al señor Ortiz demérito profesional y disminución en su pa-

trimonio moral hasta el punto de que su descrédito llegara a tal extremo que ningún Banco o empresa comercial respetable quisiera emplear al señor Ortiz con posterioridad a su salida del Banco de Colombia".

"El señor Garcés, de gran posición económica, de magnífica reputación moral, y por añadidura fuerte accionistas del Banco de Colombia en la época en que estos hechos ocurrieron, hace en aquella carta la declaración a que vengo refiriéndome. Y esa carta tiene, por lo tanto, valor excepcional para demostrar que el retiro del señor Ortiz del empleo que tenía en el Banco, no le causó perjuicio moral de ninguna clase y que los perjuicios materiales que el demandante haya podido recibir con posterioridad a su salida del Banco, no son consecuencia directa y ni siquiera remota del despido del Banco, sino hechos aislados, sin relación de causalidad alguna con su salida del Banco, y únicamente resultado quizá de actitudes o propósitos exclusivos y personales del señor Ortiz".

"Si el señor Ortiz no aceptó la magnífica oferta que el señor Garcés le hiciera, y si no requirió trabajo en otros Bancos y casas comerciales, como no está demostrado en autos que lo hiciera, no puede culparse al Banco de Colombia de las dificultades en que aquél se viera posteriormente".

"Y si el señor Garcés hizo al señor Ortiz tan brillante oferta, siendo aquél tan importante hombre de negocios y fuerte accionista del Banco de Colombia, no puede afirmarse con razón que el señor Ortiz hubiera salido desacreditado del Banco de Colombia, ya que uno de sus más destacados y acaudalados accionistas le ofrecía tan elevado encargo de trabajo y de confianza".

Sobre ese particular, la sentencia acusada hizo las siguientes consideraciones:

"Y en cuanto al daño **moral objetivado,** el demandante alega como fuente el entredicho en que públicamente ha sido colocado su nombre y su reputación profesional, el demérito en su posición social que lo ha inhabilitado para conseguir puestos en los Bancos establecidos en Colombia, todo lo cual lo ha colocado en una situación desventajosa y precaria".

"Corren en el expediente las declaraciones de los señores Restrepo Gaviria, José Mª Bahamón, Arcesio Vélez Marulanda, etc., examinadas en otro lugar de este fallo, según las cuales el señor Ortiz ha sufrido evidentemente el perjuicio a su patrimonio social de que se queja".

"El solo hecho de haber tenido que aceptar el señor Ortiz, después

de varios años de desempleo, un cargo secundario y de escasa remuneración en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, hecho demostrado en la causa, lleva al convencimiento del juzgador la realidad del mérito profesional del demandante, consecutivo al despido que le hiciera el Banco de Colombia, atendida su constancia y brillante posición Bancaria anterior".

"A este propósito el perito doctor Hernández afirma que el señor Ortiz por motivo del retiro inmotivado de su cargo, quedó en condiciones desventajosas, para colocarse en institución Bancaria, y "ha seguido perjudicándose desde el 29 de septiembre de 1938 en adelante, y ese perjuicio subsistirá por mucho tiempo al menos que el Banco de Colombia volviera a ocuparlo en las mismas condiciones del contrato...". "Agrega este perito que los perjuicios por este concepto no pueden equivaler a la totalidad del sueldo que el señor Ortiz devengaba cuando la ejecución del contrato, porque sus capacidades comerciales y bancarias no han desaparecido, sino solamente ha desaparecido la facilidad para poderse colocar en otra institución bancaria o comercial en las mismas condiciones del contrato. Y anota luego que al señor Ortiz le quedaban a partir del 18 de septiembre de 1938 22 años de vida en expectativa y hay que liquidarle durante ese tiempo estos perjuicios. Sobre estos fundamentos el citado perito fija en la suma de $ 150.00 mensuales durante 22 años, el monto del daño moral objetivado, o sea, en la suma global de $ 39.600.00 moneda colombiana".

"El perito doctor Gómez G. participa también del concepto del perito Hernández acerca de la realidad del perjuicio moral objetivado, al expresar que "en cuestiones morales es el demandante que rodea a una persona, no el hecho singular determinado el que conforma su posición", por lo que entiende que en una situación como la tratada en este proceso no hay por qué exigir que los testigos declaren sobre pormenores que naturalmente están al alcance de pocas personas interesadas directamente en el negocio".

"Pero al verificarse el avalúo o estimación de este elemento en el perjuicio, el perito doctor Gómez G. cometió el error evidente de aplicar por analogía el art. 95 del cuad. principal y fijó el monto del perjuicio moral objetivado en la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda colombiana cuando todos sabemos que esta disposición únicamente se aplica en la regulación de perjuicios morales puramente **subjetivos** y que las repercusiones **objetivas** del daño moral han de indemnizarse aplicándole las normas que regulan el resarcimiento del perjuicio **material,** conforme a jurisprudencia constante de la Honorable Corte Suprema".

"El daño moral objetivado debe ser tangible, estimable con relativa facilidad y concretable en cifras numéricas. El despido intempestivo del señor Ortiz U. del Banco de Colombia, conforme a los testimonios y al dictamen de los peritos que se acaban de relacionar, causó al demandante, en principio, esa especie de perjuicio moral objetivado. El perito doctor Fajardo opina que este elemento del perjuicio no es indemnizable porque es **indirecto**, porque falta la relación de causa a efecto entre la violación del contrato por el Banco y el demérito profesional y consiguiente desmejora económica del querellante".

"Se observa:

"Para la Sala sentenciadora no hay duda de que el Banco demandado, intempestiva y prematuramente a Ortiz, lo colocó **ipso-facto** en el estado de inferioridad social, profesional y económica de que hablan los peritos y los testigos: porque dada la brillante hoja de servicios de dicho empleado al vencimiento normal de su contrato se hubiera encontrado en su capacidad de renovarlo expresa o tácitamente con el mismo Banco, o hubiera disfrutado al menos del término del desahucio (tres meses) para conseguir un empleo similar en otro de los Bancos de la ciudad, porque si todavía, a pesar del despido, el Banco de Colombia le hubiera pagado en ese acto el valor de los gastos de regreso a Londres y a pesar de ellos Ortiz hubiera continuado residiendo en esta ciudad en estado de desmpleo, en tal hipótesis el Banco tendría alguna disculpa que alegar sobre el demérito **profesional** de su antiguo empleado; porque del desarrollo continuo **de una** carrera profesional técnica, como lo es la carrera bancaria, **las posibilidades** del empleado son limitadas o restringidas a **determinados** establecimientos comerciales, por lo cual un obstáculo repentino como el despido intempestivo determina casi siempre para el empleado un fracaso en su carrera, pues le cierra las puertas del reducido sector comercial que ordinariamente utiliza esa especie de profesionales, y Ortiz tenía pleno derecho, dentro de un desarrollo normal de su especialidad, a alcanzar la culminación de su carrera o al menos no retroceder de la elevada posición a donde había ascendido en ella a base de esfuerzos, de consagración y de corrección".

"A este propósito sientan los Hermanos Mazeaud en su conocida obra sobre responsabilidad civil: "La desconsideración lanzada sobre una persona arriesga a menudo lesionarla pecuniariamente, sea obligándola a abandonar la situación que ella ocupa, ora comprometiendo su porvenir o el de sus hijos, o bien haciendo periclitar su comercio o industria". (Nos. 295).

Se considera:

Las declaraciones de testigos que estima mal apreciadas el recurrente, por lo cual incurrió en error de hecho el Tribunal de instancia, dicen así, en lo pertinente:

El señor Roberto Restrepo Gaviria: "Me consta igualmente que por el hecho de haber sido retirado el señor Ortiz del servicio del Banco de Colombia ha pasado situaciones financieras muy angustiosas debido a la dificultad que ha tenido para conseguir nuevo puesto en las instituciones bancarias por la situación poco clara en que lo colocó el despido del Banco de Colombia. Me consta también directa y personalmente que dicho señor Ortiz quiso viajar nuevamente a Londres pero por haberse negado el Banco de Colombia a pagar la suma para su regreso tuvo que permanecer en esta ciudad lógicamente gastando lo poco que tenía ahorrado".

El señor José M. Bahamón: "Por el citado conocimiento ya dicho y documentaciones que he visto y posee y el trato diario que he tenido con el señor Luis Ortiz U. me consta que ha pasado situaciones económicas muy angustiosas debido a la dificultad que ha tenido para conseguir trabajo en su especialización, es decir, en las instituciones bancarias del país por la situación poco clara en que lo colocó el despido del Banco de Colombia. También me consta que el señor Luis Ortiz U. no ha podido regresar a Londres o a Europa donde dados sus antecedentes hubiera sido no sólo posible sino seguro reincorporarse en la carrera bancaria, esto por causa precisamente de la falta de recursos por el incumplimiento del Banco de Colombia en liquidarle y pagarle sus gastos de regreso según el mismo contrato, habiendo tenido que vivir en Colombia el nombrado señor Ortiz, después de su despido injustificado del Banco de Colombia agotando así sus pocos ahorros o economías habidas durante su trabajo".

El doctor Arcesio Vélez Marulanda: "Me consta que el retiro del señor Ortiz por parte del Banco de Colombia le ha traído perjuicios, le ha acarreado demérito á su prestigio profesional ante todas las entidades comerciales y bancarias, pues prueba de ello es que el señor Ortiz a pesar de sus buenos antecedentes y conducta, no ha podido reintegrarse a entidad bancaria alguna ni a ninguna casa comercial de importancia en el país, debido a la situación de sospecha en que lo colocó el despido del citado Banco". Y dice lo mismo que los anteriores respecto de la negativa del Banco a pagarle los viáticos de regreso a Londres.

El doctor Luis Carlos Corral: "Me consta por ese mismo conocimiento que el retiro del señor Ortiz por parte del Banco de Colom-

bia en donde prestaba servicios en virtud de un contrato celebrado en Londres, le ha ocasionado serios perjuicios tanto morales como materiales". E igual afirmación que los demás hace en relación con la negativa del Banco a pagarle los gastos de regreso a Europa.

De lo pertinente de esas declaraciones que se han transcrito, se deduce claramente que el despido injustificado del Banco ha ocasionado al señor Ortiz perjuicios de distinto orden porque se ha visto en dificultad para conseguir trabajo en su especialización, en instituciones bancarias, debido a la situación poco clara en que lo colocó ese despido.

No se ve, por lo tanto, cómo hubiera podido incurrir en error el Tribunal de instancia al darle mérito probatorio a esos testimonios acordes. Por el contrario, los apreció correctamente, de acuerdo con la ley, dando crédito a los dichos de todos ellos, pues si no lo hubiera hecho sí habría incurrido en error por falta de su estimación legal. Por la uniformidad de sus exposiciones y por la calidad de los declarantes, esta prueba debía estimarse como lo hizo el sentenciador.

Tampoco aparece error de la apreciación de los dictámenes periciales, porque el análisis que hace la sentencia acusada de dicha prueba, y que transcribió atrás, es correcto y ninguna consideración fundamental, precisa, clara, concreta hace el recurrente para atacarla en la forma cómo la apreció el fallo recurrido. Sólo un perito opinó que el perjuicio moral objetivado no es indemnizable porque es indirecto, pero contra ese parecer está el de los otros dos expertos y los hechos que resultan de los testimonios ya citados.

El certificado de buena conducta expedido por el Banco al señor Ortiz el 3 de febrero de 1936, que transcribe el recurrente en este cargo, y que no consideró el fallador de instancia, no sirve para acreditar que no se causaron perjuicios al empleado, en primer lugar, por la fecha, puesto que los perjuicios son posteriores al despido y consisten en la imposibilidad de encontrar trabajo en su especialidad y en otras instituciones bancarias y en el demérito de su reputación profesional como lo dicen los testigos, de modo que cuando se expidió aún no se sabía qué efectos habría de producir el despido, toda vez que este hecho vino a tener lugar el mismo día de la expedición del certificado. Además, la sola certificación no prueba evidentemente que no se hubieran podido producir más tarde los perjuicios que sufrió el señor Ortiz de acuerdo con la prueba testimonial ya mencionada.

Tampoco sirve la carta del señor Jorge Garcés para acreditar la

inexistencia de perjuicios, porque como el mismo recurrente lo dice en su demanda de casación, dicho señor "era fuerte accionista del Banco de Colombia en la época en que estos hechos ocurrieron", y cuando escribió su carta al Banco el 29 de agosto de 1936 manifestando que había ofrecido un cargo al señor Ortiz, ya éste había iniciado meses antes de la demanda del primer juicio, o sea el 2 de junio del mismo año, fecha esta que consta en la sentencia de 30 de noviembre de 1937 traída en copia con la demanda ordinaria.

La carta al Banco del señor Garcés fue reconocida por éste bajo juramento ante Juez y durante el juicio, y no puede tener sino el valor del dicho de un testigo, que a su vez es accionista fuerte del Banco demandado, como él mismo lo confiesa en la diligencia de reconocimiento y ratificación. Además, fue producida a petición del Banco cuando ya el señor Ortiz había iniciado el primer litigio de procedimiento verbal, de modo que tuvo la clara finalidad de servir de prueba contra éste.

Es verdad que el artículo 669 ordinal 6º del Código Judicial no incluye al socio de compañías anónimas entre las personas que están impedidas para declarar por parcialidad que se les supone, ni el señor Garcés fue tachado especialmente, pero la circunstancia de ser fuerte accionista del Banco demandado y su vinculación especial con esa entidad bancaria que aparece del hecho de haber sido el representante de ella en la celebración del contrato de Londres con el señor Ortiz, le da un carácter también especial a su testimonio, que no puede dejarse pasar desapercibido.

Por otra parte, no consta si la oferta fue verbal o escrita, ni su fecha, ni en qué consistió, sueldo, etc., ni el señor Garcés quiso contestar unas preguntas sobre el particular que al tiempo del reconocimiento y ratificación la formuló la parte actora, luego su dicho, solo y aislado, sin corroboración de documento, prueba o principio de prueba siquiera, no puede tenerse como demostración fehaciente, como prueba plena de que no se causaron los perjuicios al señor Ortiz.

No está probado el cargo.

Y no hallándose acreditado ninguno de los motivos de acusación, debe quedar en firme la sentencia recurrida.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunad Superior del Distrito Judicial de Bogotá que ha sido objeto del presente recurso.

Para el cumplimiento en lo pertinente del fallo de segunda ins-

tancia, se enviará el expediente al Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, que es la entidad de igual categoría dentro de la jurisdicción especial a la que lo profirió, y para que a su vez lo remita, con tales efectos, al Juez del Trabajo de Bogotá.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la "GACETA DEL TRABAJO" y devuélvase el expediente al Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá.

Cástor Jaramillo Arrubla. — Luis Alberto Bravo. — Diógenes Sepúlveda Mejía. — Guillermo Martínez R., Secretario.

INDICE

Págs.

NOCIONES DE OBRERO Y DE EMPLEADO PARTICULAR
Notas características o esenciales. — Concepto de responsabilidad. — Errores de hecho y de derecho en la casación del trabajo. — Modo de analizar las sentencias 3

DESCANSO ANUAL O VACACIONES. — Cuándo se causan. Causas de terminación del contrato de trabajo 18

COMO DEBE ESTIMARSE LA CUANTIA PARA EFECTOS DE LA CASACION. — Qué clase de negocios debían a los Tribunales del Trabajo, en virtud del art. 68 de la Ley 6ª de 1945. 33

REQUISITOS QUE DEBE REUNIR LA DEMANDA DE CASACION PARA QUE SEA ADMISIBLE. — Calidad de este recurso 44

FACULTAD LEGAL DE LOS SINDICATOS DE TRABAJADORES PARA REPRESENTAR JUDICIAL Y ADMINISTRATIVAMENTE A SUS AFILIADOS 50

NATURALEZA DEL RECURSO DE CASACION. Su técnica. Providencias que son objeto del recurso. — Aplicación de normas adjetivas en el Derecho del Trabajo 57

CAPITAL DE EMPRESAS 66

DIFERENCIAS ENTRE EMPLEADO PARTICULAR Y EMPLEADO OFICIAL 76

VACACIONES DE EMPLEADOS PARTICULARES. — Derecho a compensarlas en dinero. — Naturaleza, similitud y diferencias entre esos derechos. — Cuándo pueden acumularse las vacaciones. — Prescripción de las acciones de vacaciones y de compensación en dinero y desde cuándo debe contarse. — Legislaciones y doctrinas extranjeras sobre el particular. — Diversas tesis al respecto. — Solidaridad entre los socios de Compañías de personas frente al trabajador para el pago de obligaciones de trabajo. — Los socios no pueden alegar vicios o defectos de su Compañía, debidos a su culpa o negligencia, para negarse a pagar obligaciones laborales 94

Págs.

CASACION. — Contra qué providencias procede. — Técnica en este recurso. — Quién debe proferir un auto para mejor proveer. Qué providencias vinculan al Juez. — Medios de prueba. — Requisitos para producir pruebas y su mérito o valor en juicio. — Testigos. — No son aceptables en juicio las declaraciones extrajuicio, sino las que se ratifiquen dentro de él. — Los testigos no califican trabajadores ... 123

JORNADA DIURNA Y NOCTURNA. — Situación jurídica de los trabajadores que realizan simultáneamente funciones de empleado y de obrero. — Objeto y alcance del modelo de contrato de trabajo. — Prescripción de la acción para el cobro de salarios 139

PRUEBAS. — A quién corresponde producirlas 153

CLASIFICACION DE TRABAJADORES. — A quién corresponde producirlas 163

IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS DEL TRABAJADOR. — Carta o finiquito de pago 176

DESDE CUANDO DEBE CONTARSE EL TERMINO DE LA PRESCRIPCION EXTINTIVA DE LAS ACCIONES EN DERECHO LABORAL. — Calidad de vigilantes, pasantes o celadores que prestan servicios en establecimientos de educación 190

REQUISITOS QUE DEBE CONTENER LA DEMANDA DE CASACION. — Identidad de los litigantes. — Personería sustantiva y adjetiva. — La capacidad procesal o para comparecer en juicio. — Quién debe alegar la falta de citación o emplazamiento como nulidad 203

OPORTUNIDAD PARA ADUCIR PRUEBAS. Documentos públicos y documentos privados. Cómo se producen y reciben en juicio. — Libre apreciación de pruebas. — Prelación de normas reguladoras de la relación de trabajo. — Ilegitimidad de la personería del recurrente. — Cómo debe alegarse. — En casación el opositor que no ha recurrido, no puede plantear cargos. — En casación no se admiten pruebas 213

SUSTITUCION DE PATRONOS. — En qué consiste. — Cuándo tiene lugar. — Sus fines. — Sus efectos. — Doctrina, legislaciones y jurisprudencia extranjeras sobre el particular. — Solidaridad entre patronos, sustituto y sustituído. Requisitos de la sustitución. — Fundamento de la institución. — Confesión 237

Págs.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LAS SOCIEDADES DE PERSONAS Y SUS MIEMBROS EN RELACION CON EL OBJETO SOCIAL Y LAS OBLIGACIONES PARA CON SUS TRABAJADORES 256

LEYES SUSTANTIVAS Y LEYES ADJETIVAS. — Solamente las leyes sustantivas son objeto del recurso de casación. Doble carácter de las disposiciones del Código Judicial sobre prueba testimonial. Cuándo las normas adjetivas pueden ser alegadas y consideradas en este recurso. — Misión del Tribunal Supremo del Trabajo. — La tarifa legal de pruebas y el artículo 697 del Código Judicial 266

TRABAJO LIBRE O INDEPENDIENTE Y TRABAJO DEPENDIENTE O SUBORDINADO. — Requisitos que deben reunirse en uno y otro. Diferencia sustancial entre ellos. La subordinación como elemento esencial del contrato de trabajo 275

TECNICA DE LA CASACION. Noción de culpa 293

QUE CLASE DE SENTENCIAS SON SUSCEPTIBLES DEL RECURSO DE CASACION 300

ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO EN CASACION DEL TRABAJO. — Libertad de apreciación de las pruebas 312

CUANDO EL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES ES DE TRABAJO. — La subordinación en el contrato de trabajo. — La triple clasificación de la subordinación. — La subordinación jurídica. La libertad de orden científico en el contrato laboral de profesionales frente a la subordinación. Confesión. Pueden existir sociedades de abogados. — Una compañía de ese género no tiene objeto ilícito 321

CONDICIONES DEL RECURSO DE CASACION. — Su técnica. — Libre apreciación de pruebas. — Aplicación del artículo 553 del C. Judicial 340

OPORTUNIDAD PARA INVOCAR LA JUSTA CAUSA DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR 347

INOBSERVANCIA DE REGLAS ADJETIVAS EN LOS JUICIOS. — Prueba de posiciones 357

DIFERENCIA ENTRE EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL DE OBRA. — El Tribunal Supremo es entidad de casación y no de apelación 363

Págs.

SUSPENSION DEL CONTRATO DE TRABAJO CON OCASION DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO 380

CLASIFICACION DE TRABAJADORES. — Compatibilidad del auxilio de enfermedad y el de cesantía. — Condena en abstracto 387

INCOMPATIBILIDAD ENTRE EL AUXILIO DE CESANTIA Y LA PENSION DE JUBILACION 405

PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE SOCIEDADES REGULARES Y DE LAS IRREGULARES O DE HECHO. — Los presupuestos procesales de legitimación en causa y de capacidad para comparecer en juicio. — Cómo se acredita la capacidad procesal de las compañías regulares. — En los litigios del trabajo también debe probarse. — Medio nuevo en casación 414

DERECHO DE OPCION. — Pensión de jubilación 421

PROFESORES DE ESTABLECIMIENTOS DE EDUCACION, PRIVADOS Y OFICIALES 434

ROMPIMIENTO UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO POR EL TRABAJADOR 444

CONDENA EN ABSTRACTO 453

PROCEDIMIENTO. — Declaraciones extrajuicio 462

CUESTIONES PREVIAS EN LA DEMANDA DE CASACION. Violación de estatutos de carácter particular. — Infracción del Decreto 652 de 1935. — La interpretación errónea en casación 471

FUNDAMENTO FILOSOFICO Y JURIDICO DE LA PRUEBA PERICIAL. — Diferencia entre los medios de prueba y los requisitos para que las pruebas existan. — En Medicina quiénes pueden ser peritos. — Accidente de trabajo; desacuerdo médico 482

ENFERMEDAD DEL TRABAJADOR COMO CAUSA DE TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO. — Pago de prestaciones en este caso. — Interpretación del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945 sobre liquidación de cesantía 491

ORDENENZAS DEPARTAMENTALES 501

JORNADA DE TRABAJO EN LAS MINAS. — Trabajo suplementario 507

ERROR DE DERECHO 515

PRUEBAS EN CASACION. — Notificaciones 521

CONFESION EXTRAJUDICIAL 529

REQUERIMIENTO 536

Págs.

REQUISITOS DEL CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO. Prueba de su existencia 543

LA TRANSACCION EN DERECHO DEL TRABAJO. — Renuncia de derechos. — Valor del finiquito. — Concepto de interinidad. — Intervención de los Inspectores del Trabajo en los arreglos celebrados entre patronos y trabajadores 550

REQUISITOS QUE SE DEBEN LLENAR PARA TENER DERECHO A INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual. — Reconvención judicial y extrajudicial. — Distinción entre el auxilio de cesantía y la indemnización de perjuicios. Abuso del derecho 574

F E D E E R R A T A S

Página	5	Línea	33	Dice:	parte la	Debe leerse:	Por la parte
"	19	"	15	"	el fallador	"	"	por el fallador
"	20	"	36	"	desaveniencias	"	"	desavenencias
"	27	"	8	"	constituyé	"	"	constituya
"	29	"	18	"	no ese	"	"	no cae
"	37	"	35	"	fue el	"	"	fue al
"	56	"	2	"	enviarlas	"	"	évitarlas
"	57	"	15	"	información	"	"	infirmación
"	69	"	37	"	dejó	"	"	dejé
"	70	"	31	"	el	"	"	del
"	72	"	13	"	es obrero	"	"	es el obrero
"	73	"	41	"	condensación	"	"	condenación
"	87	"	28	"	destacó	"	"	desató
"	111	"	30	"	sobro	"	"	cobro
"	167	"	1	"	discutida	"	"	indiscutida
"	167	"	18	"	2636	"	"	2536
"	188	"	9	"	sensura	"	"	censura
"	214	"	18	"	el	"	"	del
"	216	"	9	"	el caso	"	"	al caso
"	216	"	21	"	interior	"	"	inferior
"	232	"	32	"	cuándo	"	"	cuanto
"	242	"	33	"	en plena	"	"	es plena
"	271	"	18	"	referentes pruebas	"	"	referentes a
"	295	"	38	"	que las	"	"	que a las
"	337	"	7	"	cunado	"	"	cuando
"	364	"	9	"	69	"	"	68
"	372	"	3	"	continua	"	"	continuada
"	383	"	34	"	igual	"	"	igualdad
"	422	"	19	"	Ley 54	"	"	Ley 53
"	467	"	19	"	el del	"	"	el de
"	478	"	29	"	depósito	"	"	despido
"	492	"	22	"	el	"	"	del
"	505	"	11	"	Pero está	"	"	Pero no está
"	506	"	2	"	justo cambio	"	"	justo el cambio
"	506	"	4	"	si en el	"	"	si el
"	546	"	27	"	colaboración	"	"	elaboración
"	558	"	24	"	66	"	"	666
"	559	"	36	"	constación	"	"	contestatio
"	564	"	24	"	acuerdo de los	"	"	acuerdo los