

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

GACETA DEL TRABAJO

NUMEROS 17 A 28

ENERO A DICIEMBRE DE 1948

Tomo III

BOGOTA, COLOMBIA

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

Magistrados de la corporación hasta el 22 de abril de 1949.

Dr. Luis Alberto Bravo
Dr. Cástor Jaramillo Arrubla
Dr. Diógenes Sepúlveda Mejía

Del 22 de abril en adelante:

Dr. Luis Alberto Bravo
Dr. Juan Benavides Patrón
Dr. Diógenes Sepúlveda Mejía

DIGNATARIOS:

Hasta el 30 de abril de 1948:

Presidente: Dr. Luis Alberto Bravo
Vicepresidente: Dr. Cástor Jaramillo Arrubla.

Del 1º de mayo de 1948 al 10 de enero de 1949:

Presidente: Dr. Diógenes Sepúlveda Mejía.
Vicepresidente: Dr. Cástor Jaramillo Arrubla.

Del 11 de enero de 1949 al 22 de abril de 1949:

Presidente: Dr. Cástor Jaramillo Arrubla.
Vicepresidente: Dr. Luis Alberto Bravo.

Del 23 de abril de 1949 al 30 de abril de 1950.

Presidente: Dr. Luis Alberto Bravo.
Vicepresidente: Dr. Juan Benavides Patrón. ...

Del 1º de mayo de 1950 en adelante:

Presidente: Dr. Juan Benavides Patrón.
Vicepresidente: Dr. Diógenes Sepúlveda Mejía.
Secretario: Dr. Guillermo Martínez R.
Relator: Dr. Gustavo Hoyos Giraldo.

Tomo impreso en el Editorial Iqueima, de Bogotá, en el primer semestre de 1950.

GACETA DEL TRABAJO

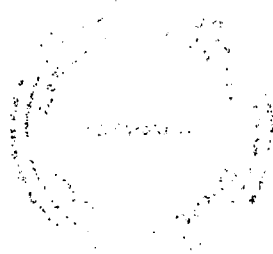
ORGANO DEL
TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO



NUMEROS 17 A 28
ENERO A DICIEMBRE DE 1948

Tomo III

BOGOTA, COLOMBIA



CASACION. REQUISITOS DE LA DEMANDA. JORNADA DE TRABAJO.

Como extraordinario que es, el recurso de casación se dirige a atacar esencialmente el fallo, cuando en éste se halla una violación de la ley; no es una tercera instancia, sino una verdadera acusación, con características especiales. Una cuestión que no se haya contemplado en el fallo de segundo grado, no puede examinarse por el Tribunal Supremo en este recurso.

La demanda de casación debe expresar separadamente las causales de casación invocadas contra la sentencia, con los respectivos fundamentos. No se pueden presentar simultáneamente, en el mismo cargo, dos causales de casación.

En el sueldo mensual que se paga a un guarda de las rentas departamentales puede entenderse remunerada toda la jornada ordinaria, que pudo llegar a ser de once horas diarias.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía).

Bogotá, enero veintisiete de mil novecientos cuarenta y ocho.

Faustino Betancur, por medio de apoderado, presentó demanda contra el Departamento de Antioquia, a fin de obtener que se le reconociera y pagara la cantidad de seis mil seiscientos veintidós pesos con veintiocho centavos, por concepto de horas extras trabajadas en su condición de Guarda de las Rentas departamentales.

El demandante adujo como hechos fundamentales los siguientes:

Que trabajó al servicio del Departamento, en el ramo de rentas departamentales, como Guarda, desde el 1º de mayo de 1941 hasta el 14 de septiembre de 1944, incluyendo las vacaciones de retiro. Que la jornada de trabajo para los Guardas de Rentas departamentales

era de once horas diarias, ocho diurnas y tres nocturnas; que según el informe expedido por la Sección de Asuntos Sociales de la Superintendencia de Rentas los sueldos devengados fueron los siguientes: entre el 1º de mayo de 1941 y el 31 de diciembre de 1943, \$ 75.00 mensuales, y de allí en adelante, \$ 85.00; el Departamento no le ha pagado nada por concepto de horas extras trabajadas a su servicio; que el Departamento le debe un total de dos mil setecientas treinta horas extras, que liquidadas a razón de \$ 0.31 cada una y con el recargo respectivo por trabajo nocturno valen la cantidad de mil doscientos sesenta y nueve pesos con cuarenta y cinco centavos. Que además trabajó entre el 1º de enero de 1944 y el 14 de agosto del mismo año 672 horas más que liquidadas a \$ 0.35 y con el respectivo recargo valen \$ 352.80.

Ventilado el juicio ante el Juez de primera instancia que lo fue el 3º civil del circuito de Medellín sobrevino el fallo absolutorio con fecha 17 de julio de 1945. Pero no conforme al apoderado del demandante, doctor Obdulio Gómez, interpuso apelación para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, y éste, con fecha 1º de marzo de 1946, por estar ya funcionando el Tribunal Seccional del Trabajo pasó el negocio al conocimiento de esta última entidad.

Con fecha 18 de diciembre de 1946 el Tribunal Seccional del Trabajo dictó su sentencia definitiva, y en virtud de ella confirmó la de primer grado.

Contra esta providencia se interpuso el recurso de casación por el apoderado de Betancur. Remitido el negocio a esta superioridad y tramitado conforme la ley lo ordena, se va a decidir, con vista de la respectiva demanda presentada por el doctor Hernando Moreno M. y del alegato del opositor.

EL RECURSO

Sin invocar causal legal alguna, en forma expresa, se formula el primer cargo de la siguiente manera:

“La sentencia recurrida violó, por infracción directa y no aplicación el artículo 9º de la Ordenanza 34 de 1937 y el artículo 2º de la Resolución número 1 de 1934, aprobada por el Decreto número 895 del citado año, porque es bien sabido que la supervigilancia y dirección de las rentas departamentales está encomendada a los Superintendentes de Rentas, Directores de Tenencias, Jueces de Instrucción, Tenientes de Rentas, etc., es decir a todo el personal superior, pero no a los Guardas; ya que éstos no son los que supervigilan o dirigen las rentas departamentales.

"Los que supervigilan o dirigen las rentas departamentales dan las órdenes superiores y los Guardas son sus simples ejecutores. Por consiguiente, quedaron amparados estos últimos por el artículo 2º de la Resolución número 1 de 1934, aprobada por el Decreto Ejecutivo número 895 del mismo año; derecho este que se desconoció en la sentencia recurrida por lo cual se infringieron directamente las disposiciones aludidas."

Luégo el recurrente afirma que en la escritura número 4341 de 4 de diciembre de 1944 se expresa que la jornada diaria de los Tenientes y Guardas de Rentas que prestan servicios en Medellín ha sido desde el año de 1938 casi de once horas diarias, o sean las ocho ordinarias y tres extraordinarias durante la noche; que como la sentencia recurrida no le da plena fuerza al contenido de dicha escritura, en cada caso particular, se ha violado en forma directa el espíritu de las disposiciones ya citadas.

Se examina el cargo.

Lo primero que debe observarse al estudiar este cargo es que la cuestión relativa a la calidad de los servicios prestados por el demandante, para el efecto de saber si se halla o nó cobijada por las disposiciones de la Resolución número 1 de 1934, no es materia de la sentencia acusada, y sabido es que el recurso de casación, como extraordinario que es, se dirige a atacar esencialmente el fallo, cuando se encuentre en él un quebrantamiento de la ley; es una verdadera acusación, con características especiales, y no una tercera instancia. En parte alguna de la providencia recurrida se encuentra siquiera una referencia a la cuestión planteada; pues, muy al contrario, en su párrafo final, se expresa así: "Por falta de prueba de los hechos en que se apoya la reclamación, no es necesario estudiar la cuestión de derecho, pues la falta de prueba conduce a la absolución del Departamento, haya o nó derecho a la sobre-remuneración del trabajo extraordinario a que Betancur se refiere."

De manera que el fallo no contempla siquiera ese aspecto de la cuestión, que es objeto de la acusación. No puede, por lo tanto, examinarse por este Tribunal Supremo la calidad de las funciones que desempeña el demandante para establecer si se trata o nó de un trabajador exceptuado de la jornada legal establecida por el artículo 2º de la Resolución número 1 de 1934.

Pero es que en el mismo cargo se plantea también lo relativo a la cuestión de hecho, para sostener que el Guarda Betancur trabajó once horas, con base en el informe del Superintendente de Rentas, consignado en la escritura 4341, de que se habló antes. Y, entonces,

cabe advertir que dentro de la técnica de casación es inadmisibile el procedimiento adoptado por el recurso, porque de conformidad con el artículo 531 del C. J., la demanda de casación debe expresar separadamente las causales invocadas con los respectivos fundamentos, y en el caso que se estudia, se tiene que aparecen simultáneamente propuestas en un mismo cargo dos cuestiones distintas: una de hecho, la referente al número de horas trabajadas por el demandante, y otra de derecho, la calidad de las funciones desempeñadas por el mismo.

Estas consideraciones hacen que el cargo, en la forma en que ha sido presentado por la demanda no puede prosperar.

SEGUNDO CARGO

Este cargo se produce así:

“Acuso la sentencia recurrida por apreciación errónea de las pruebas, 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 en error de derecho, pues por la errónea apreciación de las citadas pruebas no 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 895 del mismo año, especialmente el parágrafo 3º de dicho artículo 2º, lo mismo que los artículos 11 y 12 de la referida Resolución y Decreto.”

Luégo el recurrente hace consideraciones generales acerca de las características del trabajo de los Guardas de Rentas departamentales, sin individualizar el concepto de la violación de cada una de las disposiciones que estima violadas, concretamente en el caso que el juicio contempla.

Como este Tribunal tuvo ocasión de examinar ya un negocio exactamente igual al que está hoy a su estudio, sobre idénticas consideraciones contenidas en la sentencia de segundo grado, basta para el efecto transcribir lo que en tal oportunidad se dijo al respecto, ya que no hay ninguna razón nueva que sea suficiente para hacer cambiar de concepto a la corporación.

En providencia de 11 de agosto del año pasado, en el negocio adelantado por Alfonso Rivera contra el Departamento de Antioquia, que el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín desató en la misma forma que el presente, se dijo lo siguiente, al considerar el mismo cargo de apreciación errónea de las pruebas constantes en la misma escritura número 4341 de 1944, de la Notaría 2ª de Medellín:

"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 pueda 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 trabajaban 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 fuere cierta esta aseveración del recurrente, en el sueldo mensual pagado a esos Guardas podría entenderse remunerada toda la jornada ordinaria que según alega aquí el 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 la necesidad 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, 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 servicios "casi once horas, o sea 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."

No es necesario hacer más consideraciones para que este Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASE, como en

efecto NO CASA la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín que ha sido objeto de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gasetta del Trabajo y devuélvase al Tribunal de origen.

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

CASACION

Repetidamente ha dicho este Tribunal que el recurso de casación respecto de fallos dictados con base en ordenanzas departamentales no puede prosperar sino cuando aparezca una relación estrecha entre las Ordenanzas y determinada norma superior de índole nacional en materia de trabajo, de donde ésta resulte violada, o una incidencia de la aplicación de las Ordenanzas sobre la legislación social, de la cual sobrevenga también su quebrantamiento.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Bravo).°

Bogotá, febrero tres de mil novecientos cuarenta y ocho.

Ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín, el señor Arturo Gómez G., por medio de apoderado, demandó al Departamento de Antioquia para el pago de auxilio de cesantía por servicios que prestó a la entidad demandada, en el ramo de la educación, durante más de doce años, con algunas interrupciones motivadas por circunstancias distintas a desobediencias o mala conducta.

El auxilio de cesantía que reclama el actor es el que está consagrado por medio de Ordenanza del Departamento de Antioquia.

El Juzgado del conocimiento absolvió al Departamento en sentencia de fecha 16 de diciembre de 1944.

Esta providencia fue apelada para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, que en auto de 4 de marzo de 1946 ordenó remitir el negocio al Tribunal Seccional del Trabajo en cumplimiento del artículo 68 de la Ley 6ª de 1945.

La última de las corporaciones mencionadas decidió el litigio revocando el fallo de primera instancia y condenando en su lugar al Departamento de Antioquia a pagar al demandante la suma demandada.

Contra este fallo interpuso recurso de casación el señor Gobernador de Antioquia, recurso que fue admitido en atención a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 58 de la Ley 6ª de 1945, conforme al cual la justicia del trabajo conoce de las controversias que se susciten por razón de las primas, bonificaciones y demás prestaciones que tengan su origen en Ordenanzas departamentales, y teniendo en cuenta, además, que la cuantía del juicio excede de mil pesos y el recurso fue interpuesto en tiempo oportuno y por persona hábil.

El doctor Octavio Cifuentes R. formula demanda de casación en representación del Departamento recurrente. Se entrará a estudiar dicho libelo por cuanto el Magistrado ponente le reconoció a su debido tiempo personería para actuar en el recurso.

Surtidos ya los trámites de rigor, se procede a decidir de tal medio de impugnación extraordinario.

El recurrente formula tres cargos, que se resumen a continuación:

PRIMER CARGO

Lo funda en la violación de ley sustantiva por aplicación indebida de la Ordenanza número 57 de 1938. Se refiere al siguiente aparte de la sentencia acusada:

“Resulta aplicable entonces el artículo 12 de la Ordenanza número 57 de 1938 y se debe reconocer la cesantía correspondiente a todo el tiempo servido, al tenor de la Ordenanza número 35 de 1940 porque aun cuando se operaron varias desvinculaciones, consta que éstas no obedecieron a mala conducta ni a desobediencia.”

Anota el recurrente que no existe prueba de que el demandante fuera desmejorado en categoría, en cuanto al sueldo, género de vida o condiciones climáticas, sino que, al contrario, con la expedición de la Ordenanza número 3 de 1943, el cargo de Visitador escolar, que fue el que desempeñó el demandante, se mejoró su situación, porque dicha Ordenanza aumentó el número de visitantes, lo que implica menor volumen de trabajo; elevó la asignación; señaló viáticos según la plaza, y, finalmente, concedió pasajes gratuitos en el Ferrocarril de Antioquia.

De donde concluye que el fallo recurrido “viola de modo flagrante por aplicación indebida, el artículo 12 de la Ordenanza número 57 de 1938 y viola por infracción directa el artículo 10 de la misma Ordenanza en consonancia con el artículo 1º”.

SEGUNDO CARGO

La sentencia impugnada, viola la ley sustantiva por interpretación errónea del artículo 24 de la Ordenanza número 35 de 1940 y por infracción directa de los artículos 4º y 7º de la Ordenanza número 57 de 1938.

“El fallador no tuvo en cuenta —dice el recurrente— el hecho de que la Ordenanza 35 entró a regir seis meses después de estar definitivamente separado del servicio del Departamento el demandante Gómez ni que volvió a ser empleado a los 29 meses ni que el reclamo comprende el tiempo de servicio del Departamento hasta el año de 1940. En síntesis —agrega— con el monstruoso absurdo ya estudiado en el primer cargo, condena al Departamento por la desmejora sufrida por el trabajador con la expectativa de la aplicación de la Ordenanza número 3 de 1943; no estudia en ninguna forma las circunstancias en que el demandante se salió del servicio departamental el 20 de enero de 1940; valiéndose de una errónea interpretación de la Ordenanza número 35 de 1940, la pone a servir de puente entre la primera situación y la segunda; no condena a la entidad demandada, por la última cesantía, porque ésta ya estaba cubierta; sino que con el pretexto de la Ordenanza número 3 y sobre el puente de la Ordenanza número 35, entra a crearle al demandante Gómez un derecho que según los artículos 1, 4, 7, 10 y 12 de la Ordenanza 57 no tiene, ya que el Magistrado en ninguna parte del proceso estudia las circunstancias en que se salió la primera vez el trabajador.”

TERCER CARGO

“El fallo recurrido viola la ley sustantiva, Ordenanzas números 57, 35 y 3 citadas, por apreciación errónea del informe de la Dirección de Educación Pública en relación con la Ordenanza número 3 de 1943, y por falta de apreciación de las pruebas allegadas por el Departamento, tendiente a demostrar que por concepto de la desvinculación del reclamante Gómez en el año de 1940, éste no tenía ningún derecho a cesantía, toda vez que no había habido desmejora en las condiciones del contrato de trabajo que pudiera darle el derecho a cesantía. Así pues, el Tribunal ha incurrido en error de derecho y en error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos.”

Dice el recurrente que el Magistrado sustanciador estimó que la Ordenanza número 3 de 1943 no daba luz suficiente para establecer si en virtud de su vigencia los Visitadores escolares quedaron desmejorados en su sueldo y género de vida, y que, por ello, resolvió pe-

dir informe al Director de Educación Pública, quien lo rindió en el sentido de que el demandante Gómez, ejerció ese cargo en las escuelas urbanas y rurales del Municipio de Medellín desde junio de 1942 hasta el 11 de abril de 1943, con una asignación mensual de \$ 200.00.

Para el recurrente el referido informe, en presencia de lo dispuesto por la Ordenanza citada, demuestra en forma evidente todo lo contrario de lo que dedujo el Tribunal fallador, o sea que en vez de desmejorar se mejoró la situación de los Visitadores escolares.

Por otra parte, el fallador no tuvo en cuenta las pruebas allegadas por la entidad demandada con el fin de demostrar que con el nombramiento que se hizo el señor Gómez en el año de 1940 en la Universidad, no se le empeoró su situación respecto de 1939, limitándose a decir apenas que "con posterioridad a tal desvinculación el demandante ingresó de nuevo al servicio departamental, no se hace necesario analizar la situación jurídica originada por tal acaecimiento".

De lo dicho infiere que el fallador incurrió en error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos.

Cree, asimismo, que incurrió en error de derecho porque "en forma ilegal el Tribunal allegó por medio de dos autos, basándose en el artículo 600 del C. J. que sólo le permite dictar uno, dos pruebas".

Además, el sustanciador, al dar por sentado que es una desventaja el servir un cargo en la provincia antioqueña frente al mismo cargo en la capital, "inventa pruebas", ya que no está demostrado en los autos que las condiciones de vida en ésta sean más ventajosas que en aquélla, sin tener en cuenta el inciso 2º del artículo 2º de la Ordenanza número 3 de 1943, que establece una compensación para las posibles diferencias.

Se considera:

El Tribunal fallador, en la providencia acusada, se expresó así:

"Como respecto a la desvinculación operada en el año de 1940 se iniciaron reclamaciones judiciales que no llevaron a ningún resultado positivo por razón de que la actuación correspondiente fue inválida, y con posterioridad a tal desvinculación el demandante ingresó de nuevo al servicio departamental, no se hace necesario analizar la situación jurídica originada por tal acaecimiento, pues el derecho a la cesantía debe derivarse si existe, a propósito de la última salida. Sobre decir que la excepción de cosa juzgada propuesta por el apoderado del demandante no tiene asidero legal desde que, como ya se expresó, la Corte Suprema anuló la actuación a que dio lugar la penúltima reclamación judicial.

"Para ilustrar mejor su criterio, este Tribunal hizo venir a los

autos el texto de la Ordenanza número 3 de 1943 y se libro un exhorto a la Secretaría de Educación Pública. De estas piezas resulta que es aceptable la afirmación del demandante, sobre que la vigencia de tal estatuto lo desmejoró, desmejora que se configura porque hasta entonces el señor Gómez servía en la zona escolar de Medellín, ciudad capital en que las condiciones de vida son superiores a las de la provincia antioqueña, y de acuerdo con el citado estatuto departamental quedaba avocado a servir en todas las zonas escolares del Departamento, pues tal es la intención expresada en la Ordenanza.

"Resulta aplicable entonces el artículo 12 de la Ordenanza número 57 de 1938 y se debe reconocer la cesantía correspondiente a todo el tiempo servido, al tenor de la Ordenanza número 35 de 1940 porque aun cuando se operaron varias desvinculaciones, consta que éstas no obedecieron a mala conducta ni a desobediencia."

Como se ve de la transcripción de la parte principal del fallo, éste se basa exclusivamente en Ordenanzas del Departamento de Antioquia, que regulan de modo especial y autónomo el auxilio de cesantía en favor de los trabajadores del Departamento.

Se explica así que el recurrente en la demanda de casación señale solamente, a guisa de disposiciones sustantivas violadas, las de las mismas Ordenanzas que sirvieron de fundamento a la sentencia del Tribunal del Trabajo de Medellín.

Ahora bien: el inciso 2º del artículo 58 de la Ley 6ª de 1945 atribuye a la jurisdicción especial del trabajo el conocimiento de las controversias que susciten las ordenanzas departamentales sobre prestaciones sociales. Pero es obvio que ese precepto debe entenderse en armonía con el ordinal c) del artículo 59 de la misma ley que da al Tribunal Supremo del Trabajo el carácter de Tribunal de casación, cuya finalidad no puede ser distinta a la de unificar la jurisprudencia nacional en torno a la legislación sustantiva del trabajo. De tal manera que el recurso de casación respecto de fallos dictados con base en ordenanzas departamentales, no puede prosperar sino cuando aparezca una relación estrecha entre las Ordenanzas y determinada norma superior de índole nacional en materia de trabajo, de donde ésta resulte violada, o una incidencia de la aplicación de las Ordenanzas sobre la legislación social, de lo cual sobrevenga también su quebrantamiento.

En un caso análogo, esta corporación dijo lo siguiente:

"Por lo demás, 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 desempeña el actor, condújolo exclusi-

vamente 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 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 y 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.”

No habiendo indicado el recurrente en su demanda de casación ninguna disposición legal sustantiva del trabajo entre las que fueron infringidas por el fallo acusado, no es el caso de entrar al examen de fondo de los cargos.

Por 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.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese, 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.

**CASACIÓN. TRABAJO SUPLEMENTARIO. SUSTANTIVIDAD DEL
ARTICULO 42 DE LA RESOLUCION 34 DE 1937, DEL
DEPARTAMENTO NACIONAL DEL TRABAJO**

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 señale como infringida. Todo lo que salga de esos límites es extraño a la actividad de la entidad encargada de decidir el recurso.

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 excluido 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 que su trabajo 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 lími-

te 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.

La disposición del artículo 42 de la Resolución número 34 de 1937 proferida por el Departamento Nacional del Trabajo es sustantiva porque señala unas excepciones a la jornada ordinaria máxima de trabajo y su carácter es nacional porque regula la actividad en las minas del país.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla).

Bogotá, febrero dieciocho de mil novecientos cuarenta y ocho.

Juan Bautista Quintero demandó, por medio de apoderado, a la Compañía Frontino Gold Mines, Ltd., ante el Juez del Circuito de Segovia, para el pago de tres mil noventa y un pesos con sesenta y tres centavos (\$ 3.091.63) moneda corriente por concepto de salarios.

Dijo que había ingresado a la compañía el 10 de septiembre de 1937, como encargado de manejar una bomba eléctrica y que había trabajado un mínimo de doce horas diarias sin que se le hubieran pagado las horas de trabajo extraordinario. Que también trabajó todos los domingos y días de fiesta, desde que inició labores en dicha fecha hasta que terminó su contrato de trabajo el 8 de mayo de 1944, sin que se le hubieran pagado los anteriores al 24 de diciembre de 1941, pues los posteriores sí le fueron pagados. Manifiesta que sí le fueron pagadas sus vacaciones. Y, por último, que devengaba un sueldo mensual de sesenta pesos (\$ 60.00), o sea dos pesos (\$ 2.00) diarios.

El Juzgado del Trabajo de Segovia, al que pasó la demanda, inició su conocimiento. En la audiencia de trámite el apoderado de la compañía se opuso a que fueran hechas las declaraciones solicitadas por el actor porque en el contrato escrito que celebró con esa sociedad, el señor Quintero se había comprometido a trabajar hasta doce horas diarias y porque la Resolución número 1 de 1934 exceptúa a los encargados de las bombas eléctricas de la jornada legal de ocho horas. En relación con el pago de domingos, presentó un documento privado del que constaba que el trabajador había recibido el dinero correspondiente a partir de diciembre de 1941 y hasta la fecha de

su despido. Acerca de los anteriores propuso la excepción de prescripción.

El mismo Juzgado dictó su fallo por medio del cual no accedió a decretar lo pedido en la demanda. Estimó que el actor desempeñaba un empleo de supervigilancia y también estaba excluido de la jornada legal por Resolución número 34 de 1937, sobre jornada de trabajo en las minas. En cuanto a los domingos y días de fiesta, expresó que el demandante nada había demostrado.

Apelada esa sentencia por el actor, el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, con salvamento de voto del Magistrado doctor Córdoba, la revocó por medio de la suya de 28 de mayo pasado, y en su lugar, condenó a la compañía demandada a pagarle al demandante dos mil novecientos ochenta pesos (\$ 2.980.00) por trabajo extraordinario y la absolvió de los cargos restantes de la demanda. No dijo nada acerca de costas.

El Tribunal consideró que el Juez había sufrido una equivocación al considerar excluido a un bombero eléctrico de minas de la jornada máxima legal de trabajo. Al respecto, transcribe apartes de otra sentencia proferida por la misma entidad en juicio similar de Alejandro Quintero contra la misma compañía Frontino Gold Mines. En resumen, sostiene el Tribunal Seccional que la Resolución número 34 de 1937, sobre jornada en las minas, debe interpretarse en armonía con el Decreto 895 de 1934, sobre la misma materia, y que como las labores del demandante no están excluidas de la jornada legal, según los términos del Decreto, debe retribuirse el trabajo que exceda de ocho horas, prestado por el actor. Acerca de la reclamación por trabajo en domingos dijo que no tenía apoyo en los autos.

Interpuesto por el apoderado de la compañía el recurso de casación contra dicho fallo, pasa a decidirse.

Cinco cargos formula el recurrente, dos de los cuales, el primero y el tercero, no expresan cuáles son las disposiciones violadas. Se estudiará el segundo, por encontrarse probado.

Acusa en él la sentencia recurrida por violación de ley sustantiva, por aplicación indebida e interpretación errónea. Dice que, el Tribunal de Medellín desconoce sin ningún argumento jurídico valedero las excepciones legales consignadas por el Decreto 895 de 1934 en sus artículos 1º y 2º y el ordinal 3º del artículo 42 de la Resolución número 34 de 1937, del Departamento Nacional del Trabajo.

Al respecto dijo esta corporación en un recurso similar al presente, en el que se trataba de saber si era aplicable a un bombero de minas la Resolución citada:

“El Decreto 895 de 1934 aprueba la Resolución número 1 del mismo año, proferida por la Oficina General del Trabajo, sobre fijación de la jornada máxima de trabajo. La Resolución número 34 de 30 de agosto de 1937, emanada del Departamento Nacional del Trabajo y aprobada por el Ministerio 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 número 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 restablecerse 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 número 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 ejercía 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 señale 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, aun cuando 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 vendría a asumir un claro carácter de medio nuevo en casación que haría inadmisibles su estudio.”

“Además, la Resolución número 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 nó, sino, por el contrario, partiendo de la base de que está vigente y era y es susceptible de ser aplicable."

"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 número 34 citada, que interpretó en tal sentido, tiene un capítulo especial, el IV, destinado a reglamentar la jornada en las minas. Inicia ese capítulo el artículo 39 que fija como jornada máxima la de 8 horas diarias y 48 semanales, en los términos de la Resolución número 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 motores, de las bombas, de los malacates y de las grúas. **Parágrafo. En estas labores no se podrá exigir más de doce horas de trabajo por día**". (Se subraya).

"Al afirmar el Tribunal de Medellín que la labor del bombero eléctrico de minas de veta puede prolongarse hasta por doce horas diarias está aplicado 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 desconociendo 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, sino que por haber quedado incluidos en esa excepción, su labor 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 excluido 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 que su trabajo 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 número 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, consiguientemente, 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, números 2 a 4, páginas 92 a 102).”

“Está, pues, probado el cargo en cuanto a violación del artículo

42 de la Resolución número 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 aprueba la Resolución número 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."

El Tribunal Supremo no tiene nada qué agregar a las anteriores consideraciones, porque son suficientes para resolver el presente recurso.

Por consiguiente, está progado el cargo de violación del ordinal 3º del artículo 42 de la citada Resolución número 34 y habrá de casarse al respecto la sentencia recurrida. Al mismo tiempo, se confirmará la de primer grado, de acuerdo con lo expuesto.

Por lo tanto, 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 28 de mayo último, proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, que ha sido objeto del presente recurso, en cuanto al ordinal 1º de su parte resolutive que condenó a la compañía Frontino Gold Mines, a pagar una suma de dinero al señor Juan B. Quintero por trabajo extraordinario, y, en su lugar, CONFIRMA la sentencia del Juez del Trabajo de Segovia en cuanto se negó a formular esa condenación, con la adición de que se absuelve a la compañía citada del cargo sobre no pago de ese trabajo.

No se casa el fallo recurrido en cuanto lo demás, por no haber sido su otro ordinal, el 2º, objeto del presente recurso.

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.

ORDENANZAS DEPARTAMENTALES EN CASACION DEL TRABAJO

El recurso de casación tiene como finalidad especial la unificación de la jurisprudencia nacional en asuntos de trabajo, razón por la cual no cabe en relación con preceptos consignados en ordenanzas departamentales, sino en cuanto, al mismo tiempo, se señalen como infringidas normas de carácter nacional, por guardar estrecha relación con las primeras.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía).

Bogotá, febrero diecinueve de mil novecientos cuarenta y ocho.

Se estudia la demanda de casación presentada por el apoderado de Cercelino Arias, para obtener la infirmación del fallo de segunda instancia proferido en el juicio que adelantó contra la Caja de Auxilios y Recompensas de la Policía Nacional del Atlántico para que se la reconociese y pagase auxilio de cesantía.

La sentencia recurrida revocó la de primer grado, por medio de la cual se había condenado a la entidad demandada al pago de la prestación impetrada, en cuantía de trescientos veinte pesos (\$ 320.00).

Por tal causa se interpuso el recurso de casación para ante esta superioridad, y como se tramitó debidamente se va a decidir medianamente algunas previas consideraciones.

LA DEMANDA

“Se estiman violadas por la sentencia recurrida los artículos 24, 27 y 28 de la citada Ordenanza (la 69 de 1946), el primero por infracción directa y los dos últimos por aplicación indebida, como pasa a demostrarse.

“El artículo 24 establece en favor de los empleados de la Policía Nacional, División Atlántico, el derecho a una recompensa de retiro,

equivalente a un mes de sueldo por cada año prestado y proporcionalmente por fracciones de año, cuando se retiren voluntariamente o sean retirados de su empleo sin causa justificativa. El artículo 27 determina los casos en que se pierde el derecho a la recompensa de retiro, entre otros "por insubordinación comprobada y reincidencia en beodez". Y el artículo 28 fija los elementos de apreciación de la conducta de los empleados reclamantes, por la Junta Directiva."

"La infracción directa del artículo 24 de la Ordenanza señalada es consecuencia de la violación de los artículos 27 y 28 de la misma..."

"Se estima violado por el fallo recurrido del Tribunal el artículo 27, por aplicación indebida de él, en sus ordinales a) y b), por cuanto en el fallo aludido el Tribunal afirmó que "está plenamente demostrado dentro del juicio el estado de insubordinación en que se colocó Arias frente a la entidad demandada" y "en cuyo caso por estar comprobada la insubordinación pierde el derecho a la recompensa por retiro". (Fol. 44 cuad. número 1). Y tal hecho de la insubordinación comprobada, como el de la reincidencia en beodez por parte del señor Arias, son inexistentes, por razón de que el sentenciador incurrió en error evidente de hecho por mala apreciación de las pruebas, al tomar como insubordinación el "haberse negado a cumplir una orden dada por un superior y estar tomando trago uniformado, desacreditando así el buen nombre de la Institución. (Anotación de la hoja de vida, de fecha 14 de mayo de 1945, folio 8 vto. del cuad. número 1) y al tomar como reincidencia en beodez el haber estado tomando trago uniformado en la ocasión a que se refiere la anotación anterior y en la otra ocasión a que hace referencia la anotación en su hoja de vida del señor Arias con fecha 17 de enero de 1944 (fol. 8 vto.) según la cual quedó "suspendido de su empleo por el término de 10 días por haber tomado licor encontrándose uniformado".

Agrega el recurrente que no puede hablarse de reincidencia en beodez sin habersele encontrado en estado de embriaguez, tan sólo por haber estado "tomando trago". Que tampoco puede ser insubordinación el haberse negado a cumplir una orden del superior, y que, por tanto, el Tribunal incurrió en error evidente de hecho y aun de derecho.

Se examina el cargo.

Lo primero que puede observarse es que las disposiciones que señala como violadas son todas de una Ordenanza departamental, expedida por la Asamblea del Atlántico, que en la demanda se cita equivocadamente pues es la 69 de 1944 y no de 1946, la que organiza la Caja de Auxilios y Recompensas de la Policía Nacional de dicho Departamento.

Como es sabido, el recurso de casación tiene como finalidad esencial la unificación de la jurisprudencia nacional en asuntos del trabajo, razón por la cual no cabe en relación con preceptos consignados en ordenanzas departamentales sino en cuanto, al mismo tiempo, se señalan como infringidas normas de carácter nacional, por guardar estrecha conexión con ellas.

A este respecto ha dicho este Tribunal:

“No vale 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 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 afectan ese derecho, en materia de principios generales.”

“Sólo cuando en la acusación se señalan como infringidas al mismo tiempo, 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 otra parte, como se dijo antes, tiene establecido la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia la misma doctrina, que ha reiterado en varios fallos, como el de 10 de mayo de 1940, en el cual dijo esa corporación que “la violación de disposiciones de la legislación departamental o municipal no da lugar a recurso de casación pues para éste se requiere que la violación haya sido de disposiciones de la ley sustantiva nacional.”

Por estas breves razones, el cargo no puede prosperar.

SEGUNDO CARGO

“Se estiman violados por la sentencia recurrida los artículos 36, 17, 12, 22 y 23 de la Ley 6ª de 1945, en la forma que pasa a analizarse.

“La cuestión de derecho planteada por la sentencia recurrida del Tribunal (fol. 4, cuad. número 1) de si debe aplicarse al caso del señor Arias el artículo 27 de la Ordenanza número 69, o lo dispuesto en la Ley 6ª de 1945, según sus artículos 22 y 23, en armonía con el 17, fue resuelto por la misma sentencia negando el derecho a la cesantía del señor Arias que le otorga la Ordenanza 69 de 1946, violándola, como también violando las disposiciones de la Ley 6ª de 1945, arriba citadas, según las cuales el demandante tiene derecho a la cesantía o recompensa de retiro, acogiéndose a las disposiciones del trabajo que le fueren más favorables.

“El demandante señor Arias, por medio de apoderado, se acogió subsidiariamente en el escrito de demanda a las disposiciones de la Ley 6ª de 1945, en caso de que fuera fallada adversamente su pretensión de conformidad con la Ordenanza número 69; lo que aconteció fue que el fallador en la sentencia recurrida infringió el artículo 36 de la Ley 6ª de 1945, por interpretación errónea que hizo de él llevándolo a no dar aplicación al ordinal f) del artículo 12 de la misma en que se dispone que el trabajador adquiere cada tres años el derecho al auxilio de cesantía y no lo pierde por mala conducta. Es decir, violó esta disposición legal por infracción directa de ella, que no aplicó.”

“Por interpretación errónea del mismo artículo 36 de la Ley 6ª de 1945, por la sentencia recurrida el fallador fue llevado también a no dar aplicación al numeral a) del artículo 17 de la misma que establece el derecho al auxilio de cesantía de los empleados al servicio de los Departamentos, en armonía con lo dispuesto en los artículos 22 y 23 de la misma Ley 6ª y del Decreto 2767 de 1945 dictado por el Ejecutivo en desarrollo de las autorizaciones consignadas en el artículo 22 de la Ley 6ª. Por tal razón violó el artículo 22 de esta Ley y el artículo 1º del Decreto 2767 que establece las prestaciones señaladas en el artículo 17 de la Ley 6ª para los empleados al servicio de los Departamentos, por interpretación errónea y aplicación indebida que hizo de él.”

Afirma, además, el recurrente, que se violó el artículo 21 de la Ley 6ª porque la presunción que señala esta última norma no está sujeta a la condición de que la Caja de Auxilios se fusione con la de Previsión de los empleados nacionales.

Se considera:

El artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 señala entre las prestaciones en favor de los trabajadores nacionales en su letra a) el auxilio de cesantía en razón de un mes de sueldo por cada año de servicio.

Por el artículo 22 de la misma ley el Gobierno, teniendo en cuenta la condición económica de los Departamentos, Intendencias, Comisaría y Municipios, debía señalar por medio de decreto las prestaciones que hubieren de pagar tales entidades a sus trabajadores, lo que hizo por el 2767 de 1945, en cuyo artículo 1º impuso a aquéllas la obligación de pagar en su totalidad las mismas prestaciones establecidas en el artículo 17 de la Ley 6ª, con las solas excepciones señaladas en el mismo Decreto.

El artículo 23 impuso la obligación de crear organismos similares a la Caja de Previsión Social de los empleados a las mencionadas entidades, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación de la ley.

El recurrente afirma que estas disposiciones fueron violadas, y, además, la del artículo 21 de la misma Ley 6ª, que determina que las instituciones de previsión social de empleados y obreros oficiales, ya existentes, podrán, a su arbitrio, y por decisión de sus organismos directivos, fundirse con la Caja de Previsión Social Nacional o continuar como entidades independientes, en cuyo caso los empleados u obreros afiliados a ella no gozarán sino de las prestaciones que tengan establecidas las respectivas asociaciones o corporaciones.

Que la presunción que consagra esta norma no está sujeta a la condición de que la Caja de Auxilios de la Policía del Atlántico se fusione con la de Previsión de los Empleados Nacionales, porque de lo contrario se llegaría a la injusticia más irritante, como sería la de dejar la aplicación de las leyes del trabajo a la voluntad de los patronos.

Acontece en el caso que se estudia que la Caja de Auxilios de la Policía Nacional del Atlántico fue organizada en virtud de la Ordenanza número 69 de 1944, expedida por la Asamblea de ese Departamento. Que, como lo observa la sentencia recurrida, no hay constancia de que dicha Caja se haya fusionado con la de Previsión Social Nacional, por lo cual los empleados u obreros afiliados a aquélla no gozan sino de las prestaciones que tenga establecidas esa institución, de conformidad con el artículo 21 de la Ley 6ª de 1945, cuyo texto es de una claridad absoluta y sobre el cual no hay lugar a erróneas interpretaciones. No se advierte violación alguna de las disposiciones de los artículos 22 y 23 de la Ley 6ª, porque, por lo que hace al artículo 22 su cumplimiento se hallaba en manos del Gobierno Nacional y con la expedición del Decreto 2767 se llenó totalmente su objeto; de modo que no se alcanza a comprender cómo es posible que pudiera ser violado por el fallo en cuestión, y el 23 se limita a

imponer a los Departamentos, Intendencias y Municipios la obligación de crear instituciones de previsión social similares a la Caja Nacional, y no es posible tampoco que el fallo pueda violar tal disposición, que no consagra derecho alguno directo en favor de los trabajadores y que pudiera haber sido desconocido por la sentencia que se examina.

Ni está violado el artículo 12 de la Ley 6ª, que determina en el aparte f) que cada tres años de trabajo continuo se consolida el derecho al auxilio de cesantía y que no se pierde aunque se incurra en mala conducta, porque esta disposición se refiere a empleados particulares, ni del 17 que establece las prestaciones para los trabajadores nacionales, que en armonía con el art. 1º del Decreto 2767 citado, se extendieron a los de los Departamentos, porque como lo observa con razón el fallo recurrido, la cuestión primordial radica en el hecho de que el trabajador se hallaba afiliado a una Caja especial, como lo es la de la Policía Nacional, y de consiguiente, las prestaciones deben ser reconocidas de acuerdo con los estatutos de la respectiva institución.

No encuentra este Tribunal fundamento suficiente para infirmar el fallo por las violaciones legales señaladas por la demanda, por lo cual habrá de mantenerlo en su integridad.

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 que ha sido objeto de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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.

DIFERENCIA ENTRE EL CONTRATO DE SOCIEDAD Y EL DE TRABAJO. PARTICIPACION DEL OBRERO EN LAS UTILIDADES O BENEFICIOS. COLABORACION ENTRE EL PATRONO Y EL ASALARIADO

El contrato de sociedad y el de trabajo tienen o pueden tener, en determinados casos, elementos comunes, pero este último se diferencia de aquél en que los socios participan de beneficios y pérdidas, y en la intención de formar una sociedad, elemento éste que los expositores denominan *affectio societatis*.

La participación del obrero en los beneficios no conlleva necesariamente la noción de sociedad, pues se admite como una forma de remuneración eventual en favor del empleado el reconocimiento de una parte de las utilidades de la empresa, sin que ello le cambie el carácter de empleado a quien las percibe para convertirlo en socio, propiamente dicho.

La idea de colaboración entre el patrono y el asalariado, con el objeto de obtener beneficios, no puede conducir a la noción de sociedad, porque en realidad esa participación de utilidades, tiene el carácter de un complemento del salario, y el elemento principal de éste queda invariable.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía).

Bogotá, febrero veintiocho de mil novecientos cuarenta y ocho.
Pierre Lhermite, ciudadano francés presentó ante el Juzgado 3º del Trabajo demanda contra el señor Miguel Jordán, a fin de que le reconociera y pagara algunas prestaciones sociales en su calidad de administrador de una finca situada en el municipio de Suba.

Tramitado el negocio sobrevino el fallo con fecha 20 de marzo del año pasado y en virtud de él se absolvió a la parte demandada por considerar el Juez que carecía de jurisdicción para conocer del juicio.

Apelada esta providencia para ante el Tribunal Seccional del Trabajo, en fallo de 3 de junio siguiente esta entidad lo revocó, y, en su lugar, condenó a Miguel Jordán a pagar al demandante la cantidad de mil nueve pesos con noventa y ocho centavos (\$ 1.009.98), como valor del auxilio de cesantía y vacaciones.

Contra esta sentencia se ha interpuesto el recurso de casación por el apoderado del demandado, y como se ha surtido la tramitación del recurso se procede a fallarlo, previas las consideraciones que se expondrán en seguida.

EL RECURSO

El recurrente invoca la causal primera del artículo 520 del C. J. y sostiene que el fallo viola por infracción directa al aplicar el artículo 1º de la Ley 6ª de 1945, los artículos 2079, 2083 y 2081 del Código Civil y 531 y 467 del Código de Comercio, pues sostiene que entre las partes no hubo un contrato de trabajo sino de sociedad; que igualmente violó el artículo 1494 del Código Civil; afirma que el contrato de trabajo y el de sociedad son dos fenómenos jurídicos inconfundibles. Que en el primero se paga una remuneración sean cuales fueren las consecuencias del negocio y en el segundo se entregan utilidades si las hay, y se prorratan las pérdidas, si así se estipula expresamente. En síntesis, sostiene el recurrente que el fallo viola la ley sustantiva al considerar que entre demandante y demandado existió un contrato de trabajo.

En la segunda parte afirma que el fallo incurrió en error de hecho en la apreciación de una prueba, que es el contrato que se encuentra al folio 33 del expediente, en traducción oficial del documento en que consta el contrato celebrado entre las partes; que al mismo tiempo hubo error de derecho al admitir como valedero el referido documento por haber dicho el Tribunal que ese mismo documento fue aceptado y reconocido por el demandante.

Sostiene igualmente que el demandado Jordán declaró en la contestación de la demanda que no era cierto que existiera contrato distinto del de sociedad.

Se examina el cargo.

Al folio 33 del expediente figura, en efecto, una traducción oficial del contrato redactado en francés, que se encuentra al folio ante-

rior. Preguntado en posiciones el demandado si firmó con el peticionario el contrato de trabajo de fecha 1º de diciembre de 1941 que se le puso de presente, contestó: "Sí, es cierto".

Para proceder con orden precisa ante todo examinar si en verdad el fallo incurrió en error de hecho ostensible al apreciar o tener como prueba el documento en referencia; por que se dice por el recurrente que no se sabe en qué forma fue llevado al juicio el contrato de que se viene haciendo mérito. Más, considerando que el Tribunal goza de autonomía en la apreciación de las pruebas que se utilicen ante la jurisdicción especial del trabajo, y dado que precisamente al producirse la prueba de posiciones se hizo referencia al contrato celebrado entre las partes, que le fue puesto de presente al demandado, no cree este Tribunal que el de instancia incurriera en error de hecho alguno al apreciar dicho documento, teniendo como base la circunstancia de que el señor Jordán admitió haber firmado un contrato de trabajo con el demandante señor Lhermite para la administración de la hacienda de su propiedad situada en el municipio de Suba.

El recurrente dice que hubo error de hecho en la apreciación del documento que obra al folio 2 del expediente, pues el Juez de la causa en la audiencia del 10 de julio, al referirse a la solicitud de la parte demandante para que se tuviera como prueba dicho documento, se abstuvo de estimarlo como tal por estar escrito en idioma extranjero y no aparecer firmado por ninguna de las partes, y no haberse acompañado ninguna traducción auténtica de él. Que, por consiguiente, se violaron las disposiciones del Código Judicial contenidas en los artículos 593 y 597 que manda el primero, que toda decisión judicial en materia civil se funde en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa si la existencia y verdad de ellos aparecen demostradas de manera plena por alguno de los medios probatorios señalados por la ley, y que determina el segundo, que para estimar el mérito de las pruebas, éstas deben hacer parte del proceso; por haberse pedido dentro de los términos señalados al efecto, y practicado antes de la citación para sentencia, cuando se requiera tal formalidad, y de no, antes de proferirse la decisión correspondiente.

Afirma que "a los autos se encuentra agregada, sin saberse en virtud de qué orden o disposiciones, una traducción oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores que lleva fecha 23 de octubre de 1946, lo que demuestra que tal traducción no existía el 10 de julio, fecha de la audiencia ameritada."

Pero resulta que si es verdad que el documento de que se habló atrás, y que figura al folio 2, fue desestimado, por carecer de firmas

y estar en idioma extranjero, en la diligencia de absolución de posiciones del demandado fue presentado el contrato celebrado entre las partes, y una vez que el demandado contestó la pregunta que se le hizo en el sentido de que si había o no firmado tal documento, con exhibición de él, fue agregado a los autos, según aseveración del mismo Juez que recibió las posiciones del señor Jordán. De manera que por ese mismo hecho de haberse presentado en una diligencia en que intervino el Juez, hace parte del proceso, de conformidad con el ordinal 2º del mentado artículo 597 del C. J. y debe considerarse como parte integrante de la diligencia de absolución de posiciones de que da cuenta el expediente.

Por consiguiente el cargo es inválido.

Déscartada la argumentación hecha por el recurrente en el sentido de que el Tribunal fallador incurrió en error de hecho al apreciar la mencionada prueba, por haberle dado tal carácter al tantas veces citado documento, es pertinente analizar su contenido para determinar si en realidad de verdad se trata de un contrato de trabajo o simplemente de una sociedad de hecho formada entre el demandante y el actor.

Dice el artículo 1º del contrato en cuestión: "El señor Jordán contrata los servicios del señor Lhermite, que acepta en calidad de administrador del conjunto de la hacienda del primero denominada "Santa Inés" situada en el corregimiento (sic) de Suba.

"El señor Lhermite estará bajo las órdenes directas del señor Jordán.

"Artículo 2º—El señor Lhermite consagrará su tiempo y su actividad a la buena marcha de la hacienda y no podrá ocuparse de ninguna otra clase de comercio o industria."

En el artículo 3º se establece el término de duración del contrato y la forma de su renovación. En el artículo 4º se determina la fecha desde cuando debe entrar en vigor el contrato, señalada del quince de febrero de 1942 en adelante.

La remuneración del señor Lhermite se fijó en el artículo 5º en la siguiente forma: "El señor Lhermite recibirá un sueldo mensual de (\$ 125.00) ciento veinticinco pesos, pagaderos mensualmente". En el artículo 10º se estipuló una participación para el administrador Lhermite de un treinta y cinco por ciento de las utilidades que produjera la explotación de la hacienda, previa deducción de la suma asignada a título de sueldo mensual.

Se examinará en seguida si al tenor de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 6ª de 1945 y de su Decreto reglamentario 2127 del mismo

año se configura, en virtud de las cláusulas que se han copiado, un contrato de trabajo, o si como lo afirma el recurrente, se trata más bien de un contrato de sociedad.

Sabido es que los elementos esenciales que le dan fisonomía al contrato de trabajo son los siguientes: Actividad personal del trabajador; subordinación de éste con respecto al patron, quien tiene la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento y, por último, el pago de una remuneración por concepto de retribución de los servicios que presta el asalariado. Una vez reunidos estos requisitos el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, ni de las condiciones peculiares del patrono, ya sea persona natural o jurídica, ni de las variedades de la labor ni del tiempo que se invierta en su ejecución, ni del sitio en que se realice, ni de la naturaleza de la remuneración o sistema de pago, etc.

Para este Tribunal no hay duda alguna de que tales elementos concurren de modo inconfundible en el contrato celebrado entre las partes. El señor. Lhermite se comprometió a prestar sus servicios como administrador de la hacienda del demandado, con la obligación de dedicar toda su actividad exclusivamente al servicio del propietario de aquélla; lo que vale decir que el factor subordinación quedó reafirmado de manera expresa en el convenio, y, además, no hay duda de que los servicios de Lhermite se prestaron a cambio de una remuneración establecida también en forma expresa.

No hay constancia de que el administrador participase en la pérdida posible de la explotación de la hacienda. De suerte que habría necesidad de hacer un verdadero esfuerzo mental para llegar a la conclusión de que Lhermite era socio del demandado, sometido a todas las contingencias de la explotación, y no un administrador a sueldo, según el carácter que le asignó el contrato de que se ha venido hablando, sueldo que se acrecía con una participación en los beneficios de la explotación de la hacienda.

Por otra parte, aun cuando el contrato de sociedad y el de trabajo tienen o pueden tener, en determinados casos, elementos comunes, es lo cierto que este último se diferencia de aquél muy especialmente en lo siguiente: participación de beneficios y de pérdidas; intención de formar una sociedad, que es lo que los expositores denominan *affectio societatis*.

Pero la participación en beneficios no conlleva necesariamente la noción de sociedad, pues que se admite como una forma de remuneración eventual en favor del empleado al reconocimiento de una

parte de las utilidades de la empresa, sin que ello le cambie de carácter de empleado a quien las percibe para convertirlo en socio, propiamente dicho.

Puede aquí citarse la muy respetable opinión de los expositores Planiol y Ripert, cuando al comentar en su obra de derecho civil, acerca de los elementos del contrato de sociedad, se expresa de la siguiente manera: "El solo hecho de que una persona participe de los beneficios de una casa de comercio no permite suponerla asociada, siempre que no participe en las pérdidas. Tal es el caso de la participación de los beneficios que se admite en favor de los empleados. En ello no puede verse más que una forma perfeccionada del arrendamiento de servicios, y que deja a los empleados en su condición de asalariados. Estos, por tanto, carecen de derecho para discutir la dirección dada a los negocios, no están sujetos a las deudas y pueden ser despedidos como todos los empleados."

Por lo demás, estas mismas tesis han sido expuestas en forma invariable por destacados tratadistas de Derecho del Trabajo sin que sea necesario transcribir aquí sus autorizadas opiniones pues las anteriores son suficientes.

Esta opinión es pertinente para el caso que se estudia, pues configura, en forma inconfundible, la condición del empleado si se reúne por otra parte, las requisitos que la ley colombiana señala para darle sus lineamientos propios al contrato de trabajo. La idea de colaboración entre el patrono y el asalariado, con el objeto de obtener beneficios, no puede conducir a la noción de sociedad, como ya se ha dicho, pues, en realidad, esa participación de utilidades, como lo observan los mismos expositores citados antes, tiene el carácter de un complemento del salario; pero el elemento principal de éste queda invariable. Y agregan tales expositores que la "participación de los beneficios no implica como contrapartida una participación en las pérdidas, como lo impondrían las reglas de la sociedad. La subordinación del trabajador al patrono es otra diferencia esencial que los distingue del asociado. El obrero o empleado, aun cuando participe en los beneficios no tiene derecho de dirección alguna en los negocios, sino que, al contrario, está obligado a seguir las órdenes del patrono, obedecerle."

No es necesario, por lo expuesto, ahondar más en las diferencias sustanciales entre el contrato de sociedad y el de trabajo, pues para este Tribunal no incurrió el de instancia en error alguno al considerar, como lo hizo que el celebrado entre Pierre Lhermite y Miguel Jordán, es un verdadero contrato de trabajo y no de sociedad.

De lo cual resulta que no se han violado las disposiciones sustantivas señaladas por el recurrente, al formular el cargo, o sean los artículos 2083, 2079 y 2081 del C. C. y consecuencialmente tampoco se violaron los artículos 82 ord. 1, 143, 150 y 151 del C. J., pues no siendo el contrato de sociedad sino de trabajo, la jurisdicción especial conoció del negocio legalmente.

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, NO CASA la sentencia del Tribunal Seccional de Bogotá, objeto de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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.

COMISIONES POR VENTAS. CUANDO SE CAUSAN. LA TRANSACCION EN RELACION CON ELLAS

En las ventas por comisión, el solo hecho de perfeccionarse jurídicamente el contrato de compraventa, es decir, por la sola estipulación de cosa y precio de acuerdo con nuestras leyes, no da margen para estimar comercialmente debida o causada la respectiva comisión, porque puede acontecer que el negocio no tenga cumplido efecto.

Las comisiones por ventas, sólo es lógico entenderlas debidas desde que el dinero producto de la venta se paga por el comprador al vendedor y es recibido por éste. Por tanto, mientras esto no suceda, es decir, mientras el negocio no se perfeccione, el trabajador no tiene derechos ciertos por comisiones, sino expectativas, y sobre éstas es admisible la transacción.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla).

Bogotá, febrero veintiocho de mil novecientos cuarenta y ocho.

El Juzgado 1º Seccional del Trabajo de Bogotá absolvió a "J. Glotmann, S. A.", de esta ciudad, de los cargos que le formuló Ernesto Guevara Puentes.

El actor había solicitado que se ordenara el pago de cuatro mil pesos (\$ 4.000.00) por concepto de comisiones adicionales a su sueldo básico y dos mil seiscientos treinta y tres pesos con veintiocho centavos (\$ 2.633.28) por salarios del período que falta para la terminación de su contrato de trabajo.

Fundó su demanda en los hechos que se resumen así: el 23 de marzo de 1940 entró a trabajar con la sociedad demandada como Agente de Información o de Crédito con un sueldo de \$ 150.00 mensuales. Continuó después prestando sus servicios a esa compañía en

otros cargos y con sueldos mejores. El 9 de abril de 1946 se vio forzado a presentar renuncia del cargo de Jefe del Departamento Cinematográfico que en ese entonces desempeñaba. En dicho puesto devengaba un sueldo mínimo mensual de \$ 300.00 fijos y una comisión del uno por ciento (1%) sobre las ventas totales que realizara en el país el Departamento a su cargo. Por concepto de este porcentaje recibía una suma mensual fija de \$ 200.00, imputables a dicha cuenta. Se vio obligado a retirarse de la empresa porque su Gerente puso toda clase de obstáculos a la constitución de un sindicato de sus trabajadores. Se le liquidó su cesantía y también parte de las comisiones. La suma pagada por este último concepto ascendió a un mil pesos (\$ 1.000.00). No dice en los hechos de su demanda cuál fue el total de las ventas del Departamento a su cargo desde que se convino el pago de porcentajes.

La empresa demandada negó los hechos fundamentales de la demanda, dijo que el retiro del demandante había sido voluntario y que todas sus prestaciones y sueldos le habían sido pagados, de acuerdo con sus comprobantes que presentaría.

Apelada por el actor la sentencia absolutoria de que se habló ya, el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, la modificó en el sentido de condenar a la sociedad demandada a pagar al demandante dos mil pesos (\$ 2.000.00) por concepto de salarios pactados en porcentajes, pero la confirmó en cuanto absolvió del pago de los que correspondían al tiempo que faltaba para vencerse el contrato de trabajo.

Interpuesto el recurso de casación contra esta última, es el momento de decidirlo.

LA SENTENCIA RECURRIDA

Encuentra el Tribunal Seccional que Guevara presentó renuncia de su cargo, por lo cual se trata de un caso de terminación del contrato a término fijo, mediante aviso del trabajador, que no da derecho al pago de salarios por el tiempo que faltaba para la terminación de ese contrato.

En cuanto al pago de comisiones adicionales, dice así el fallo acusado:

“El Juez de primera instancia aceptó la razón dada por el demandado según la cual el pago de dicho porcentaje (sic) estaba condicionado a la conclusión de la instalación de todos los equipos vendidos por la casa. Esta tesis no la comparte el Tribunal porque en primer lugar esa condición no fue pactada y a la voluntad de las

partes no se la puede sustituir con interpretaciones que rompan la equidad en perjuicio de una de ellas y especialmente de la más débil que es el trabajador. Si esa condición se hubiere puesto, la empresa ha debido demostrarlo en el juicio con pruebas evidentes distintas de sus meros alegatos de audiencia y de conclusión."

Y un poco adelante, agrega:

"Establecido como se encuentra que el salario de Guevara Puentes consistía en una suma mensual determinada más el uno por ciento sobre el valor de las ventas que verificara su Departamento, que la primera parte (sueldo básico) y parte de la segunda le fueron pagadas, es necesario saber qué se le debe hoy por la empresa. El uno por ciento de \$ 400.000.00 son \$ 4.000.00; recibió por este concepto mil pesos (\$ 1.000.00) al momento de retirarse y mil a razón de \$ 200 mensuales durante cinco meses (según lo pactado y confesado), luego se le adeuda la suma de dos mil pesos (\$ 2.000.00) por razón del salario en esta parte del contrato de trabajo. En este punto, es, pues, preciso modificar la sentencia recurrida."

EL RECURSO

Se plantea un solo cargo. Se sintetiza así:

El sentenciador incurrió en errores de hecho y de derecho en la apreciación de pruebas y de hechos demostrados a lo largo del juicio y como consecuencia violó por falta de aplicación los artículos 2469 y siguientes del Código Civil y el numeral 2º del artículo 3º de la Ley 75 de 1945.

El recurrente destaca el párrafo de la sentencia acusada en el cual no acepta la interpretación que da el Juez en su fallo absolutorio acerca del pago de las comisiones pactadas en porcentajes y arguye: "Al afirmar el Tribunal en el párrafo transcrito que la condición de instalación de los equipos o de perfeccionamiento de la operación era indispensable para el pago de la respectiva comisión, no se había probado, desconoció pruebas de la mayor importancia suministradas por el propio actor, pues éste, con el propio comprobante de la transacción a que el mismo se abocó (sic) por su retiro voluntario, y con la redacción del mismo comprobante de la transacción suscrito por él en que afirma: "cualquier comisión que eventualmente pudiera corresponderme", confesó expresamente que como estaba en la imposibilidad de exigir de la empresa una liquidación sobre presuntas ventas que valían \$ 400.000.00 y para poder definir el punto, ya que él —por su propia voluntad— no podía en ese momento preciso saber cuáles de ellas se perfeccionarían, recibía por concepto de "cualquier

comisión que eventualmente pudiera corresponderme" la bonita suma de \$ 1.000.00, más otros \$ 1.000.00 que como mínimo de comisiones había recibido en cuotas mensuales de \$ 200.00 desde su contrato que consta en carta escrita y firmada por él y en que consta la aceptación genérica de un contrato de trabajo verbal."

Y más adelante expresa la misma demanda de casación: "¿Por qué se hizo la transacción? Sencillamente, porque había imposibilidad para liquidar comisiones eventuales, pues dependían de la condición de perfeccionamiento y no un negocio planteado. ¿Quién se puso por un acto de su voluntad en condiciones de no poder liquidar al centavo sus comisiones? El empleado que se retiró voluntariamente y que renunció irrevocablemente. Porque exigió la liquidación inmediata de sus comisiones y provocó una transacción. No fue por necesidad, ya que la empresa, a pesar de no tener obligación le liquidó censantía y vacaciones, ni por coacción pues tanto el Juzgado del conocimiento como el Tribunal estuvieron acordes en estimar como un acto voluntario el retiro de Guevara Puentes, confirmado en carta que obra en el expediente."

Se estudia el cargo.

La prueba que desconoció el fallador de instancia, en concepto del recurrente, es la llamada por éste "comprobante de transacción" y que a la letra dice:

"Recibí de los Sres. J. Glottmann, S. A. el cheque número 908 del National City Bank por la suma de mil pesos (\$ 1.000.00) suma esta que hemos convenido en compensación por cualquier comisión que eventualmente podría corresponderme en virtud del contrato celebrado con los mismos con fecha 9 de noviembre de 1945. El anterior arreglo lo convenimos en vista de la renuncia que presenté de mi puesto por medio de mi carta del 9 de los corrientes, renuncié (sic) que obedece a que resolví dedicarme a otras actividades. Bogotá, abril 12/46. (Fdo. Ernesto Guevara Puentes.—Tgo. firma ilegible. Tgo. firma ilegible.)"

Como este recibo hace alusión al contrato de 9 de noviembre de 1945, para analizar aquel documento es preciso conocer éste. Su texto es el siguiente:

"Bogotá, Nobre. 9 de 1945.

"Sres. J. Glottmann S. A.

"La ciudad.

"Distinguidos señores y amigos:

"Por medio de la presente me es grato dejar constancia de mi

aceptación respecto a las nuevas condiciones de trabajo que Uds. han tenido a bien ofrecerme así:

“Desde el día 11 del presente mes quedaré encargado del Departamento Cinematográfico y como Jefe de dicha sección devengaré un sueldo mensual de \$ 300.00 Mda. Cte., además de una comisión del uno por ciento (1%) sobre todas las ventas en el país efectuadas por medio de este Departamento ya se trate de equipos cinematográficos, repuestos y accesorios para los mismos equipos, así como también todas las ventas en el país del renglón de sillería.

“Es entendido que Uds. me garantizan una comisión mínima mensual de \$ 200.00 mnda. cte. la cual será pagada conjuntamente con el sueldo, es decir la parte proporcional con cada década.

“Sin más por el momento me repito de ustedes atento amigo y seguro servidor,

“Ernesto Guevara Puentes”.

De acuerdo con lo expuesto, se trata de saber si el recibo de 12 de abril, ya transcrito, contiene una transacción de comisiones por liquidar que hubiera dejado definitivamente arreglada la deuda por ese concepto, o si sólo tiene el valor de pago de una parte de esas comisiones y en este último caso se debe aún el saldo que falte para cubrir el total de ellas. Es decir, si se efectuó la transacción que acepta el Juez o si no se efectuó, como lo sostiene el Tribunal Seccional.

Para el Tribunal Supremo no hay duda de que el recibo que se transcribió atrás contiene una transacción o arreglo de las comisiones pendientes o que pudieran causarse después del retiro del trabajador, por razón de negocios hechos cuando aún estaba en ejercicio de su cargo.

El texto claro de ese documento, su intención misma, los términos empleados y la categoría del trabajador que lo suscribe, está indicando que su sentido no es otro que el de que las comisiones pactadas en noviembre de 1945 por cada venta que hiciera el Departamento Cinematográfico en el país sólo eran liquidables cuando el dinero respectivo entrase a la Caja de la compañía, por lo cual el día del retiro del señor Guevara no podían liquidarse exactamente todas las comisiones por ventas que él hubiese hecho pues no se había recibido aún el dinero correspondiente a muchas de ellas. Por eso se habla allí de compensación de comisiones que puedan corresponderle eventualmente que no son otras que las que pudieran causarse después del retiro del empleado con motivo del pago que hiciesen los respectivos compradores de ese Departamento.

Y es natural que así suceda, porque no sería comercial que por el hecho de perfeccionarse jurídicamente un contrato de compraventa, es decir, por la sola estipulación de cosa y precio de acuerdo con nuestras leyes, se entienda debida o causada la respectiva comisión si después aparece que el negocio no tuvo cumplido efecto.

Las comisiones por ventas, como la del caso en estudio, sólo es lógico entenderlas debidas desde que el dinero producto de la venta se paga por el comprador al vendedor y es recibido por éste, y así lo entendieron las partes del presente recurso, pues ante la imposibilidad de liquidar las comisiones pendientes, por razón de ventas hechas por el señor Guevara, por no saberse cuáles de ellas irían a perfeccionarse comercialmente, resolvieron hacer el arreglo de que da cuenta el recibo en estudio, que no es otra cosa que una transacción o acuerdo amigable.

Y no son ilegales las anteriores conclusiones, porque para casos similares nuestro Código de Comercio da soluciones iguales. En efecto, al reglamentar la comisión mercantil, dispone en su artículo 381 lo siguiente: "Revocada la comisión antes de evacuado el encargo, el comitente abonará al comisionista la retribución proporcional a las cantidades que éste hubiere recibido o invertido hasta el día en que llegare a conocimiento la revocación". De modo, pues, que este precepto manda pagar las comisiones según las cantidades de dinero recibidas, en el caso que contempla, luego no está fuera de lugar la tesis que se ha dejado expuesta en los párrafos anteriores sobre igual proceder para liquidar las comisiones en el problema en estudio.

El trabajador, en casos similares al presente, conserva naturalmente una alternativa, pues puede esperar a que se perfeccione o no el negocio, o arreglar con el patrón el valor de esas comisiones eventuales por negocios que al momento de su retiro no se han perfeccionado ni se sabe si habrán de perfeccionarse.

Por lo demás, en este último caso es admisible la transacción o arreglo, porque al no estar perfeccionado el negocio respectivo, el trabajador no tiene derechos ciertos por comisiones, sino expectativas, y, por lo tanto, que no se esté en presencia de una clara renuncia de derechos.

Ya en fallos anteriores esta Corporación ha estudiado la configuración de la transacción en el derecho del trabajo, sus requisitos y efectos y principalmente su incidencia con la tesis cardinal que lo informa sobre irrenunciabilidad de los derechos del trabajador.

Es necesario para que la transacción exista que haya una diferencia, una intención de terminarla y concesiones recíprocas de los

interesados. No cabe duda de que en el caso en estudio surgió una diferencia entre las partes porque el texto mismo del recibo que se analiza lo denota. Allí se habla de un "arreglo", de un pago que han "convenido en compensación" de unas comisiones "eventuales". Luego en concepto de una de las partes no se sabía exactamente el valor de las comisiones pero la otra opinaba que sí se sabía completamente su monto. Por eso hicieron el arreglo, convinieron el pago de una suma de dinero, de mutuo acuerdo, para lograr la compensación de las comisiones que daban lugar al desacuerdo o diferencia. Pero al hacerlo, el señor Guevara no hizo sino reconocer que sus comisiones futuras no podían liquidarse en el momento de su retiro, que había imposibilidad para ello porque no se sabía cuáles iban a ser efectivas y cuáles no. De allí que hablase de "comisiones eventuales", en un recibo suscrito por él, ante testigos, que ha aceptado en el curso del litigio, que no ha sido tachado de falso y que tiene el valor de una confesión. Por su valor doctrinario, es oportuno transcribir el artículo 210 del Código de Comercio que dice: "El recibo prueba la liberación de la deuda; sin embargo, el acreedor podrá impugnarlo, si hubiere sido obtenido por sorpresa, miedo o violencia". El de autos no ha sido objetado, luego prueba la liberación de la deuda.

Para la Corporación es suficiente la cita del artículo 2469 del Código Civil, que define la transacción, como la disposición violada por la sentencia recurrida, por las argumentaciones especiales en que se basó ese fallo, que no hicieron otra cosa que negarle al recibo mencionado el carácter de transacción que sí tiene. El Tribunal de Bogotá no aceptó la tesis del Juzgado de primer grado sobre existencia de la transacción en este litigio, expresó que no se había configurado aquí ese modo de extinción de las obligaciones, luego quebrantó el precepto citado, que indica el recurrente en su demanda de casación por error de hecho en que incurrió, al no darle al recibo de que se ha hablado el carácter de prueba de la transacción efectuada entre las partes.

Esta entidad no comparte la tesis del Juez de primera instancia cuando dice que sólo las prestaciones sociales son irrenunciables y que, por lo tanto, puede el salario ser objeto del contrato de transacción. No es esta la argumentación exacta para admitir que hubo transacción en el litigio en estudio, sino que es muy otra como se deduce del presente fallo, pues siempre que se reúnan los requisitos legales que dan vida a dicha figura jurídica hay que reconocer que ella existe, sin que se deba distinguir entre prestaciones o salarios. El Juez confundió sencillamente la transacción en el derecho del tra-

bajo con la irrenunciabilidad de las prestaciones sociales, como él dice, o con la irrenunciabilidad de los derechos concedidos por las leyes sociales a los trabajadores, que es lo exacto. Sobre este particular se hicieron ya consideraciones de una gran claridad por este Tribunal, sin que sea necesario reproducirlas aquí. (Véase sentencia de diciembre 18 de 1947, juicio de Enrique Concha Venegas contra "Avianca").

No es tampoco necesario para que la transacción exista que se celebre de modo especial un contrato que indispensablemente lleve ese nombre, sino que dicho convenio puede pactarse y existir cuando se reúnan los requisitos legales al efecto, cualquiera que sea el nombre que quiera dársele, porque es norma universal de hermenéutica que conocida claramente la intención de los contratantes deberá estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

Estando probado el cargo, deberá casarse el fallo recurrido y absolverse a la compañía demandada.

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 recurrida, proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, y, en su lugar, absuelve a la sociedad J. Glottmann, S. A., de los cargos que le formuló el señor Ernesto Guevara Puentes en la demanda inicial del litigio.

Sin costas.

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.

CAMBIO DE FUNCIONES DEL TRABAJADOR EN LA EMPRESA. CAUSAL 2ª DE CASACION DEL ARTICULO 520 DEL CODIGO JUDICIAL

Para que el cambio de funciones del trabajador en la empresa pueda estimarse como injusta causa de despido, es indispensable que, con las nuevas, que han de ser permanentes, se le perjudique.

La segunda causal de casación del artículo 520 del Código Judicial, o sea la de no estar el fallo acusado en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, sólo puede consistir en haberse resuelto sobre puntos ajenos a la controversia; o haberse dejado de resolver sobre algunos de los que han sido objeto del litigio; o porque se condene a más de lo pedido; o porque no se falle sobre algunas de las excepciones oportunamente alegadas como medio defensivo. Unicamente en alguna de esas circunstancias hay verdadera incongruencia entre la parte petitoria de la demanda y la resolutive de la sentencia, que es en lo que la causal consiste. La circunstancia de que el Tribunal sentenciador estime la cuestión *sub-judice* de manera diferente a como la aprecia alguna de las partes litigantes, no puede considerarse como discrepancia que dé margen a esta causal de casación.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla).

Bogotá, marzo primero de mil novecientos cuarenta y ocho.

En demanda presentada ante el Juez Municipal de Asuntos Sociales de Medellín, por medio de apoderado, la señorita Blanca Martínez dijo lo siguiente:

Prestó sus servicios personales a "Calcetería Helios, S. A.", so-

ciudad domiciliada en Medellín, desde el 21 de junio de 1943 hasta el 27 de julio de 1945. Durante ese tiempo ejerció el cargo de Vigilante de maquinaria tejedora. Devengó un jornal de un peso con treinta centavos (\$ 1.30) en promedio. Fue despedida por la empresa porque prescindió de sus servicios al cambiarle de oficio.

Con base en esos hechos pidió que se condenase a la compañía citada a pagarle ochenta y un pesos con veinticinco centavos (\$ 81.25) o cuanto más probare, por cesantía, y treinta y nueve pesos (\$ 39.00) por vacaciones o cuanto más fuere probado en el juicio.

La sociedad demandada al contestar, por medio de apoderado, la demanda, sólo reconoció como cierto el hecho de haber trabajado la actora el tiempo que ella indica. Los demás hechos fueron negados y por lo tanto se opuso a que se hicieran las declaraciones solicitadas en ese escrito.

El libelo inicial pasó a los Jueces Seccionales del Trabajo y en el reparto le correspondió su conocimiento el Juez 2º. Y este funcionario profirió su fallo por medio del cual condena a la empresa a pagarle a la demandante sesenta y cuatro pesos con ochenta y nueve centavos (\$ 64.89) por concepto de cesantía y la absolvió del pago de las vacaciones solicitadas. No dijo nada acerca de costas.

Apelado ese fallo por la compañía, el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín decidió el recurso en el suyo de 25 de abril último que revocó aquél y en su lugar condenó a la Calcetería a pagar a la señorita Martínez treinta y nueve pesos por vacaciones y la absolvió del pago de cesantía. Tampoco dijo nada acerca de costas.

La actora interpuso casación contra esta última providencia y es el momento de decidir el recurso.

EL FALLO RECURRIDO

El Tribunal Seccional le reconoce a la demandante su calidad de empleada, por cuanto a fs. 11 del cuaderno principal aparece un informe de la empresa en que admite que la señorita Martínez fue vigilante de maquinaria tejedora, labor que, según la distinción hecha por el apoderado de la empresa en la audiencia, indica que la actora tenía esa categoría. Por eso concluye que sí tiene derecho a vacaciones.

En cuanto a la cesantía dice el Tribunal de Medellín, en desacuerdo con el fallo de primer grado, que en caso de retiro voluntario, como lo fue el de la actora, el derecho a esa prestación establecido por la Ley 6ª de 1945 no se adquiere sino en cuanto se hayan cumplido tres años de trabajo, sean ellos posteriores o en parte anteriores y en parte

posteriores a la vigencia de la ley citada. Y como la demandante no trabajó los tres años, sino menos, no tiene derecho a cesantía.

EL RECURSO

Invoca dos causales de casación, la primera y la segunda, y aquélla la subdivide en dos capítulos. Son, pues, tres cargos. Se estudiarán por separado.

PRIMER CARGO

Dice el recurrente que la sentencia del Tribunal reconoce que Blanca Martínez tuvo la calidad de empleada y que por tal motivo condenó a la Calcetería Helios a pagarle vacaciones. No obstante, la exonera del pago de cesantía, luego con esa actitud el sentenciador violó ostensiblemente los artículo 12, letra f) de la Ley 6ª de 1945, 14, letra c) de la Ley 10 de 1934 y 26 del Decreto 652 de 1935, por infracción directa.

La acusación sostiene en este cargo que la señorita Martínez fue despedida porque se le cambió de funciones en su perjuicio, y que así consta del punto 3º del certificado del Administrador de la Calcetería, visible a fs. 11 del cuaderno principal, en que la empresa confiesa que a la citada señorita "se le dedicaba al trabajo de revisión de mercancías". Y que como este cambio de funciones no fue del agrado de la trabajadora, porque iba en su perjuicio, prefirió retirarse de la empresa.

SE CONSIDERA ESTE CARGO

Auncuando de acuerdo con la técnica de casación, el cargo ha debido formularse por error de hecho en la consideración del certificado del Administrador de la Empresa, que cita el recurrente y que es la base de esta acusación, y como consecuencia de ese error señalarse las disposiciones legales infringidas por el fallo, el Tribunal Supremo entrará a analizar este cargo por amplitud. La infracción de las disposiciones legales que cita no resulta así directa, como lo sostiene el recurrente, sino a través de la equivocada apreciación del aludido certificado, que el cargo le atribuye al fallador.

No obstante estos claros defectos de técnica, se analiza este motivo.

El punto 3º del certificado de fs. 11 se refiere a la clase de tra-

bajos prestados por la señorita Martínez y dice así: "No "últimamente" sino ocasionalmente —como ocurre con todo el personal de maquinaria, cuando por motivos ajenos hay necesidad de hacer paños— se le dedicaba al trabajo de revisión de mercancías, inclusive más descansado".

De este certificado no aparece, como lo afirma el recurrente, que se le hubiera cambiado de funciones y que ese cambio hubiera sido en perjuicio, como lo exige el artículo 26 del Decreto 652 de 1935, para estimar como despido injusto el retiro de su representada. A los autos no se trajo una prueba distinta de ese certificado, sobre el particular. Sólo lo transcrito sirve de base al recurrente para su acusación. De modo que aparece probado, de ese punto 3º, que ocasionalmente se le dedicaba a revisar mercancía, es decir, no en forma permanent, por lo cual no se le retiró de su cargo primitivo de vigilante de maquinaria tejedora. Y resulta también del certificado que ese trabajo ocasional era más descansado, sin que exista prueba en contrario, luego no está acreditado que el cambio ocasional fuese hecho en perjuicio de la trabajadora, sino que del mismo documento invocado por el recurrente consta lo contrario. Además, de fs. 12 aparece, bajo su firma, que se retiró voluntariamente.

No está, pues, probado este cargo.

SEGUNDO CARGO

Se dice en este motivo que, aun admitiendo en gracia de discusión, que la señorita Martínez se hubiera retirado voluntariamente, o que se trataba de una obrera, la sentencia interpretó erróneamente la Ley 6ª de 1945, en el parágrafo de su artículo 12. Y expone así sus argumentos el recurrente:

"En efecto, dicho parágrafo contempla dos situaciones: a) despido injusto o su equivalente; b) **los demás casos de extinción del contrato**. El retiro voluntario, por ejemplo."

"Para el primer caso se autoriza retrospectivamente hasta de cinco años, a los efectos de reconocerle cesantía al obrero despedido. Esto quiere decir que un obrero que haya trabajado seis o más años no tiene derecho al reconocimiento de cesantía sino de cinco años; y si ha trabajado apenas cuatro años, producido su injusto despido, no le pagará su patrón cesantía sino de esos cuatro años."

"En el segundo caso, es decir, cuando se trate de injusto despido, digo mal, cuando no se trate de injusto despido, de retiro voluntario, de terminación de la duración del contrato, etc., la retrospectividad no podrá pasar de tres años. Es a saber: Si el trabajador

—empleado u obrero— laboró cuatro o más años, no se le pagarán sino tres sueldos de cesantía. Pero si laboró apenas dos años o uno se le pagarán los salarios de cesantía equivalentes a esos dos años o uno.”

Se estudia el cargo.

Dice el artículo 12 de la Ley 6ª de 1945 en su letra f) y en su párrafo:

“Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros: a)... b)... f) 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 originen su despido. Si fure despedido o se retirare, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años.”

“En caso de delitos contra la empresa o contra sus directores y trabajadores, por causa y con ocasión del trabajo, así como en el caso de graves daños causados a la empresa, el patrono podrá retener el correspondiente auxilio de cesantía hasta que la justicia decida sobre la indemnización que el trabajador deba pagar, a la cual se aplicarán en primer término los auxilios retenidos.”

“Párrafo.—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 (\$ 125.000.00).”

“Con todo, cuando se trate de empleados particulares que lleven más de diez años de servicio del patrono, también se computará todo el tiempo de servicio anterior, en caso de retiro voluntario.”

Como puede observarse de la simple lectura de esta disposición, el auxilio de cesantía de que habla la Ley 10 de 1934, para los casos de despido injusto, se convirtió en derecho a cesantía, aun en los casos de retiro voluntario, mala conducta o incumplimiento del contrato, cuando se cumplieran tres años de servicios por parte del trabajador. Cada tres años de trabajo continuo o discontinuo adquiría el asalariado ese derecho a la cesantía correspondiente a dicho período, cualquiera que fuese la causa de su retiro. Pero si fuese despedido o se retirase voluntariamente, perdía la cesantía correspondiente al último lapso inferior a tres años.

En el párrafo de ese artículo se dispone acerca del pago de la cesantía por tiempo de servicios anterior a la Ley 6ª. Dice que cuando el despido sea ocasionado por culpa del patrón, se toma el tiempo de servicios anterior, hasta por cinco años, y que en los demás casos se toma el tiempo anterior de servicios pero sólo hasta por tres años.

El citado precepto estableció una forma especial de adquirir el derecho a cesantía como es la de los períodos trienales. Cada tres años de trabajo se adquiría ese derecho. Pero si el trabajador era despedido o se retiraba sin que estuviese cumplido un período trienal de labores, perdía la cesantía correspondiente a dicho lapso. Del mismo modo debe procederse al interpretar el párrafo, porque allí sólo se concede la cesantía por períodos de cinco o tres años, según los casos de que se trate, pero no por fracciones de dichos lapsos.

Según la regla 1ª del párrafo, en los casos de culpa del patrón de que habla, se debe dar al trabajador cesantía hasta por cinco años. En los demás casos, según la regla 2ª, o sea en los de retiro voluntario, terminación del contrato, etc., se adquiere derecho a cesantía pero sólo por tres años. Por consiguiente, si no se ha cumplido el lapso de los tres años y el trabajador se ha retirado voluntariamente, no habrá lugar a reconocerle cesantía, pues, como lo dice el mismo artículo 12, letra f), inciso 2º, “perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años”.

Como la señorita Martínez se retiró voluntariamente de la empresa “Calcetería Helios”, sólo tendría derecho a cesantía si hubiera trabajado un lapso de tres años; más como prestó servicios por un término menor, no tiene derecho a cesantía.

Para la Corporación es jurídica la interpretación de la sentencia recurrida que se contiene en el siguiente párrafo: “De manera que quien no cumplió tres años de trabajo no pudo adquirir el derecho a la cesantía, y al retirarse voluntariamente nada puede reclamar por tal concepto, ya que la ley no concedió cesantía por haber tra-

bajado antes de ella, sino porque se cumplieran tres años de trabajo. La misma limitación retrospectiva a tres años hace ver que la ley no concedió el derecho porque el trabajo fuese anterior, sino porque se hubiese cumplido la condición del período de tres años aunque él abarcase los tres años inmediatamente anteriores a la vigencia de la ley pero no otros”.

No interpretó el Tribunal de Medellín erróneamente la disposición legal en estudio, luego no está probado el cargo.

TERCER CARGO

Dice el recurrente que la sentencia acusada no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Se funda este cargo de la siguiente manera:

“Por lo mismo que en el juicio se ha probado que Blanca Martínez era empleada, la sentencia tenía que:

“a) O aplicar la Ley 10 de 1934, en armonía con el Decreto 652 de 1935, en sus artículos citados, considerándola despedida.”

“b) O, si la consideraba obrera, condenar la empresa al pago de la cesantía correspondiente al preciso tiempo trabajado, interpretando el parágrafo del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945 con la rectitud con que lo interpretó el Juez Segundo del Trabajo de Medellín.”

Se analiza el cargo.

En primer término, la segunda causal de casación del artículo 520 del Código Judicial, o sea la de no estar el fallo acusado en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, no consiste, como parece entenderlo el recurrente, en la discrepancia entre el Tribunal y uno de los litigantes. Esa causal, como lo tiene repetido entre nosotros la jurisprudencia, sólo puede consistir en haberse resuelto sobre puntos ajenos a la controversia; o haberse dejado de resolver sobre algunos de los que han sido objeto del litigio; o porque se condene a más de lo pedido; o porque no se falle sobre algunas de las excepciones oportunamente alegadas como medio defensivo. Unicamente en alguna de esas circunstancias hay verdadera incongruencia entre la parte petitoria de la demanda y la parte resolutive de la sentencia, que es en lo que la causal consiste. Pero nunca tal disonancia podrá hacerse consistir en que el Tribunal sentenciador haya considerado la cuestión *sub judice* de manera diferente a como la aprecia alguna de las partes litigantes.

Por otra parte, los dos problemas que el recurrente plantea en esta causal no son sino los mismos que propuso en los anteriores capítulos de su demanda y que se dejaron analizados ya en esta pro-

videncia. En efecto, la cuestión del aparte a) sobre aplicación de la Ley 10 de 1934 y el Decreto 652 de 1935, por considerar a su representada como despedida, fue propuesta y considerada ya al analizar el primer cargo. Y la de la letra b), sobre interpretación del párrafo del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, no es otra que la que planteó y le fue considerada al estudiar el segundo cargo.

Se desecha, por consiguiente, este último cargo.

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 recurrida, proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín el 25 de abril de 1947.

Sin costas, porque no aparece que se hayan causado.

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.

OMISION DE PRUEBAS LEGALES EN LOS LITIGIOS DEL TRABAJO

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.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Bravo).

Bogotá, dos de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho.

En demanda presentada ante el Juez del Trabajo de Palmira, el señor Abelardo Gamboa Valencia pidió que se condenara el Ingenio Pichichí, Sociedad Anónima domiciliada en Guacarí, Departamento del Valle, al pago de indemnización por accidente de trabajo; de las dos terceras partes del salario por concepto del mismo accidente; de auxilio de cesantía y de vacaciones. Estimó el valor total de las referidas prestaciones en la suma de \$ 534.85 moneda corriente.

Surtida la audiencia de conciliación sin que las partes llegaran a un acuerdo, se dio comienzo a la de trámite y juzgamiento, en la cual el apoderado de la empresa demandada se opuso a las peticiones del actor y propuso las excepciones de carencia de acción, inepta demanda e ilegitimidad de la personería, esta "sea con relación a la parte demandante o para con la parte demandada".

El Juzgado del conocimiento, en fallo de fecha 16 de diciembre de 1946, condenó a la Sociedad demandada a pagar al demandante señor Gamboa la cantidad equivalente a cuatro meses de salario por

concepto de indemnización por accidente de trabajo y la compensación en dinero de quince días de vacaciones correspondientes a un año de servicio, disponiendo que las sumas respectivas se liquidaran conforme al artículo 553 del C. J. Absolvió a la empresa demandada de los demás cargos y declaró no probadas las excepciones propuestas por el apoderado de ella.

En virtud de apelación interpuesta por el apoderado de la parte demandada, conoció del negocio el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, que en sentencia de fecha 29 de marzo de 1947, reformó la de primera instancia en el sentido de condenar al Ingenio Pichichí al pago de las dos terceras partes del salario durante el tiempo en que el actor estuvo incapacitado para trabajar a consecuencia de la intervención quirúrgica que se le practicó y al auxilio de cesantía por servicios prestados entre el 23 de abril de 1945 y el 10 de mayo de 1946, y confirmó las condenaciones que hizo el Juzgado de primera instancia, pero fijó su importe en cantidad líquida.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado del Ingenio Pichichí, recurso que fue concedido por el fallador y que esta Corporación admitió luego, teniendo en cuenta la importancia doctrinaria de una de las cuestiones contempladas en la providencia acusada. Agotados los trámites de rigor, se procede a decidir lo que sea del caso.

El recurrente invoca las causales 1ª y 2ª del artículo 520 del C. J. y con base en ellas formula dos cargos, uno de los cuales encuentra fundado esta Corporación y en consecuencia a él concretará su examen (Art. 538 C. J.).

ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERÍA DEL DEMANDADO

Dice el recurrente que es la ilegitimidad de la personería adjetiva lo que tacha, "pues bien sabido es que la sustantiva forma parte esencial de la cuestión en litigio, y debe ser resuelta en las distintas etapas del proceso, mas no en casación". Agrega que para acreditar la personería de una sociedad anónima se requiere una certificación firmada por el Presidente y el Secretario de la Cámara de Comercio en que consten el número, fecha y notaría de la escritura de constitución y de las que en alguna manera la hubieren reformado, con las indicaciones generales de que tratan los numerales 1º, 2º, 3º, 4º, 6º, 9º y 11 del artículo 522 del Código de Comercio.

En opinión del recurrente el certificado que se llevó a los autos (folio 32) es deficiente porque en él no se mencionan ni la profesión,

ni el domicilio de los fundadores (numeral 1º, artículo 522, Código de Comercio) ni el negocio que la sociedad se propone (numeral 3º, ibídem); ni el capital de la compañía, ni el número de acciones en que tal capital está dividido (numeral 4º ibídem); ni la duración de la compañía (numeral 6º ibídem); ni el déficit de capital que debe causar la disolución de la sociedad (numeral 9º ibídem); ni, por último, el domicilio del gerente ni el nombre y apellido del mismo, pues quien allí figura es el subgerente encargado, doctor Luis Durán Castro. Por lo tanto, estima infringidos los artículos 40 de la Ley 28 de 1931, 2º de la Ley 42 de 1898 y 552 del Código de Comercio.

Se examina el cargo.

Lo que se ha denominado personería adjetiva, a la cual dice concretar su acusación el recurrente, es el presupuesto de la capacidad procesal o para comparecer en juicio que se refiere a la manera de intervenir las partes en el litigio, por sí mismas o por sus representantes.

En el caso que se estudia la personería adjetiva sería la relativa a la calidad de representante legal o convencional del Ingenio Pichichí que tuviese el doctor Luis Durán Castro.

La prueba de esa calidad no podía ser distinta a la que exige el artículo 41 de la Ley 28 de 1931, o sea "la certificación escrita autorizada con la firma del Presidente y del Secretario de la Cámara de Comercio, respecto a la persona que en un momento dado ejerza la gerencia o sea el representante legal de una compañía o sociedad comercial, de acuerdo con los registros que existen en la misma Cámara..."

Ahora bien, en el certificado expedido por el Presidente y el Secretario de la Cámara de Comercio de Buga, visible al folio 32 del expediente se dice lo siguiente:

"Que el doctor Luis Durán Castro se encuentra actualmente en ejercicio del cargo de SUB-GERENTE de "Ingenio Pichichí, S. A.", en virtud del nombramiento hecho por la Asamblea General de accionistas de la expresada sociedad, celebrada el día treinta (30) de enero de mil novecientos cuarenta y seis (1946). Acta registrada a folios 251 y 257 del Libro Cuarto, bajo partida número 470. Que posterior al registro de que trata el punto anterior no se ha hecho ninguna inscripción sobre el particular y por consiguiente está vigente a favor del doctor Luis Durán Castro el nombramiento de SUB-GERENTE DE INGENIO PICHICHI, S. A."

Ciertamente en el certificado no se dice quién es el Gerente, pero es de advertir que el interesado solicitó a la Cámara de Comercio que

expresara a quién correspondía la representación del Ingenio Azucarero Pichichí y tal entidad señaló al doctor Luis Durán Castro en respuesta a ese punto. Por otra parte, es de anotar que en el memorial poder del folio 17 el doctor Luis Durán Castro invoca su condición de Gerente de aquella empresa.

No hay, pues, duda acerca de la personería del doctor Luis Durán Castro, quien actuó como opositor a nombre de la sociedad demandada.

Pero el recurrente, no obstante su propósito manifiesto de limitar la acusación a la ilegitimidad de la "personería adjetiva" la extendió a la sustantiva, o sea a la que se relaciona con la existencia y constitución de la sociedad, ya que echa de menos en el certificado de la Cámara de Comercio las especificaciones generales de que tratan los numerales 1º, 2º, 3º, 4º, 6º, 9º y 11 del artículo 552 del Código de Comercio (no el 522 que cita el recurrente).

Al respecto encuentra esta Corporación que el certificado llevado al expediente no menciona ni la profesión, ni el domicilio de los fundadores, ni el negocio que la sociedad se propone, ni el capital de la compañía, ni el número de acciones en que tal capital está dividido, ni el plazo de duración, ni el déficit de capital que debe causar la disolución de la misma, como lo afirma el recurrente. En efecto, el certificado de la Cámara de Comercio en ese particular dice así:

"Que a folios 284, 285 y 286 del Libro Cuarto de Registros de Extractos, Actas y demás documentos comerciales, bajo partida número 485, se inscribió con fecha 27 de mayo de 1946, un Extracto expedido por el Notario Segundo Principal del Circuito de Palmira, en el cual consta que por medio de la escritura número 211 de 1º de abril de mil novecientos cuarenta y uno (1941) los señores ALFONSO CABAL M., MODESTO CABAL, en su propio nombre y en representación de su hijo menor de edad Modesto Cabal Jaramillo, de la señora Inés Cabal de Guzmán y del doctor LEON CRUZ SANTOS, ALEJANDRO ABADIA C., SIXTA TULIA CABAL G., ALICIA CABAL G., BLANCA MARIA CABAL DE ULLOA, LICENCIA CABAL DE SAA IRAGORRI, doctor GUSTAVO LLOREDA C., EFRAIN I. NIETO, doctor RAFAEL ZUNIGA Z. y CECILIA CABAL DE LLOREDA constituyeron una Sociedad Anónima que gira bajo la razón social de "INGENIO PICHICHI, S. A., domiciliada en Guacarí, Palmira y Buga."

"Que la expresada sociedad "INGENIO PICHICHI, S. A." está debidamente registrada en esta Cámara de Comercio, en cumplimiento de mandato de Ley número 28 de 1931."

Conforme al artículo 40 de la Ley 28 de 1931 "Para acreditar la constitución y existencia de una sociedad o compañía comercial, bastará un certificado firmado por el Presidente 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 algun manera la hubieren reformado, con las indicaciones generales que se exigen para los extractos de que tratan los artículos 469 del Código de Comercio y 2º de la Ley 42 de 1898, según el caso; y que la sociedad o compañía ha sido registrada en la Cámara".

Tratándose de sociedades anónimas se requiere, pues, que el certificado contenga las indicaciones de que habla el artículo 2º de la Ley 42 de 1898, o sea las expresadas en los numerales 1º, 2º, 3º, 4º, 6º, 9º y 11 del artículo 552 del Código de Comercio, lo que es lógico, ya que sin esas indicaciones la escritura de sociedad carecería de validez.

En sentencia de fecha 9 de octubre de 1947, se dijo lo siguiente, que es oportuno transcribir aquí:

"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."

Es verdad que en el asunto que se estudia para acreditar la constitución y existencia de la sociedad anónima que gira bajo la razón social de "Ingenio Pichichí, S. A." se presentó el certificado que aparece al folio 32 suscrito por el Presidente y el Secretario de la Cámara de Comercio de Buga, pero dicho certificado no puede estimarse como prueba suficiente al efecto porque adolece de las deficiencias que señala el recurrente.

Está probado el cargo y, por lo tanto, deberá casarse la sentencia recurrida.

Para fallar en instancia este Tribunal tendrá en cuenta la misma falta de pruebas suficientes para estimar no probada la existencia de la sociedad demandada 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 fecha 29 de marzo de 1947 dictada

por el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, revoca la de primera instancia proferida por el Juez del Trabajo de Palmira el 16 de diciembre de 1946 y, en su lugar, declara que no es el caso de entrar a decidir el presente litigio por no estar debidamente demostrada la existencia de la sociedad demandada.

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.

INTERPRETACION DEL ARTICULO 52 DEL DECRETO 2127 DE 1945. CARACTER DE SANCION QUE ENVUELVE. CUANDO SURGE EL DERECHO EN EL CONSAGRADO. MODO DE APLICARLO.

El precepto contenido en el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, tiene un claro carácter de sanción para el patrón renuente a pagar las prestaciones que le deba al trabajador. Pero es claro que debe entenderse que hay un derecho cierto, indiscutible, a las prestaciones e indemnizaciones, porque de lo contrario se podría incurrir en notoria injusticia. Por lo tanto, la disposición en referencia no puede aplicarse en los casos de duda justificada acerca de la existencia del derecho, pues cuando así ocurra corresponde a la jurisdicción especial del trabajo decidir esa controversia, y sólo cuando haya fallo definitivo que declare la existencia del derecho puede decirse que surge la deuda correspondiente.

De consiguiente, el citado artículo 52, sólo puede aplicarse en aquellos casos que no presentan duda, más no en los que se controvierta la existencia de la obligación por haber incertidumbre de buena fe del patrón acerca de ella.

Este concepto de sanción que el precepto consagra es incompatible con la noción de buena fe, de modo que si el patrón niega la existencia del derecho sin malicia, es decir, obra de buena fe, mal puede sancionársele, si su conducta aparece clara al respecto.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla).

Bogotá, marzo cuatro de mil novecientos cuarenta y ocho.

Melquíades E. Correa entró a trabajar el 1º de julio de 1917 en la "Jabonería Las Llaves", de Barranquilla, de propiedad del doctor Francisco Carbonell González, como administrador de la fábrica.

El 15 de julio de 1944 el doctor Carbonell constituyó con su señora y sus hijos una sociedad comercial bajo la razón social de "Jabonería Las Llaves, Limitada", y con un capital de cincuenta mil pesos (\$ 50.000.00), a la cual aportó la fábrica de jabones mencionada.

El señor Correa continuó como administrador de la Jabonería.

El 1º de enero de 1946 el señor Correa se retiró voluntariamente de la empresa. Pidió cesantía a la sociedad por los veintiocho años y seis meses de servicio, pero ésta se lo negó porque consideró que legalmente no estaba obligada a ello.

En los últimos tres años devengó un sueldo mensual de cuatrocientos once pesos (\$ 411.00).

Con base en esos hechos demandó a la sociedad ante el Juez del Trabajo de Barranquilla por once mil setecientos trece pesos con cincuenta centavos (\$ 11.713.50), de cesantía, y por los sueldos que resulte deberle según el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945.

Como la empresa aceptó los hechos narrados, la controversia asumió un carácter exclusivamente jurídico.

El Juez 1º del Trabajo de aquella ciudad falló el 18 de marzo último reconociéndole al actor la suma de cuatro mil seiscientos ochenta y cinco pesos con cuarenta centavos (\$ 4.685.40), por concepto de cesantía, o sea el cuarenta por ciento (40%) de la suma demandada, de acuerdo con el capital de la empresa. También la condenó a pagar al demandante los sueldos desde el día de la aceptación de su renuncia hasta el de la ejecutoria del fallo y las costas del juicio.

Por apelación interpuesta por ambas partes, el Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla conoció del litigio y lo decidió en su sentencia de 26 de junio último, por medio de la cual reformó la condena por cesantía en el sentido de ordenar el pago a favor del demandante y a cargo de la empresa por la cantidad de once mil setecientos trece pesos con cincuenta centavos (\$ 11.713.50), confirmó la condenación al pago de los sueldos hecha por el Juez y revocó la de costas. El Magistrado doctor Rodríguez Arrieta salvó su voto.

El apoderado de la empresa interpuso el recurso de casación contra este último fallo, y es el momento de decidirlo.

LA CONTROVERSIA

Se ha tratado de dilucidar en las instancias si el retiro voluntario del señor Correa, verificado dentro de la vigencia de la Ley 6ª de

1945, le da derecho al pago íntegro de cesantía por todo el tiempo en que prestó sus servicios o únicamente al cuarenta por ciento, según el capital de la empresa. Es decir, si se aplica el último inciso del parágrafo del artículo 12 de dicha ley, en relación con la Ley 10 de 1934, o si se da aplicación a dicho inciso relacionándolo con el ordinal 3º del artículo 13 de esa misma Ley 6ª.

También se discute acerca de la interpretación y modo de aplicar el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, o sea, si de acuerdo con esa disposición debe o nó ordenarse el pago de sueldos después del retiro voluntario del señor Correa, por no haberle pagado la empresa la cesantía que reclama. O en otra forma: si por no haberle reconocido la compañía esa prestación al demandante se entiende vigente su contrato de trabajo, con la consiguiente deuda por concepto de sueldos.

El Juez aplicó la Ley 6ª de 1945, en cuanto reconoce cesantía por retiro voluntario a los empleados particulares, según su artículo 12, pero limitó la suma al cuarenta por ciento, de acuerdo con el capital de la empresa y según el ordinal 3º del artículo 13 de la misma ley. No aplicó la Ley 10 de 1934, porque lo consideró improcedente. Y en cuanto a sueldos ordenó que se pagaran los que se liquiden desde el retiro del trabajador hasta la ejecutoria de su fallo, invocando al efecto el artículo 52 del Decreto 2127 citado.

El Tribunal de Barranquilla sostiene en su fallo que debe darse aplicación a la Ley 10 de 1934, en armonía con la Ley 6ª de 1945, según el artículo 36 de esta última, por tratarse de un empleado particular, pues estima que los artículos 12 y 13 de la misma ley sólo se refieren a los obreros. Por consiguiente, concede toda la cesantía al actor, es decir, el ciento por ciento según el tiempo de sus servicios. Respecto de la petición de pago de sueldos, acepta la interpretación que el Juez dio del artículo 52 del Decreto 2127 citado.

EL RECURSO

En una extensa demanda de casación dividida en cinco capítulos, el recurrente ataca la decisión del Tribunal Seccional. Sólo se considerarán el tercero y el cuarto, por estimarse probados los cargos que contienen.

TERCER MOTIVO

Acusa el fallo recurrido por aplicación indebida e interpretación errónea de la Ley 6ª de 1945. Y al avanzar en la sustentación de us

tesis transcribe y comenta el artículo 12 de dicha ley y lo relaciona-
do con el 13 de la misma.

Para el recurrente sólo es aplicable la Ley 10 de 1934 porque era la vigente cuando nació el contrato de trabajo entre el señor Correa y la sociedad limitada dueña de la fábrica que administraba. Pero como el fallador de instancia aplicó la Ley 6ª entra el cargo a sostener que por retiro voluntario no reconoce cesantía su artículo 12 sino en las empresas de capital superior a ciento veinticinco mil pesos. Manifiesta que esta tesis encuentra una inmediata confirmación en el artículo 13 de la misma ley que sólo hace aplicable lo dispuesto en el anterior a las empresas de un capital superior a dicha suma. Y concluye el cargo diciendo que como la "Jabonería Las Llaves, Limitada" no tiene sino un capital de cincuenta mil pesos, está eximida de pagar cesantía al señor Correa.

Se considera:

En lo pertinente al derecho de cesantía, el artículo 12 de la Ley 6ª de 1945 dice así:

"Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros: ... f) 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 originen su despido. Si fuere despedido o se retirase, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años."

"En caso de delitos contra la empresa o contra sus directores y trabajadores, por causa y con ocasión del trabajo, así como en el caso de graves daños causados a la empresa, el patrono podrá retener el correspondiente auxilio de cesantía hasta que la justicia decida sobre la indemnización que el trabajador deba pagar, a la cual se aplicarán en primer término los auxilios retenidos."

"Parágrafo.—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 compro-

bada 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)."

"Con todo, cuando se trate de empleados particulares que lleven más de diez años al servicio del patrono, también se computará todo el tiempo de servicio anterior, en caso de retiro voluntario".

El 13 de la misma ley expresa lo siguiente:

"Lo dispuesto en el artículo anterior no se aplica a los casos siguientes, a menos de disposición legal especial o estipulación contractual en contrario: ... 3º A la empresa cuyo capital no exceda de ciento veinticinco mil pesos (\$ 125.000.00). El decreto reglamentario determinará las diversas categorías en que puedan ser clasificadas tales empresas, en proporción al capital respectivo, y asignará a cada categoría las indemnizaciones y prestaciones precisas que deben corresponderle. Para las empresas cuyo capital exceda de cincuenta mil pesos (\$ 50.000.00) sin pasar de ciento veinticinco mil pesos (\$ 125.000.00), dichas indemnizaciones y prestaciones se graduarán entre un máximo de ochenta por ciento (80%) y un mínimum del cuarenta por ciento (40%) de las que se determinan en el artículo precedente. Para las empresas cuyo capital exceda de diez mil pesos (\$ 10.000.00), sin pasar de cincuenta mil (\$ 50.000.00), las indemnizaciones y prestaciones no podrán ser superiores al cuarenta por ciento (40%) referido, y aun podrá prescindirse totalmente de algunas de ellas en las categorías inferiores. Las empresas de capital inferior a diez mil pesos (\$ 10.000.00), solamente estarán obligadas a un auxilio por enfermedad, hasta por seis (6) días, a mitad de salario, y a un auxilio de cesantía a razón de tres (3) días de salario por cada año de servicio, sin bajar en ningún caso de seis (6) días de salario. La acción para el cobro judicial de la cesantía por causa de retiro voluntario del trabajador o incumplimiento del contrato por parte suya, contra las empresas de que trata este numeral, sólo podrá intentarse una vez transcurrido el primer año de la vigencia de esta ley, salvo liquidación o quiebra de la empresa, y el pago podrá efectuarse por contados iguales en los dos años subsiguientes."

Armonizadas estas dos normas se concluye lógicamente, sin mayor esfuerzo, que aun por retiro voluntario tendrán derecho los trabajadores a cesantía, lo que no les había reconocido la Ley 10 de

1934, pero ese derecho quedó limitado en su cuantía al capital de las empresas respectivas.

Por consiguiente, la Ley 10 de 1934 dio derecho a cesantía pero sólo en los casos de despido injusto, esto es, que no fuera ocasionado por mala conducta del trabajador o incumplimiento del contrato de trabajo. No reconoció cesantía por retiro simplemente voluntario. Pero vino la Ley 6ª de 1945 y otorgó derecho a cesantía aun en los casos de retiro voluntario, pues lo concedió por el solo hecho de cumplir el trabajador tres años de servicios, continuos o discontinuos, sin que fuese causa justificativa para perderlo, ese retiro o la mala conducta o el incumplimiento del contrato, posteriores al trienio correspondiente.

Pero la misma Ley 6ª en el párrafo del artículo 12 reguló lo relacionado con la liquidación de la cesantía por tiempo de trabajo anterior a su expedición y siempre que la extinción del contrato fuese posterior a su promulgación, como en el presente caso. En efecto, la promulgación de esa ley se efectuó en forma completa y definitiva el 14 de marzo de 1945 en el **Diario Oficial** número 23790 de esa fecha, pues la que se había hecho antes, el 21 de enero del mismo año, en el número 25772 de esa misma publicación resultó con una omisión grave. Y como el retiro del señor Correa se produjo el 1º de enero de 1946, es decir, después de promulgada esa Ley 6ª, le es aplicable el párrafo del artículo 12 citado, para liquidarle su cesantía, de acuerdo con esa misma disposición.

Ya se dejó transcrito ese precepto y, por lo tanto, el párrafo que es aplicable a la liquidación de la cesantía del señor Correa. De acuerdo con él, en los casos de despido injusto o de retiro del trabajador por falta grave comprobada de su patrono, se tomará en cuenta el tiempo anterior de servicios hasta por cinco años solamente. En los demás casos (el retiro voluntario, por ejemplo), se tomará en cuenta el tiempo anterior de servicios pero sólo hasta por tres años y en aquellas empresas de capital superior a ciento veinticinco mil pesos (\$ 125.000.00). Pero aun así, si se trata de empleados particulares que lleven más de diez años de servicio al patrono, también se computará todo el tiempo de servicio anterior, en caso de retiro voluntario.

Es pues, obvio que el señor Correa tiene derecho como empleado particular —calidad que no se le ha discutido—, a cesantía por todo el tiempo de servicios, es decir, por los veintiocho años y seis meses de labores, por su retiro voluntario, de acuerdo con esa disposición, y porque llevaba más de diez años trabajando en la empresa cuando se dictó esa ley.

Pero se trata de saber cuál es el monto de esa cesantía, es decir, si se le debe el total como lo reconoció el Tribunal de Barranquilla, o sólo un cuarenta por ciento, como lo decretó el Juez del Trabajo de la misma ciudad.

Para el Tribunal Supremo no hay duda de que el artículo 12 de la Ley 6ª debe armonizarse con el 13 de la misma, por cuanto este último principia diciendo: "Lo dispuesto en el artículo anterior no se aplica a los casos siguientes, a menos de disposición legal especial o estipulación contractual en contrario: ... 3º A la empresa cuyo capital no exceda de ciento veinticinco mil pesos". Y a continuación expresa que el Decreto reglamentario determinará el modo de regular las prestaciones según el capital de las empresas; pero de todos modos indicó que las de capital que excediera de diez mil pesos (\$ 10.000.00) sin pasar de cincuenta mil (\$ 50.000.00), como la "Jabonería Las Llaves, Limitada", no deberían pagar indemnizaciones y prestaciones superiores al cuarenta por ciento (40%) de las que establece el artículo 12.

Por consiguiente, surgido el derecho del señor Correa por virtud exclusiva de la Ley 6ª de 1945, puesto que la ley Ley 10 de 1934 no reconoce cesantía por retiro voluntario, es menester aplicar las disposiciones de aquel estatuto y no las de éste, por ser el que regula ese derecho. En tal virtud, sólo tiene derecho al cuarenta por ciento (40%), como lo dispone el artículo 13 citado y lo reconoció con exacto criterio jurídico el señor Juez de primera instancia.

El Tribunal de Barranquilla incurrió en el error de aplicar por partes la Ley 6ª y la Ley 10, desarticulándolas, puesto que dijo que aquélla reconocía la cesantía por retiro voluntario y por todo el tiempo anterior de servicios del señor Correa, pero ésta no limitaba el reconocimiento de ese derecho al capital de la empresa. Y concluyó que se debía el total de la cesantía, es decir, el ciento por ciento de ella.

Esta Corporación no puede aceptar tal procedimiento, porque el artículo 36 de la Ley 6ª que manda aplicar las disposiciones más favorables al trabajador, no debe interpretarse en el sentido de que se puede tomar una parte de una ley, que es favorable, y otra parte de otra, por ser también benéfica para el trabajador, para formar con ellas una sola disposición. Ya en ocasión semejante se expresó así la entidad: "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 concurrencia de jubilación y cesantía, y, al mismo tiempo establezca que el actor sí reúne los requisitos legales para ello. El Tribunal Supremo no puede aceptar ese procedimiento, porque el principio del Derecho del Trabajo y de nuestra legislación, 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". (Sentencia de 4 de julio de 1947, juicio de Max Puchell contra "Vidriería Fenicia, Limitada").

En el caso de autos, no es aplicable la Ley 10 de 1934, según se expresó atrás, porque ella no reconoce cesantía por retiro voluntario. Luego mal pueden tenerse en cuenta sus disposiciones para el solo efecto de desestimar el capital de la empresa. Si resuelve aplicarse ese estatuto, se debe hacer en su totalidad, y, por consiguiente, negarle el reconocimiento de cesantía al señor Correa, por haber sido voluntario su retiro. Pero como es la Ley 6ª de 1945 la que reconoce ese derecho aun en caso de retiro voluntario, es este estatuto el que debe aplicarse por serle más favorable al trabajador que la Ley 10, puesto que el retiro del señor Correa fue de esa naturaleza. Y al dar cumplimiento a la Ley 6ª se debe hacer en su totalidad, armonizando sus disposiciones y no desarticulándolas, porque de lo contrario sufrirían mengua sus preceptos, el derecho mismo y la justicia.

Por consiguiente, está probado este tercer motivo de casación, en cuanto se refiere al monto de la cesantía, y habrá de casarse en ese punto el fallo recurrido.

CUARTO MOTIVO

En éste se plantea el problema de la condenación por los sueldos que dejó de recibir el señor Correa desde su retiro de la empresa hasta que se ejecutorie el fallo que reconoció su pago.

Acusa el recurrente la sentencia del Tribunal Seccional por aplicación indebida e interpretación errónea del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945.

Dice esa disposición: "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, salvo (sic) las retenciones autorizadas por la ley o la convención; si no hubiere acuerdo respecto al monto de tal deuda, bastará que el patrono entregue o consigne la cuantía que confiese deber, mientras la justicia del trabajo decide la controversia”.

Este precepto tiene un claro carácter de sanción para el patrón renuente a pagar las prestaciones e indemnizaciones que le deba al trabajador. Pero es claro que debe entenderse que hay un derecho cierto, indiscutible, a las prestaciones e indemnizaciones, porque de lo contrario se podría incurrir en notoria injusticia. Por lo tanto, la disposición en referencia no puede aplicarse en los casos de duda justificada acerca de la existencia del derecho, pues cuando así ocurra corresponde a la jurisdicción especial del trabajo decidir esa controversia, y sólo cuando haya fallo definitivo que declare la existencia del derecho puede decirse que surge la deuda correspondiente.

Por consiguiente, el artículo 52 transcrito sólo puede aplicarse en aquellos casos que no presentan duda, mas no en los que se controvierta la existencia de la obligación por haber incertidumbre de buena fe del patrón acerca de ella.

Este concepto de sanción que el precepto consagra es incompatible con la noción de buena fe, de modo que si el patrón niega la existencia del derecho sin malicia, es decir, obra de buena fe, mal puede sancionársele si su conducta aparece clara al respecto.

El Tribunal de Barranquilla reconoce en los párrafos finales de su fallo la buena fe de la empresa demandada, para eximirla del pago de costas, pero al mismo tiempo la sanciona con el pago de los sueldos del trabajador, por tiempo que no ha trabajado, como si hubiera negado el pago de la cesantía con notoria mala fe. Actitud contradictoria, porque si obró de buena fe en el juicio, como el fallo reiteradamente lo reconoce, quiere decir que obró de igual modo al no reconocerle cesantía al señor Correa cuando se retiró, por tener dudas fundadas acerca de la existencia de su derecho, y, por consiguiente, no es jurídico aplicarle la sanción de pago de sueldos. Si no es justo sancionarla con el pago de costas, por igual razón, por el mismo motivo, no debía sancionársele con el pago de sueldos no devengados.

Está probado este cargo también.

Para dictar la sentencia de instancia, se considera:

Se aplica la Ley 6ª de 1945, como se deja dicho, porque estaba rigiendo cuando se terminó el contrato de trabajo del señor Correa.

El apoderado de la empresa sostiene, con base en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, que no es aplicable esa ley porque no había sido dictada cuando se inició el contrato de trabajo de que trata el litigio, sino la 10 de 1934. Pero se aplica la Ley 6ª porque las disposiciones que regulan el trabajo humano y lo protegen tienen un carácter de normas de orden público, de inmediato y obligatorio cumplimiento. Por consiguiente, expedida una ley sobre la materia, entra a hacer parte desde su vigencia de los contratos de trabajo existentes, se incorpora inmediatamente dentro de ellos como cualquiera de sus cláusulas, de modo que no le es lícito a nadie sustraerse a su cumplimiento. De lo contrario, sería inoperante una legislación sobre materias tan fundamentales, porque sólo comprendería a un sector limitado y su vigencia tendría un efecto paulatino inadmisibles.

Por otra parte, aquí se verificó una sustitución de patronos al constituirse la sociedad limitada, de acuerdo con el artículo 27 del Decreto 652 de 1935, y el nuevo patrón responde de las obligaciones provenientes de las leyes sociales que había adquirido su antecesor. Ya en fallos anteriores esta Corporación ha expresado que esta figura jurídica característica del Derecho del Trabajo tiene por objeto amparar al trabajador, conservarle vigente su contrato de trabajo y asegurarle el pago de los beneficios que la legislación social le concede. El contrato de trabajo del señor Correa subsistió al constituirse la sociedad limitada, seguir ésta el mismo giro de negocios de la fábrica anterior, y continuar prestándole él sus servicios, de modo que la citada compañía responde de todas las deudas por razón de ese contrato, que estuvieran a cargo del patrón sustituido.

En cuanto a sueldos debe absolverse a la empresa de su pago, según se dejó expuesto.

Las anteriores consideraciones son suficientes para que este Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASE PARCIALMENTE la sentencia de 26 de junio de 1947 proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, que ha sido objeto del presente recurso de casación, y, en su lugar, FALLE este pleito así:

1º—CONFIRMASE el ordinal 1º de la parte resolutive de la sentencia de 18 de marzo de 1947, proferida por el Juez 1º del Trabajo de Barranquilla, en cuanto condenó a la compañía "Jabonería Las Llaves, Limitada" a pagar al señor Melquíades E. Correa M. la suma de cuatro mil seiscientos ochenta y cinco pesos con cuarenta centavos (\$ 4.685.40) moneda legal, por concepto de cesantía.

2º—REVOCASE la condenación del ordinal 2º del mismo fallo

y, en su lugar, SE ABSUELVE a la empresa demandada del pago de los sueldos solicitados en la demanda.

Queda en firme la sentencia del Tribunal de Barranquilla en cuanto revocó el ordinal 3º de la del Juez y, en su lugar, absolvió a la empresa demandada de las costas del juicio.

Sin costas.

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.

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE TRABAJO. DIFERENCIAS ENTRE LOS CONTRATOS CIVIL Y DE TRABAJO.

Del hecho de que por el incumplimiento del contrato de trabajo por parte del trabajador, originado en una desobediencia al reglamento de la empresa o a la transgresión de las cláusulas del mismo contrato, sobrevenga perjuicio al patrón, no es condición necesaria para calificarla como desobediencia, sino una simple circunstancia agravante, pues el solo incumplimiento del contrato o la transgresión de las cláusulas del mismo o la desobediencia al reglamento, constituyen causales de terminación unilateral del respectivo contrato.

El contrato civil difiere del de trabajo, no sólo por el objeto, sino, principalmente, porque en el primero prevalece la autonomía de la voluntad de los contratantes, al paso que en el segundo, no puede pactarse nada que esté por debajo de las garantías que las leyes otorgan al trabajador.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

Bogotá, cinco de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho.

El señor Antonio María Forero, por medio de apoderado, demandando a la Compañía de Cemento Portland Diamante, domiciliada en esta ciudad, con el fin de que se la condenara al pago del auxilio de cesantía a que cree tener derecho el actor por servicios prestados desde el 15 de febrero de 1930 hasta el 12 de marzo de 1946, al valor de los sueldos correspondientes al tiempo faltante para el vencimiento del plazo presuntivo del contrato de trabajo y al de los sueldos correspondientes al lapso en que la empresa deje de cumplir con la obligación legal de entregarle las sumas que considera que se le deben por concepto de prestaciones sociales.

Como hechos de la demanda, el apoderado del demandante enumeró los siguientes:

"1º—Que la Compañía demandada, por conducto de sus agentes autorizados (su administrador de la fábrica en Apulo) dio por terminado, unilateralmente y sin justa causa, el día doce (12) de marzo del presente año, el contrato de trabajo existente entre mi poderdante Forero y la citada Compañía, manifestándole que quedaba suspendido.

"2º—En virtud del despido referido en el punto primero la administración de la fábrica en Apulo envió una comunicación a la gerencia, para efecto de liquidación de las prestaciones correspondientes a Forero y en la cual se incluyeron los datos relativos a las sumas devengadas por éste en los tres últimos años, omitiendo en esta información, el valor relativo a la prima semestral devengada por mi poderdante Forero, consistente en cien pesos (\$ 100.00) moneda corriente, por el cuidado en la colocación y manejo de los revestimientos del HORNO que él manejaba. Así, pues, la suma total devengada por Forero durante los últimos tres (3) años asciende a la cantidad de CUATRO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS CON NOVENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$ 4.558.94) moneda corriente. Es preciso anotar que la prima en referencia, no la relaciona la empresa en las nóminas de pago respectivas, sino que su cancelación la hace por medio de unos vales o bonos, que dentro de la Compañía se denominan "vales amarillos".

"3º—Ni la administración de la fábrica ni la gerencia, hicieron la liquidación de las prestaciones correspondientes a Forero, de acuerdo con los mandatos de la ley, pues se le liquidó nada más que el valor de la cesantía de tres (3) años y tomando como base un promedio equivocado de cien pesos (\$ 100.00) mensuales, correspondiéndole diez y seis años (16) y unos días a razón de ciento veintiséis pesos con sesenta y cuatro centavos (\$ 126.64) moneda corriente como promedio mensual, más los sueldos a que se refieren los puntos b) y c) de las peticiones de la demanda. La liquidación hecha por la Compañía en principios fue modificada posteriormente y ante el rechazo de Forero se pretendió por último que éste recibiese lo correspondiente a cinco (5) años y con base en el promedio de cien (\$ 100.00) pesos, llegando más tarde a exigirle que se transara por la suma de seiscientos pesos (\$ 600.00) y si no que demandara.

"4º—La Compañía se negó a entregar a Forero ninguna suma de las que de acuerdo con el punto anterior le liquidaba hasta tanto Forero no les expidiese un recibo de quedar a paz y salvo con la em-

presa por cualquier concepto y dicho documento llevase el sello y visto bueno del Departamento del Trabajo. Condiciones estas últimas que Forero rechazó por considerarlas poco menos que imposibles y nulas ante las disposiciones legales. Por otra parte la empresa no ha tomado ninguna iniciativa para consignar dichas sumas en un Juzgado, según lo ordenado por las disposiciones legales sobre la materia.

“5º.—La Compañía se ha negado a liquidarle a Forero su cesantía por el total del tiempo alegando que éste no fue empleado sino a partir del primero (1º) de julio de 1944 fecha en que se le hizo firmar un contrato suscrito por las partes, a pesar de haber ejecutado dicho trabajador, las mismas funciones, desde que ingresó a prestar sus servicios en la empresa, según consta en el certificado expedido por su Secretario el día diez y nueve (19) de los corrientes. Se deja constancia de que esas mismas funciones que desempeñaba Forero desde el día de su ingreso como trabajador de la Compañía, fueron las que sirvieron de base a la clasificación que como tal, hizo el Departamento del Trabajo, del Ministerio del ramo, por medio de la Resolución número 431 del 20 de septiembre de 1940 y después de establecerse, en forma legal, y como aparece al folio 3 de la copia auténtica que de dicha resolución se acompaña, que en las referidas funciones predomina el esfuerzo intelectual sobre el material.”

Como fundamentos de derecho invocó el demandante las Leyes 10 de 1934 y 6ª de 1945 y sus decretos reglamentarios, en particular el 652 de 1935, el 2127 y el 2541 de 1945 y demás disposiciones concordantes; las Leyes 69 y 75 de 1945; los artículos 1209, 1211 y concordantes del C. J. y el Decreto 969 de 1946.

Conoció de este negocio en primera instancia el Juzgado Primero del Trabajo de Bogotá, que en fallo de fecha 20 de noviembre de 1946 condenó a la Compañía de Cementos Portland Diamante a pagar al demandante la suma de \$ 2.312.24, “valor de la cesantía, de las vacaciones y el tiempo que faltó para completar el término del contrato presuntivo de trabajo”. La absolvió de los demás cargos de la demanda.

Del fallo del Juzgado apelaron ambas partes para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá. Este, en sentencia del 14 de marzo del año próximo pasado, modificó la providencia del inferior en el sentido de reducir a la suma de \$ 2.162.24 el valor del auxilio de cesantía y del tiempo que faltó para completar el término del contrato presuntivo de trabajo, excluyendo la condenación por concep-

to de vacaciones, por no aparecer en la demanda solicitud alguna al respecto. Acogió las demás conclusiones del fallo apelado.

Como el apoderado de la parte actora pidió aclaración de errores aritméticos, el Tribunal accedió a ello y fijó definitivamente en la cantidad de \$ 2.163.62 el monto de la condena.

Contra la sentencia de segunda instancia interpuso recurso de casación el apoderado de la entidad demandada, recurso que fue concedido por el Tribunal Seccional y admitido luego por esta Corporación. Surtidos ya los trámites de rigor se procede a decidirlo.

Invocando la causal 1ª del artículo 520 del C. J., afirma el recurrente que la sentencia de segunda instancia viola la ley sustantiva por infracción directa del artículo 48 del Decreto 2127 de 1945, y del artículo 1602 del Código Civil.

Se refiere a la parte del fallo en que el Tribunal analiza las pruebas de las cuales deduce que si Forero se retiró del horno en que prestaba servicio, sin esperar la llegada de su reemplazo, no resultó ningún daño ni ruptura en las máquinas o instrumentos a su cuidado, perdiendo así la falta su mayor gravedad, tanto más si se tiene en cuenta que en la empresa era una costumbre generalizada la de que una vez cumplido el turno de ocho horas, por parte de los horneros, éstos se retiraban de su labor sin aguardar el reemplazo, pues encargaban a los respectivos ayudantes, quienes, según los testimonios que obran en autos, son aprendices de horneros y pueden llenar las faltas accidentales de los principales, por lo cual considera que el actor, que, por otra parte había observado buena conducta durante los 16 años en que estuvo al servicio de la empresa demandada, sí tiene derecho a auxilio de cesantía por todo el lapso que señala en su demanda.

Dice el recurrente que en el contrato suscrito entre la empresa y el señor Forero el 1º de julio de 1944 se estableció entre las obligaciones del trabajador, por medio de la cláusula 2ª, ordinal g), la de "acatar y dar cumplimiento a las prescripciones del reglamento de trabajo de la Compañía", y que el reglamento a que allí se alude impuso la prohibición terminante de abandonar la máquina que se le había confiado sin que llegara el respectivo reemplazo, reservándose la Compañía el derecho de terminar unilateralmente el contrato sin aviso ni indemnización alguna, en caso de inobservancia de dicha prohibición.

En concepto del recurrente el texto del reglamento es muy claro, y por tanto el Tribunal debió atenerse a su tenor literal, de acuerdo con el artículo 27 del Código Civil. En cuanto a la costumbre que

según algunos testigos existía en la empresa, costumbre consistente en que los horneros se retiraban sin esperar la llegada del reemplazo, una vez cumplida la jornada de ocho horas, sostiene el recurrente que no tendría fuerza contra la disposición sustantiva del reglamento, y, que, en cambio serviría para demostrar la reincidencia del trabajador despedido en la falta de que lo acusó la empresa.

Aun prescindiendo del contrato de trabajo y mirando el hecho del abandono del puesto como una simple violación del reglamento interno, se tendría, en concepto del recurrente, que el Tribunal dejó de aplicar el artículo 48 del Decreto 2127 de 1945 a la situación producida y que por tanto infringió directamente la ley, ya que la obligatoriedad de los reglamentos de trabajo y su estricto cumplimiento es la piedra angular en que reposan las relaciones entre patrono y trabajador.

Pero como en el contrato de trabajo se estipuló expresamente que el señor Forero acataría y daría cumplimiento a las prescripciones del reglamento de trabajo, y no lo hizo, el Tribunal quebrantó también, al condenar a la empresa al pago del auxilio de cesantía que pide el demandante, el artículo 1602 del Código Civil que dispone que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. Anota a este respecto el recurrente que "el contrato de trabajo, en nuestra legislación, a diferencia de otras como la mejicana en la cual sólo existe la relación de trabajo, conserva todas las características de consensualidad y obligatoriedad del resto de los contratos y sólo se diferencia de ellos en su objeto."

Y concluye el cargo así:

"Demostrado como está que el Tribunal de Trabajo de Bogotá violó disposiciones legales vigentes, al no aplicar a un hecho debidamente probado y aceptado por él, el artículo correspondiente, y al interpretar como leve una falta que un contrato de trabajo válidamente celebrado determinaba como grave, es lógico concluir que la Compañía demandada despidió con justa causa al actor Forero y sólo tiene como obligación pagarle el auxilio de cesantía correspondiente a los tres años de servicio que consolidó la Ley 6ª de 1945 y no a los dieciséis (16) años a que condenó el Tribunal."

Se considera:

Evidentemente el Tribunal Seccional admite que en el reglamento de trabajo de la empresa demandada estaba prevista como causal de despido la falta de que se acusa al demandante, pero estima que no habiendo resultado ningún daño ni ruptura en las máquinas e

instrumentos que tenía a su cuidado el señor Forero a consecuencia de su retiro del horno el día en que no esperó a su reemplazo, y habiendo observado buena conducta en los diez y seis años en que prestó sus servicios, no era el caso de aplicarle una sanción tan grave como el despido, según lo reconoció el propio administrador de la fábrica de Apulo, al insinuar que si no podía llegarse a un acuerdo con Forero no habría inconveniente en ocuparlo, a condición de que prometiera no volver a descuidar el horno.

A estas consideraciones añade la de que conforme a la costumbre los horneros principales encargaban de su labor a sus ayudantes al cumplir las ocho horas de la jornada ordinaria, si no se presentaba inmediatamente el reemplazo principal, costumbre esta tolerada por la empresa.

El Tribunal Seccional no menciona el contrato individual de trabajo a que alude el recurrente y en el cual se estipuló, al decir del mismo, la obligación, por parte del trabajador, de acatar el reglamento de la empresa.

No obra en los autos el texto auténtico del reglamento que permita a esta corporación apreciar con exactitud la disposición relativa a las faltas de los empleados y obreros de la empresa demandada. Pero aceptando como tal la que transcribe el Tribunal Seccional en su fallo, en la parte que dice: "También se considera falta gravísima de obediencia, el que un empleado u obrero abandone su puesto sin que haya llegado a recibirlo el reemplazo respectivo, especialmente si de ese abandono resultare daño o ruptura a las máquinas o instrumentos de la misma empresa", se observa que del hecho de que de la comisión de la falta sobrevenga perjuicio al patrono no es condición necesaria para calificarla como desobediencia, sino una simple circunstancia agravante.

Está, pues, demostrada la violación del artículo 48 del Decreto 2127 de 1945, que es del tenor siguiente:

"Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, sin previo aviso:

"Por parte del patrono:

".....

"8º—Cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones consignadas en los artículos 28 y 29, o cualquier falta grave calificada como tal en las convenciones colectivas, en los contratos individuales o en los reglamentos internos aprobados por las autoridades del ramo, siempre que el hecho esté debidamente comprobado

y que en la aplicación de la sanción se sigan las correspondientes normas de la ley, la convención o el reglamento interno.”

En cuanto al cargo por quebrantamiento del artículo 1602 del Código Civil, según el cual “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”, este Tribunal, considera que el contrato civil y el de trabajo difieren no sólo por el objeto, sino principalmente porque en el primero prevalece la autonomía de la voluntad de los contratantes, mientras que en el segundo no puede pactarse nada que esté por debajo de las garantías que las leyes otorgan al trabajador.

Desde luego, el artículo 1602 del Código Civil, “desarmonizándolo”, por decirlo así, con la acertada locución de un tratadista español, es aplicable a la relación contractual de trabajo. Y como la cláusula del contrato celebrado entre el señor Forero y la empresa demandada, en virtud de la cual aquél se comprometió a la observancia estricta del reglamento de trabajo de la empresa, es válida, resulta también fundado este aspecto de la acusación.

En consecuencia, habrá de casarse la sentencia recurrida.

Para dictar el fallo de instancia se tiene en cuenta que, según la carta de fecha 24 de abril de 1946, suscrita por el administrador de la Compañía de Cementos Portland Diamante, en Apulo, visible al folio 66, el señor Antonio M. Forero prestó sus servicios desde el 15 de febrero de 1930 hasta el 20 de marzo de 1946, fecha en la que fue suspendido, y que en los tres últimos años de servicio (1943, 1944, 1945) devengó y recibió una remuneración total de \$ 3.858.94, incluidos los jornales, bonos y primas, lo que da un promedio mensual de \$ 128.63.

No probó el actor que entre las primas relacionadas en la referida carta se hubiera omitido la suma de \$ 100.00 semestrales por concepto de la colocación y el manejo de los revestimientos del horno.

El señor Forero fue despedido, conforme aparece de autos, por incumplimiento del contrato de trabajo, consistente en el desacato al reglamento de trabajo de la empresa.

En consecuencia, sólo le corresponde por cesantía, la de un período trienal, de acuerdo con el inciso 2º de la letra f) del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, y el numeral 2º del párrafo del mismo artículo, o sea la cantidad de \$ 385.89.

No es el caso de acceder a las peticiones contenidas en los puntos b) y c) de la demanda porque la empresa despidió al actor con justa causa.

A manera de simple observación se recuerda al recurrente que en la legislación mexicana, como en la colombiana, está reglamentado el contrato de trabajo. Al efecto puede consultarse el artículo 17 de la ley federal sobre la materia. La llamada relación de trabajo existe con o sin contrato. Es el medio de vinculación del trabajador al patrono y se establece por el hecho de prestar aquél un servicio en provecho y bajo la dependencia de éste, mediante el pago de una remuneración. Como anota De La Cueva, puede estar precedida por un verdadero contrato, acuerdo de voluntades del que derivan la obligación de prestar el servicio y pagar el salario, a partir de la fecha que se hubiere convenido. Pero puede no existir un verdadero contrato, como en el caso del sindicato facultado para proponer al trabajador, en virtud de la cláusula de exclusión, y también en el de enrolamiento o enganche.

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 materia del presente recurso, revoca la de primer grado dictada por el Juez Primero del Trabajo de Bogotá el 20 de noviembre de 1946 y, en su lugar, declara que la Compañía de Cementos Portland Diamante, domiciliada en esta ciudad, debe pagar al señor Antonio M. Forero la suma de trescientos ochenta y cinco pesos, con ochenta y nueve centavos (\$ 385.89) moneda legal, valor de la cesantía correspondiente al último lapso de tres años, en que prestó sus servicios, una vez en firme esta providencia. Absuélvese a la entidad demandada de los demás cargos de la demanda.

Sin costas en el recurso ni en la instancia.

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. — Bertha Salazar Velasco, Oficial Mayor.

CONFESION

El trabajador que reclama el pago de dominicales y días feriados, está en la obligación ineludible de probar que los ha trabajado. No es confesión expresa ni tácita de ser cierto que aquél ha trabajado los días que reclama, la manifestación que haga el patrono en carta dirigida al trabajador cuando le dice que pagará doble los autorizados por la ley, pues con ello solamente se remite a ésta para su cumplimiento.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla).

Bogotá, marzo cinco de mil novecientos cuarenta y ocho.

Julio C. Rojas demandó a las Empresas Municipales de Girardot, ante el Juez del Trabajo de dicha ciudad, para que se las condenase a pagarle la suma de setecientos setenta y cinco pesos con sesenta y cinco centavos (775.65) moneda corriente, por los siguientes conceptos: doscientos diez y nueve pesos con sesenta y cinco centavos (\$ 219.65) por recargo correspondiente a la jornada nocturna; cincuenta y seis pesos (\$ 56.00) por sobrerremuneración de horas trabajadas en jornada nocturna; y quinientos pesos (\$ 500.00) por remuneración de domingos y días feriados trabajados.

Como hechos expuso los siguientes: Trabajó en las citadas Empresas desde el mes de julio de 1940 hasta el mes de febrero de 1946, en que se retiró del servicio. El 5 del citado febrero se le reconoció la suma de novecientos sesenta y seis pesos con setenta y ocho centavos (\$ 966.78), por cesantía y vacaciones. El 25 de enero de 1946 reclamó a las Empresas la sobrerremuneración de la jornada nocturna. En abril de 1945 le envió una comunicación a la Junta de las Empresas reclamándole el reconocimiento y pago de su trabajo en los domingos y feriados a partir del mes de julio de 1940 en que em-

pezó a trabajar. La junta en oficio número 1691 de 29 de abril del mencionado año de 1945 accedió a reconocerle al demandante el valor de los domingos y días feriados, sin que hasta ahora se le hayan pagado.

Al contestar la demanda, el apoderado de las Empresas manifestó que rechazaba las peticiones de la demanda y negaba la causa o razón de ellas. Respecto de los hechos manifestó que era cierto que el demandante había trabajado a la parte demandada durante cinco años, ocho meses, pero de ese tiempo debía deducirse un término de cinco meses que empleó estudiando en Bogotá por cuenta de las Empresas. Agregó que era cierto que se le había pagado cesantía y vacaciones, pero que no le constaba cuántos domingos o días feriados le hubieran sido reconocidos, al actor, por la Junta Administradora.

El Juzgado del conocimiento condenó a las Empresas a pagarle al demandante las siguientes cantidades: quinientos cincuenta y cuatro pesos (\$ 554.00) por sobrerremuneración en días domingos y de fiesta y ciento diez y ocho pesos con ochenta centavos (\$ 118.80) por horas extras en jornadas nocturnas, más las costas del juicio.

El Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, que conoció del litigio por apelación interpuesta contra aquel fallo por la parte demandada, lo confirmó en cuanto a la condena por la sobrerremuneración de domingos y días de fiesta y lo revocó en cuanto a lo demás. No hizo especial condenación en costas. El Magistrado doctor Sotomayor salvó su voto.

Contra esta última sentencia, de fecha 16 de mayo del año pasado, interpuso el recurso de casación el apoderado de las Empresas demandadas. Siendo ya el momento de decidirlo, se procede a ello mediante las siguientes consideraciones.

LA SENTENCIA RECURRIDA

Lo pertinente del fallo de segunda instancia para los efectos del recurso en estudio, dice así:

“El señor apoderado de la parte demandada, en esta segunda instancia, doctor Gámez Macías, propone excepción de prescripción para el pago de los días dominicales y festivos, pero es el caso de que a los folios 7 y 8 del informativo (sic), encontramos (sic) las comunicaciones cruzadas entre Rojas, reclamándole a las Empresas el pago de estos días, esta comunicación tiene fecha 7 de abril del año 43, y la contestación de las Empresas a Rojas, reconociéndoselas, este

oficio lleva fecha 29 de abril de 1943 y está marcado con el número 1691, de modo pues, que Rojas sí reclamó en tiempo el valor de estos salarios y mal puede prosperar la excepción propuesta, ya que la prescripción fue interrumpida."

EL RECURSO

Se estudia el segundo cargo propuesto, por encontrarse demostrado.

Dice el recurrente que la sentencia es violatoria por infracción directa por falta de aplicación de la disposición sustantiva consagrada en el artículo 4º de la Ley 165 de 1941 que estableció la prescripción de las acciones que corresponden al trabajador para el cobro de su salario, de cuatro años, y consecuentemente la misma providencia es violatoria por infracción directa, por aplicación indebida o interpretación errónea del artículo 2539 del Código Civil que establece que la prescripción que extingue las acciones ajenas puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente y que ocurre la primera de esas circunstancias por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa o tácitamente.

El cargo comenta el aparte de la sentencia que se acaba de transcribir y concluye: "Aquí no hubo el reconocimiento de una obligación, es que él hubiera (sic) trabajado esos días reclamados, la obligación existiría sin necesidad de reconocimiento previo, expreso o tácito."

Esta acusación tiende a desvirtuar la apreciación del fallador cuando con base en la comunicación de las Empresas al actor, de 29 de abril de 1943, deduce que aquéllas le reconocerían a éste el pago de días domingos y de fiesta, por lo cual la prescripción fue interrumpida.

Las comunicaciones cruzadas entre las partes, a que hacen alusión el fallo y la acusación, dicen así:

"Girardot, abril 7 de 1943. Señores Miembros de la Junta Administradora de las EE. MM. Presente. Muy atentamente me permito exponer y solicitar a ustedes lo siguiente: Desde el mes de julio de 1940, fecha en que tomé posesión del cargo que hoy ocupo, he venido trabajando todos los domingos y días feriados sin que hasta la fecha me hayan sido pagados dobles, pues mensualmente sólo he recibido la suma de \$ 120.00 con que tomé posesión. Como desde hace varios meses para acá he tenido que desempeñar además de mis funciones las de Operador, por motivo de haber sido suprimido uno de los

Operadores de esta dependencia, teniendo que trabajar algunas veces hasta diez horas diarias, creo tener derecho a que se me paguen dobles los domingos y demás días feriados. Aprovecho la oportunidad para repetirme de ustedes muy atento servidor, **Julio C. Rojas.**"

La respuesta es de este tenor: "Empresas Municipales de Girardot. Número 1691. Secretaría. Girardot, abril 29 de 1943. Señor Julio C. Rojas. Presente. Me permito participarle que la H. Junta Administradora de estas Empresas en su última sesión, se impuso del contenido de su comunicación de fecha 7 del mes en curso, en la cual solicita se le reconozcan dobles los domingos y días feriados. Respecto de su solicitud en referencia, la expresada Junta resolvió acceder a reconocerle dobles los domingos y días de fiesta autorizados por la ley. Quedo de usted muy atento y S. S., Empresas Municipales, **Carlos J. Ramírez R.,** Secretario."

Para el Tribunal Seccional de Bogotá esta última comunicación es el reconocimiento claro por parte de las Empresas de que el actor trabajó los domingos y días de fiesta de que trata su carta. Y estimando como un verdadero reconocimiento esa respuesta, concluye que se operó la interrupción de la prescripción de que trata el artículo 2539 del Código Civil.

Este precepto dice: "La prescripción que extingue las acciones ajenas, puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente. Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente".

Para el Tribunal Supremo la respuesta dada por las Empresas al demandante, en su carta de 29 de abril de 1943, no fue un exacto reconocimiento del hecho afirmado por el señor Rojas de que hubiese trabajado desde que entró a prestar sus servicios todos los domingos y días feriados, pues en concepto de esta Corporación, y después de una lectura atenta de las dos comunicaciones, dicha respuesta sólo acepta pagar con un salario doble los domingos y días de fiestas autorizados por la ley, pero no afirma de ninguna manera que sea cierto el hecho aseverado por el reclamante. Para éste era ineludible la obligación de demostrar su aserto, o sea que sí había trabajado todos los días de descanso de que habla, pues en la comunicación de las Empresas sólo se dice que pagarán al doble los domingos y fiestas autorizados por la ley. Es decir, la parte demandada se remitió a la ley en esa carta, dijo que la cumpliría pero no hizo confesión expresa, ni tácita de que era cierto que el señor Rojas hubiera trabajado todos los días que él alega en su comunicación.

Por lo tanto, resulta evidente la infracción del artículo 2539 del

C. C. transcrito atrás, por aplicación indebida, por cuanto no se efectuó la interrupción de la prescripción al no haber existido el reconocimiento por parte de las Empresas. Deberá pues, casarse la sentencia recurrida, parcialmente, en cuanto a este punto.

Quizás hubiera estado más ajustado a la técnica de casación el cargo si se hubiese planteado con base en un error de hecho del sentenciador como consecuencia de una mala apreciación de la carta de las Empresas mencionadas. Así hubiera resultado de mayor fuerza el cargo, pero en la forma propuesta también aparece demostrada la violación del precepto sustantivo citado.

Para dictar la sentencia de instancia se tiene en cuenta que el actor no probó en el curso del juicio que hubiera trabajado los días domingos y de fiesta que alega, por ninguno de los medios de prueba que autoriza la ley. No hay que olvidar que en la contestación de la demanda el apoderado de las Empresas manifestó que no le constaba cuántos domingos o días feridos le pudieron ser reconocidos por la Junta Administradora, luego de acuerdo con universales y elementales principios sobre carga de la prueba el demandante ha debido acreditar cuántos de esos días prestó servicios. Como no lo hizo, deberá absolverse del cargo respectivo a la parte demandada.

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 recurrida, proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá el 16 de mayo de 1947, en cuanto confirmó la condenación hecha por el Juzgado de primera instancia en la letra a) del ordinal 2º de su fallo, sobre pago de domingos y días de fiesta, y, en su lugar, REVOKA ese aparte a) del ordinal 2º del fallo de 10 de febrero de 1947 del Juez del Trabajo de Girardot, que condenó a pagar a la parte demandada y a favor del actor la suma de quinientos cincuenta y cuatro pesos (\$ 554.00) moneda corriente, por concepto de domingos y días de fiesta, y ABSUELVE a las Empresas demandadas del cargo sobre no pago de esos domingos y días de fiesta que le formuló el demandante Julio C. Rojas en su demanda, por falta de prueba.

Sin costas.

Cópiesa, 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.

CASACION. MOTIVO NUEVO EN CASACION. CONTRATO DE TRABAJO. TRABAJADORES A DOMICILIO. GARANTIAS DE LOS TRABAJADORES A DOMICILIO. CONDENA EN ABSTRACTO.

El recurso de casación, como extraordinario que es, se dirige a ejercitar el control jurídico sobre la sentencia acusada, mediante la confrontación de sus factores esenciales con los preceptos legales que se señalen como violados por aquélla. Y si la sentencia no contiene sino los elementos que han sido materia del juicio, no hay razón para que se examine en casación una cuestión que no se ha considerado en el litigio y, desde luego, no contemplada en la sentencia.

Estima el Tribunal Supremo que es motivo nuevo en casación toda cuestión que no ha sido debatida en el juicio, con la sola excepción de las atinentes al orden público. Y éstas, porque no pudiendo renunciarse ni expresa ni tácitamente los derechos que viven bajo su amparo, es lícito hacer valer estos derechos en cualquier estado de la causa y, desde luego, por primera vez ante el Tribunal de casación. Es verdad que, aun en este caso, la tardía estimación sólo es posible a condición de que los elementos o documentos de que se parta se hayan sometido a los tribunales de instancia.

Para que pueda entenderse, en un caso determinado, que no hay contrato de trabajo deben reunirse todas las circunstancias que señala la parte final del artículo primero de la Ley 6ª de 1945; esto es, que se celebre sin consideración a la persona que haya de ejecutar la respectiva obra, lo que quiere decir que ya no se trata de un servicio personal del trabajador, con lo cual bastaría para que no se configurara el contrato, o que no haya sujeción a horarios, reglamentos, etc., condición ésta que sobra desde el momento en que no se realiza el trabajo personalmente. *A contrario sensu*, si la labor a realizar

se encomienda *intuitae personae*, es decir, teniendo en cuenta las condiciones de quien la va a ejecutar, y bajo el control del patrono, subsiste la relación de trabajo, aun cuando, como ocurre en el trabajo que se efectúa a domicilio escapa por su misma naturaleza a la fijación de un horario determinado o a un reglamento especial.

Cuando la ley habla de sujeción a horario, reglamento o control, tratándose de ejecución de obra determinada, no está indicando precisamente que se requiera la concurrencia de todas estas condiciones, porque la conjunción empleada, como disyuntiva que es, hace que la existencia de una cualquiera de ellas, relacionada con la primordial y directa de la labor y el salario configure el contrato de trabajo. De manera que si se establece que se ha encomendado la confección de una obra determinada, en consideración a las condiciones personales del trabajador con una remuneración y, además, ella se lleva a cabo bajo el control especial del patrono, esto es, bajo las instrucciones que se le den a aquél, y si la obra no es ocasional sino con carácter de permanencia, se tiene un verdadero contrato de trabajo.

Se puede sentar, como tesis general, la de que los trabajadores a domicilio, en determinadas circunstancias gozan de las mismas garantías que los demás trabajadores. Cuando ejecutan su labor personalmente y lo hacen bajo las instrucciones o el control del patrono, aun cuando no estén sometidos a horarios fijos, no dejan de tener la calidad de trabajadores vinculados al patrono, amparados por las disposiciones legales. Vale decir, que no es condición *sine qua non*, para que haya contrato de trabajo, que se realice la labor dentro de un espacio de tiempo determinado, pues éste no es elemento esencial para estructurarlo.

Solamente cuando se trata de frutos, intereses, daños o perjuicios, según lo establece el artículo 480 del C. J., puede dejarse de fijar el importe de la condenación en la sentencia para remitirse al procedimiento del artículo 553 del mismo Código, esto es, para hacer la fijación en la ejecución de ella. Tratándose de salarios y de tiempo de servicios no es admisible que se emitan fallos en abstracto para que se establezca en el ejecutivo lo que no se logró demostrar en el juicio ordinario de trabajo.



TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía).

Bogotá, abril nueve de mil novecientos cuarenta y ocho.

Ricardo Salazar, por medio de apoderado, demandó ante el Juzgado de Trabajo de Pereira a la firma Valencia Hermanos, representada por Esteban Valencia Arboleda, a fin de que le reconociese algunas prestaciones sociales, como trabajador a domicilio en la hechura de obras de sastrería. El monto de la demanda fue estimado en trescientos cincuenta pesos, (\$ 350.00).

El Juzgado del conocimiento desató el litigio, lo que hizo por sentencia de fecha doce de febrero del año pasado, y en su parte dispositiva condenó a la casa comercial Valencia Hermanos representada por Esteban Valencia Arboleda, a pagar el valor correspondiente a 108 dominicales, de acuerdo con el promedio de salario devengado por el demandante en cada una de las semanas transcurridas del 16 de octubre de 1944 al 16 de noviembre de 1946.

Apelada esta providencia para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales, esta última entidad profirió su sentencia con fecha diez de mayo subsiguiente, y por medio de ella confirmó en todas sus partes la de primer grado.

Contra esta decisión del Tribunal Seccional se interpuso el recurso de casación por el apoderado de la parte demandada, y no obstante que el negocio en su cuantía es inferior a mil pesos, fue admitido por contemplar el fallo una cuestión importante en derecho laboral. Como el trámite se llevó a cabo en forma legal, se procede a decidirlo, mediante el estudio de las consideraciones que plantea la respectiva demanda.

PRIMER CARGO

Invoca el recurrente el motivo 6º de casación del artículo 520 del C. J.: "Haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448, siempre que la nulidad no haya sido saneada en conformidad con la ley".

Alega en seguida como causal de nulidad "la ilegitimidad de la personería" de la parte demandada en los siguientes términos:

"Ciertamente el actor laboró para Valencia A. Hermanos, pero confirió el poder para hacer su reclamo judicial a la firma comercial "Valencia Hermanos", que no existe. Es obvio, y el motivo se dio en uno de los proveídos de casación del H. Tribunal Supremo, según en-

tiendo, que este cargo prospera cuando la deficiencia alude a ilegitimidad sustantiva, entre otras cosas, porque la condenación sería inoperante a todas luces, pues no existe la persona a quien pudiera cargarse con el rigor de sus consecuencias. No se pretendería demandar a Valencia A. Hermanos, sociedad colectiva constituida en regla, con un título proveniente del Organó Judicial pero en contra de persona de distinto nombre. Las cuentas bancarias, mercancías, los inmuebles aparecen a nombre de la sociedad que existe, y no de la imaginaria que creó el apoderado del actor. Desde la respuesta de la demanda dije que proponía la excepción de carencia de acción, que se origina en que mal puede tener esa acción quien carece de vínculo jurídico por inexistencia de la persona a quien pretende cargar con el cumplimiento de prestaciones que, si acaso, ocurren entre Valencia A. Hermanos, para quien Salazar trabajó, y este último, en su calidad de obrero.”

Afirma que la sentencia viola los artículos 465 del Código de Comercio y 41 de la Ley 28 de 1931.

Se examina el cargo.

Ni en la contestación de la demanda, ni en las audiencias realizadas en el juicio, ni en la sentencia de primer grado se hace ninguna referencia a la cuestión que el cargo plantea, y en la sentencia acusada no se examina el problema, por la sencilla razón de que no fue materia de la controversia. Pues si bien es cierto que el demandado alegó la excepción de carencia de acción, no fue por la ilegitimidad de la personería, sino por considerar que el actor no tenía derecho al reconocimiento de los dominicales reclamados por ser trabajador a domicilio y no existir contrato de trabajo entre el demandante Salazar y la parte demandada. Muy al contrario, en la contestación de la demanda el apoderado de la parte demandada habló a nombre de Valencia Hermanos, sin hacer ninguna observación acerca de la personería de esta firma.

“Tengo informes, dice, de que no son ocho años sino menos los que ha trabajado el demandante en la confección de obras de paño para Valencia Hermanos. Valencia Hermanos no han dado órdenes de ninguna clase al señor Salazar quien verifica un trabajo en su propia casa, y si quiere, no lo lleva en ningún día determinado. Tradicionalmente Valencia Hermanos sube sus salarios a sus obreros sin que ellos lo hayan pedido alguna vez. Valencia Hermanos no le han pagado o reconocido el valor del descanso dominical al señor Salazar porque no existe contrato de trabajo.”

Son estas textuales palabras del apoderado de la parte deman-

dada. Y por parte alguna se encuentra que hubiera alegado la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva a que se contrae el cargo que se estudia. Lo que quiere decir que se trata de un motivo nuevo, que es a todas luces inadmisibile en casación, como lo tiene establecido la jurisprudencia en forma invariable. En efecto, el recurso de casación como extraordinario que es, se dirige a ejercitar el control jurídico sobre la sentencia acusada, mediante la confrontación de sus factores esenciales con los preceptos legales, que se señalan como violados por aquélla. Ahora bien: si la sentencia no contiene sino los elementos que han sido materia del juicio, no se alcanza la razón que pueda operar para que se examine en casación una cuestión que no se ha considerado en el litigio y desde luego no contemplada en la sentencia.

A este respecto puede citarse la opinión de Garsonnet, que reproduce de la Plaza en su obra "La Casación Civil": "El Tribunal de casación 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 censura una actividad **in judicando**, no puede rebasar los límites en que se ejercitó; y tal ocurriría si, extemporáneamente, se resolviese tesis distinta de la que en la instancia, por determinación voluntaria de las partes, sometieron éstas al juzgador". A lo que puede agregarse que la falta de un presupuesto procesal (error **in procedendo**) que no ha sido considerado en ninguna de las instancia del juicio, como es el caso de la personería de una de las partes, no puede acusarse en casación para por ese medio quebrantar el fallo que se profirió sobre la base de que tal presupuesto no fue objeto de discusión alguna en instancias.

No es necesario insistir sobre este tema, que, como se ha dicho, ha sido tratado por la jurisprudencia uniformemente, en el sentido de considerar como motivo nuevo en casación toda cuestión que no haya sido debatida en el juicio, con la sola excepción de las atinentes al orden público.

Dice sobre el particular el citado expositor de la Plaza:

"Sin embargo, no dejaremos de observar que, en la doctrina extraña, no se reputan cuestiones nuevas las que afectan el 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. Es verdad que, aun en este caso,

la tardía estimación, sólo es posible a condición de que los elementos o documentos de que se parta, se hayan sometido a los tribunales de instancia..."

Lo anterior basta para decidir que el cargo no puede prosperar.

TERCER CARGO

Para seguir un orden lógico es pertinente estudiar antes que el cargo segundo, el tercero, desde luego que en él se plantea la cuestión de fondo, esto es, si el trabajador a domicilio señor Ricardo Salazar tiene o no derecho al pago de sus dominicales. Porque el segundo cargo contempla solamente el número de domingos a que fue condenada la empresa demandada en relación con la petición hecha por el demandante.

El cargo por error de derecho que formula la demanda en la letra a) sobre existencia de la sociedad Valencia Hermanos, no es necesario estudiarlo, porque lo mismo que se dijo al examinar el primer cargo, desechado por ser motivo nuevo, puede decirse de éste. Se entrará por tanto a la parte consignada en la letra b). Aplicación indebida e interpretación errónea. "El Tribunal aplicó al caso los artículos 1º de la Ley 6ª de 1945 y omitió, por ello, aplicar y respetar el artículo 13 de tal ley. En efecto, se consideró que ocurría contrato de trabajo entre Ricardo Salazar y Valencia Hermanos, cuando la segunda no existe, y si por generosidad se estima trabada la litis entre el primero y Valencia A. Hermanos, debe observarse que en las relaciones del trabajador y quien lo ocupaba no existía convención en los términos del artículo 1º de la Ley 6ª de 1945, pues Salazar no se hallaba sujeto a horarios, ni reglamento, ni control especial. Sería muy respetable para mi cualquier decisión que el H. Tribunal Supremo produjera en este caso, pero preveo hondas dificultades para concluir con que el laborador de sastrería que recibe unas porciones de tela y devuelve confeccionado un pantalón es un obrero en los términos del artículo 1º de la ley dicha, con los derechos anejos a los mismos contratantes. Hay un factor en este caso, muy impresionante desde el punto de vista jurídico: **el tiempo**. El señor Salazar tomaba la mercancía, iba a su casa, devolvía cuando quería su obra, y Valencia A. Hermanos, por medio de su técnico, ignoraba si era él quien verificaba esa labor u otra persona aprendiz o más experto que él. No se sabía si toda la obra era de manos de Salazar. Quizá en la sastrería ocurra el caso de los estilos o peculiaridades de construcción, pero no entra fácil la idea que se sepa si una persona determinada fue la que cosió y planchó, y colocó los botones,

y organizó la ojaladura, etc. Es trabajo que admite y tolera colaboración. Inexplicable que los testimonios y la confesión, así se aprecien con un criterio *sui generis*, llevaren a esa conclusión."

El recurrente en los párrafos siguientes de su demanda plantea serios problemas en relación con el trabajador a domicilio, tales como el de que sea posible reconocer la remuneración dominical a quien recibe de la empresa la obra para su confección cuando en realidad el trabajo bien pudo haber sido ejecutado por otras personas, ayudantes, aprendices, etc., de donde resultaría que se pagaría a diversa persona el producto del trabajo ajeno.

Sostiene, en síntesis, que el trabajo a domicilio está excluido del contrato de trabajo, desde luego que el trabajador no está sometido a horarios fijos, reglamentos, etc., lo que hace que desaparezca el factor subordinación, esencial para la configuración de aquél.

Es, pues, esta la tesis que el Tribunal Supremo debe examinar, a fin de sentar la correspondiente doctrina sobre el particular.

Para el efecto se considera:

Es indudable que el elemento subordinación es primordial en el contrato de trabajo. Y no hay dificultad alguna para establecerlo cuando el trabajador ejecuta su labor bajo la vigilancia directa del patrono, dentro del establecimiento propio de éste. Así también la prestación del servicio en forma personal no requiere una demostración, porque el trabajo se lleva a cabo bajo la vigilancia inmediata del dueño de la empresa o de quien lo represente para el caso.

Puesto que el patrono, por efecto de la subordinación a que queda sometido el trabajador, puede darle órdenes, imponerle reglamentos, vigilar su labor, cuando del trabajo a domicilio se trata no es fácil determinar si éste se verifica bajo el control de aquél; pero como el objeto de la relación laboral es el aprovechamiento de la fuerza de trabajo en favor de quien la requiere o busca, no importa que se deje en manos de quien la suministra ocurrir al medio más conveniente para que esa fuerza se traduzca en mayor rendimiento en favor de ambos, de empleador y asalariado. De esta circunstancia nace y se justifica el trabajo a destajo, o por unidad de obra, el cual se realiza de ordinario en el sitio que el trabajador elige, de donde surge el trabajo a domicilio, que es el de que se trata en el presente negocio.

El artículo 1º de la Ley 6ª de 1945 define el contrato de trabajo así: "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 tra-

bajo 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 horarios, reglamentos o control especial del patrono.”

Desarrollando esta definición el Decreto 2127 de 1945 dice que se entiende por contrato de trabajo la relación jurídica entre el patrono y el trabajador, por virtud de la cual éste ejecuta una o varias labores o presta un servicio intelectual o material, en beneficio de aquél, y bajo su continuada dependencia, y mediante una remuneración. Es, pues, necesario la concurrencia de tres factores, dice el artículo 2º: a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b) La dependencia del trabajador, respecto del patrono, que le otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada y no instantánea o simplemente ocasional, y c) El salario como retribución del servicio.

Una vez reunidos estos tres elementos el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé; ni de las condiciones peculiares del patrono, sea persona natural o jurídica; ni de las modalidades de la labor; ni del tiempo que en su ejecución se invierta; ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador; ni de la naturaleza de la remuneración, etc., tal como se expone en el artículo 3º del mencionado Decreto.

El recurrente afirma que por cuanto el demandante era un trabajador a domicilio, no sometido a horario fijo, de conformidad con el artículo 1º de la Ley 6ª no puede haber realizado un contrato de trabajo con la parte demandada. Esto por la circunstancia de que en dicho artículo se dice que no hay contrato cuando se trata de la ejecución de una obra determinada sin consideración a la persona o personas que hayan de ejecutarla y sin que éstas se sujeten a horario, reglamentos o control especial del patrono.

Debe, pues, examinarse en tesis general, la cuestión planteada.

En sentir de esta corporación, para que pueda entenderse que no hay contrato de trabajo deben reunirse todas las circunstancias que señala la parte final del artículo 1º de la Ley 6ª de 1945; esto es, que se celebre sin consideración a la persona que haya de ejecutar la obra respectiva, lo que quiere decir que ya no se trata de un servicio personal del trabajador, con lo cual bastaría para que no se configurara el contrato, que no haya sujeción a horarios, reglamentos, etc., condición esta que sobra desde el momento en que no se realiza el trabajo personalmente. A contrario sensu, si la labor a

realizar se encomienda *intuitae personae*, es decir, teniendo en cuenta las condiciones de quien la va a ejecutar, y bajo el control del patrono, subsiste la relación de trabajo, aun cuando, como ocurre en el caso del que se efectúa a domicilio que, por su misma naturaleza, escapa a la fijación de un horario determinado o a un reglamento especial.

Y es que cuando la ley habla de sujeción a horario, reglamentos o control, tratándose de la ejecución de obra determinada, no está indicando precisamente que se requiera la concurrencia de todas estas condiciones, porque la conjunción empleada, como disyuntiva que es, hace que la existencia de una cualquiera de ellas, relacionada con la primordial de la ejecución personal y directa de la labor, y el salario, configure el contrato de trabajo. De manera que si se establece que se ha encomendado la confección de una obra determinada, en consideración a las condiciones personales del trabajador con una remuneración y, además, ella se lleva a cabo bajo el control especial del patrono, esto es, bajo las instrucciones que se le den a aquél, y si la obra no es ocasional sino con carácter de permanencia, se tiene un verdadero contrato de trabajo.

Mas, como se afirma que el trabajador a domicilio está excluido de los beneficios de la ley, por la misma razón de que no puede someterse a horario fijo, y al mismo tiempo se hace referencia a la excepción de que trata el artículo 13 de la Ley 6ª de 1945, cuando habla de los trabajadores a domicilio que no tengan vínculo permanente con el patrono, cabe observar que justamente por esta referencia se admite que en determinados casos puede existir tal vínculo entre esos trabajadores y un patrono. De consiguiente, es preciso estudiar, en cada caso, si por las circunstancias peculiares en que se realiza la labor, hay o no una relación de trabajo de las que conllevan prestaciones a cargo del patrono. Pero, como tesis general, se puede sentar la de que los trabajadores a domicilio, en determinadas circunstancias gozan de las mismas garantías que los demás trabajadores. Cuando ejecutan su labor personalmente y lo hacen bajo las instrucciones o el control del patrono, aun cuando no estén sometidos a horarios fijos, no dejan de tener la calidad de trabajadores vinculados al patrono, amparados por las disposiciones legales.

Vale decir que no es condición *sine qua non*, para que haya contrato de trabajo; que se realice la labor dentro de un espacio de tiempo determinado, pues este no es elemento esencial para estructurarlo.

Ahora bien: si el recurrente estima que el trabajador Salazar

no se halla en las condiciones apuntadas, por lo referente al trabajo que ejecutaba, cree este Tribunal que ha debido enfocar el cargo atacando las pruebas respectivas que condujeron al fallador de instancia a incurrir en error de hecho, caso en el cual habría habido que entrar a examinarlas y valorarlas para poder establecer la razón de la acusación. Pero como el Tribunal es autónomo en la apreciación de esas pruebas, en casación no se les puede restar mérito sino cuando han sido apreciadas equivocadamente en forma tal que hayan conducido a un ostensible error. De otro modo son intocables. La cuestión deja ya de ser de derecho para convertirse en mero y simple problema de hecho.

Por estas razones que parece sean suficientes para el caso, no puede prosperar tampoco este cargo.

El recurrente dice que se aplicó el artículo 1º de la Ley 6ª de 1945, y que dejó de aplicarse el artículo 13 de la misma. Pero en parte alguna expresa la incidencia que tenga el fallo en relación con el mencionado artículo 1º, aun cuando es de suponer que se trata de la excepción que en él se contiene, cuando incluye a los trabajadores a domicilio que no tengan vínculo permanente con el patrono entre las personas que no quedan cobijadas por los beneficios que establece el artículo anterior. Pero en tal caso es de advertir que la obligación de remunerar los días domingos cuando el asalariado labora todos los días útiles de la semana anterior no se halla dentro de las prestaciones del artículo 12, sino que está expresada en el artículo 7º. Y es así como se observa que respecto a esta disposición, que es la pertinente, y la que aplicó el Tribunal, no hay ningún cargo de violación que permita examinar si el trabajador se obligó a prestar sus servicios en todos los días laborables de la semana, o si por el hecho de ejecutar su labor sin sujeción a ninguna medida de tiempo ni estar obligado a realizar determinada cantidad de obra, no adquirió, por lo mismo, el derecho a cobrar la remuneración correspondiente al descanso dominical.

EL SEGUNDO CARGO

Ya analizada la posición jurídica del trabajador a domicilio, en tesis general, se tiene que el cargo segundo enfoca el hecho de que se hubiera condenado a pagar 108 dominicales, siendo así que solamente se pidió el reconocimiento de 104, o sean los comprendidos en dos años, según el promedio de salario devengado por el demandante en cada una de las semanas transcurridas del 16 de octubre de

1944 al 16 de noviembre de 1946 y en que el demandante haya trabajado los seis días de la semana conforme a la ley.

Se considera:

Lo primero que se advierte en esta parte del fallo de primera instancia, que el Tribunal confirma en su integridad, es que ordena pagar 108 dominicales, es decir todos los comprendidos en los dos años y un mes más, pero en seguida desvirtúa la condenación cuando agrega "y en que el demandante haya trabajado los seis días de la semana conforme a la ley". En lo cual hay una verdadera contradicción, pues si se reconoce un número determinado de domingos remunerables, se está partiendo de la base de que trabajó durante todos los días laborables de la semana.

Pero hay más: según las propias frases de la sentencia de primer grado, cuyo contenido es preciso analizar, ya que fue confirmada en su integridad, se tiene que el Juez no pudo hacer la liquidación de lo debido, por las siguientes razones: a) En los autos no hay prueba suficientes que demuestre el salario devengado por el demandante en el año de 1944, ni en el de 1945. Para el de 1946, existe la relación mes por mes, hasta el de noviembre, del salario recibido en cada uno de ellos por el demandante, pero el Juzgado considera que buscando la media aritmética durante dichos meses, con el fin de averiguar el salario diario, no es posible liquidar los descansos dominicales que no correspondan al año de 1946, que es al cual se refieren los datos del extracto presentado por el demandado con fecha 5 de diciembre del año mencionado; como tampoco puede darle crédito suficiente a algunas declaraciones de los autos, en vista de su vaguedad.

En seguida el fallo glosa los testimonios de los señores Aurelio Orozco López y Mable Alzate para llegar a la conclusión de que el salario que ellos afirman que devengaba el demandante está contradicho por la relación referente al año de 1946 que el Juzgado aceptó en su totalidad y arroja un promedio distinto.

Por estas circunstancias el fallo no hace ninguna condenación en cantidad líquida, y aun cuando no lo expresa, deja posiblemente para la ejecución de la sentencia que se establezca el salario correspondiente en cada una de las semanas, para extraer la cifra que corresponda a cada dominical.

El Tribunal Supremo considera, y ya lo tiene expresado en diversos fallos, que solamente cuando se trata de frutos, intereses, daños o perjuicios, según lo establece el artículo 480 del C. J., puede dejarse de fijar el importe de la condenación en la sentencia para

remitirse al procedimiento del artículo 553 del mismo Código, esto es, para hacer esa fijación en la ejecución de ella. Tratándose de salarios y de tiempo de servicios no es admisible que se emitan fallos en abstracto para que se establezca en el ejecutivo lo que no se logró demostrar en el juicio ordinario del trabajo. Y es por esta razón por lo que va a prosperar el cargo último, que habría sido suficiente para producir por lo menos la casación parcial de la sentencia, pudiendo haber dejado sin examinar los otros cargos, que se estudiaron con el objeto de sentar la correspondiente doctrina, dada la importancia de las cuestiones en ellos suscitadas.

En la demanda se pidió el reconocimiento de la suma de \$ 312.00, por ciento cuatro dominicales, a razón de tres pesos cada uno, es decir, los comprendidos en dos años. En el fallo se condena al pago de 108 dominicales, computándose un mes más, o sean cuatro domingos, no pedidos, pues se extiende el término hasta la presentación de la demanda, sin que resulte probado de autos el trabajo efectuado en ese mes. Y como no hay ninguna disposición legal que autorice el procedimiento, se advierte a las claras la incongruencia alegada y por ello será preciso casar la sentencia recurrida, a fin de dictar la que corresponda a la realidad, sobre la base de lo que arrojen los autos.

No es el caso de examinar aquí las tesis referentes a la pertinencia de la condenación a más de lo pedido (**plus petita**), pues el fallo que se está analizando es de tal modo impreciso y contradictorio, que es necesario reemplazarlo, a fin de definir la cuestión debatida.

Dice el fallo del Tribunal lo siguiente:

“El demandado aceptó un extracto de las obras confeccionadas por Salazar y las sumas correspondientes a su trabajo de enero a noviembre de 1945 (sic); que hacía un promedio de seis pantalones semanales, y que se los pagaban a tres pesos cada uno. Lo anterior también le da grande realce y seguridad a las declaraciones tomadas en la audiencia.”

Se observa que no fue que el demandado aceptara esa relación, sino que él mismo la presentó, porque el demandante no adujo ninguna prueba para que se pudiera determinar el salario promedial devengado en el año de 1945. De consiguiente, no hay una base cierta para hacer una condenación sobre las pruebas aducidas por el demandante, ya que en este caso no cabe establecer el salario en la ejecución de la sentencia, como se ha dicho. Tampoco aparece de tal relación que se pagara la suma de tres pesos por cada pantalón, salvo en los últimos meses.

La relación presentada por el demandado da cuenta tan sólo de la cantidad de obra realizada; pero como de conformidad con el artículo 7º de la Ley 6ª de 1945 el descanso dominical obligatorio será remunerado por el patrono a los asalariados que habiéndose obligado a prestar sus servicios en todos los días laborables de la semana, no faltan al trabajo, ocurre que no hay tampoco prueba exacta acerca de los días que en cada semana fueron trabajados por el demandante, puesto que los datos que arroja tal relación podrían servir para obtener un promedio del salario semanal, pero no son suficientes para demostrar que el trabajador se hubiera obligado a trabajar durante todos los días laborables de la semana, sin faltar a él, y que en realidad los hubiera trabajado.

La misma sentencia de primera instancia se explícita en este punto y son sus propios términos los que indican que no se probó eficazmente el derecho alegado por el demandante.

Es necesario, por estas consideraciones, reemplazar la providencia acusada, y al efecto, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida, REVOCA la de primer grado, y en su lugar ABSUELVE, por falta de pruebas, a la sociedad demandada.

Notifíquese, cópiese, publíquese, 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.

CASACION. NATURALEZA DE ESTE RECURSO

Cuando se alega violación de ley sustantiva por error en la apreciación o por falta de estimación de una prueba, dice el artículo 520, causal 1º del Código Judicial, ésta debe ser terminada, es decir, individualizada, para que la labor de confrontación del Tribunal de casación se facilite y porque las acusaciones en este recurso deben ser todo lo precisas que sea posible.

El Tribunal de casación no es de tercera instancia, ni este recurso es un tercer grado para que pueda aquí de oficio entrar a considerarse todo el haz probatorio, toda la prueba testimonial del expediente, como lo hicieran los falladores de instancia; este error de técnica impide a la corporación considerar el respectivo cargo.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla).

Bogotá, junio primero de mil novecientos cuarenta y ocho.

Al formular su demanda de casación, el apoderado del recurrente Saúl Kowaleski expone como antecedentes del presente litigio los siguientes:

“De junio 1º de 1934 a octubre 1º de 1945, Saúl Kowaleski trabajó como empleado de la Panadería Francesa, de propiedad de Moisés Uejbe, devengando Ps. 20.00 semanales.”

“Prestó sus servicios de las 7 y 30 p. m. a las 4 y 30 a. m., inclusive en domingos y días feriados.”

“En los cuatro últimos años de servicio no disfrutó de vacaciones.

“Al retirarse de la empresa no le fue pagado el auxilio de cesantía.”

“Durante todo el tiempo de servicio, no recibió por concepto de

salarios suma distinta de los Ps. 20.00 semanales indicados, no obstante haber trabajado horas extraordinarias.”

“A la terminación del contrato de trabajo, Kowaleski reclamó de Uejbe el pago por concepto de salarios y prestaciones que se le adeudaba. Pero le fue negado.”

A continuación explica el objeto del litigio así:

“El 27 de octubre de 1945 Saúl Kowaleski demandó a Moisés Uejbe, ante el Juez 1º del Circuito Civil de Cartagena, para que se declarara por sentencia definitiva que Uejbe debía pagarle la suma de Ps. 4.311.28 que le había quedado a deber por concepto de salarios y prestaciones sociales así:

a) Por 1.248 horas suplementarias de trabajo,	Ps. 779.86
b) Por trabajo en domingos y feriados	Ps. 1.493.31
c) Por trabajo suplementario en domingos y feriados	Ps. 196.63
d) Por vacaciones de cuatro años	Ps. 276.22
e) Por auxilio de cesantía	Ps. 1.565.26
Total	Ps. 4.311.28.”

“El Juez del conocimiento con fecha 14 de mayo de 1947, falló condenado a Uejbe a pagar a Kowaleski Ps. 1.153.30 por concepto de cesantía y absolviéndolo de las demás solicitudes de la demanda.”

“Por apelación de las partes el juicio subió al Tribunal Seccional del Trabajo de Cartagena, que reformó el fallo de primera instancia por sentencia de julio 14 de 1947, en la forma siguiente:

“1º Absolviendo a Uejbe de la obligación de pagar a Kowaleski las horas extras reclamadas;”

“2º Absolviéndolo asimismo de la obligación de remunerar extraordinariamente los domingos comprendidos en el tiempo en que Kowaleski prestó sus servicios, por considerar que dicha remuneración había sido pagada;”

“3º Condenándolo a pagar Ps. 67.50 por concepto de remuneración de 27 días feriados trabajados por Kowaleski durante los últimos cuatro años no prescritos, que fueron pagados pero con el salario corriente;”

“4º Condenándolo al pago de Ps. 112.50 por concepto de vacaciones no disfrutadas por Kowaleski durante los últimos tres (3) años de servicio; y”

“5º Condenándolo al pago de Ps. 850.00 por concepto de cesantía.”

El apoderado del señor Kowaleski, como recurrente funda el recurso en dos cargos, que se estudian en su orden.

PRIMER CARGO

En términos generales, antes de principiar a plantearlo, dice que acusa 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, invoca la primera causal de casación de que trata el artículo 520 del Código Judicial y no 519 como dice el recurrente.

En este primer cargo afirma que el Tribunal de Cartagena consideró que su representado era empleado de dirección y por lo tanto no le reconoció sobrerremuneración por trabajo extraordinario. Mas el recurrente estima que no es empleado de confianza y que, por consiguiente, incurrió el fallador de instancia en error manifiesto (aunque no dice si de hecho o de derecho), por no haberle dado el valor de plena prueba respecto de las labores subalternas que su representado desempeñaba, a las declaraciones de los testigos sobre el particular. A continuación cita sólo el testimonio del señor Ludyan, como el mal estimado. Y concluye diciendo que debido a ese error se violaron los artículos 593, 594 y 597 del Código Judicial y también los artículos 15 de la Ley 10 de 1935 (sic) y 3º de la Ley 6ª de 1945, por infracción directa, el artículo 2º del Decreto 895 de 1934 por aplicación indebida, y por infracción directa los artículos 10 del Decreto 895 de 1934 y 3º de la Ley 6ª de 1945.

Se considera el cargo.

Para llegar a la conclusión de que el actor era empleado de dirección y supervigilancia, el Tribunal de Cartagena analizó distintas declaraciones de testigos y no solamente la del señor Ludyan que cita el recurrente. Para que el cargo fuera preciso y claro y diese lugar a su análisis, ha debido formularse señalando precisamente las pruebas, en este caso, las declaraciones de cuáles testigos, que en concepto del recurrente se estimaron equivocadamente por el fallador. El artículo 520, causal 1ª del Código Judicial, dice que cuando se alega violación de ley sustantiva por error en la apreciación o por falta de estimación de una prueba, ésta debe ser determinada, es decir, individualizada, para que la labor de confrontación del Tribunal de casación se facilite y porque las acusaciones en este recurso deben ser todo lo precisas que sea posible.

En el presente caso el recurrente no determina la prueba de testigos que estimó mal apreciada, por cualquiera de las formas que ha podido hacerlo, sino que habló en general de los testigos y sólo singularizó la declaración del señor Ludyan, que no es la única que sirve de base al fallo recurrido. Y el Tribunal de casación no es de tercera instancia, ni este recurso extraordinario es un tercer grado para que pueda aquí de oficio entrar a considerarse todo el haz probatorio, toda la prueba testimonial del expediente, como lo hicieron los falladores de las instancias, de modo que este error de técnica impide a la corporación considerar el cargo.

SEGUNDO CARGO

Dice el recurrente que el Tribunal al hacer el razonamiento que lo condujo a absolver al demandado de pagar al actor los domingos dobles, no le dio el valor de plena prueba que tenía al contrato de trabajo existente entre las partes en cuanto el demandante sólo estaba comprometido a trabajar 48 horas semanales, de lunes a sábado, por veinte pesos (\$ 20.00) a la semana, o apreció erróneamente tal prueba. Y este error llevó al Tribunal a violar los artículos 593, 597 y 606 del Código Judicial y, en consecuencia, los artículos 1º, 2º y 5º de la Ley 57 de 1926, 1º de la Ley 72 de 1931, 15 de la Ley 10 de 1934, 2º y 10 del Decreto 895 de 1934, 3º y 7º de la Ley 6ª de 1945, en cuanto estas disposiciones consagran la semana laboral de seis días, de ocho horas de trabajo y excluyen de ella el domingo, disponen que las horas excedentes de ocho al día deben ser sobrerremuneradas como suplementarias y establecen la remuneración doble del domingo trabajado.

Se estudia el cargo.

Como es fácil observar, el cargo acusa el fallo recurrido de interpretación errónea o de falta de apreciación de una prueba que es el contrato de trabajo existente entre las partes. No dice el recurrente en qué consiste esa prueba del contrato, pero naturalmente se entiende que es un documento privado. Mas no lo indica o señala. Tampoco el Tribunal Supremo ha encontrado en los autos esa prueba especial o documento privado en que conste ese convenio, para estudiar el cargo. Pero si no existiese y el contrato se dedujese de prueba testimonial, la acusación ha debido decirlo y atacar concretamente por error en la apreciación de esa prueba, indicando por sus nombres los testigos y exponiendo las razones por las cuales esa estimación fue equivocada o dejó de apreciarse la prueba determinada de que se trate. No lo hizo así el cargo, porque no indica el docu-

mento o prubea escrita del contrato que dice fue dejado de apreciar o estimado equivocadamente por el fallo acusado, ni tampoco expresó si constaba de simples testimonios, ni en este último caso los individualizó, ni mencionó siquiera. Por lo tanto que no haya modo de estudiar el cargo, pues se dijo y lo ha expuesto numerosas veces la corporación, que éste recurso no es una tercera instancia.

No habiendo más motivos de acusación, no podrá casarse el fallo recurrido.

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 que ha sido objeto del presente recurso.

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

CUESTIONES PREVIAS EN CASACION. CLAUSULA DE NO CONCURRENCIA, COMPETENCIA DESLEAL, INTERDICCION DE COMPETENCIA O EXCLUSION DE COMPETENCIA. DOCTRINA Y LEGISLACIONES EXTRANJERAS SOBRE EL PARTICULAR. LEGISLACION COLOMBIANA AL RESPECTO. TRANSACCION.

Reiteradamente ha dicho el Tribunal Supremo que el recurso de casación por no ser una tercera instancia no admite el estudio de cuestiones jurídicas o de hecho previamente, sino que todos los problemas que deben someterse a su estudio, deben plantearse dentro de los respectivos cargos o motivos de acusación, siguiendo la técnica especial de tal medio de impugnación.

Con los nombres de CLAUSULA DE NO CONCURRENCIA, COMPETENCIA DESLEAL, INTERDICCION DE COMPETENCIA o EXCLUSION DE COMPETENCIA, se conoce en la doctrina, aquella estipulación de un contrato de trabajo, según la cual el trabajador se obliga a no trabajar con los competidores de su patrón, después de terminado su contrato, por un tiempo determinado.

No hay uniformidad en la doctrina ni en las legislaciones extranjeras acerca de la validez o nulidad de esa cláusula. Así, para de la Cueva, la cláusula es ilícita a la luz del principio constitucional mexicano de la libertad de trabajo, pues si en la ley no se impuso restricción a esa libertad, no puede el intérprete hacerlo. Ramírez Gronda la considera nula en la Argentina, por cuanto estima que no existe expresamente en la legislación de su país una limitación semejante de la libertad de trabajo. También otros tratadistas argentinos, los señores García Martínez sostienen que una cláusula como la que se considera es incompatible con la libertad de trabajo, por lo cual sólo por excepción y en circunstancias extraordinarias puede recibir la protección judicial; y agre-

gan que debe tener un límite de duración porque la libertad de trabajo debe prevalecer sobre la libertad contractual.

Barassi y otros autores italianos antes de que la cláusula fuese aceptada por la legislación de su patria, consideraron lícita esa estipulación, siempre que la limitación de trabajo que se estableciese no fuese perpetua o a larguísimo plazo, sino circunscrita a uno limitado. De Litala explica que la doctrina predominante en Italia, antes de legislarse sobre el particular, era la de que la nulidad de la cláusula de exclusión de competencia se pudiera apreciar sólo cuando la prohibición afectase de un modo directo y casi total el derecho del prestador de servicios al trabajo. García Oviedo la acepta porque en España está reconocida por legislación expresa sobre el particular. Para Krotoschin es válida sólo cuando se trata de trabajadores mayores de edad, y cuando se refiere a los expertos o especializados dice que no puede pactarse en forma gratuita sino reconociendo una indemnización por el empleador que con esa cláusula se beneficia. El monto de esa indemnización habrá de fijarse por ambas partes y de común acuerdo.

La Ley belga de 1922 prohíbe la cláusula para los empleados. El Código suizo de las obligaciones la permite, pero limitada a un tiempo y a un radio de acción determinados. La legislación alemana consagra disposiciones semejantes a las de Suiza, fija un límite de dos años y estipula una indemnización que no ha de ser menor que la mitad del salario anual últimamente recibido, por cada año de prohibición. La ley española de contrato de trabajo, de 1944, prohíbe esa concurrencia hasta por dos años para los obreros y cuatro para los empleados técnicos. A falta de acuerdo entre las partes sobre indemnización, decide el Magistrado del trabajo. El nuevo Código Civil italiano fija un plazo máximo de cinco años para los empleados directores y de tres para los demás trabajadores.

Entre nosotros, el problema debe resolverse a la luz de nuestra Constitución, a falta de norma legal expresa sobre la materia. Reconociendo nuestra Carta fundamental la libertad de trabajo y estableciendo ella misma también que el trabajo

es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado, es lógico concluir que toda estipulación que limite esa libertad y ese derecho a trabajar va contra esos claros principios constitucionales, afecta notoriamente al trabajador porque le prohíbe ganarse la vida con su actividad, profesión u oficio, y es, por consiguiente, nula, de nulidad absoluta, porque tiene objeto ilícito al contravenir al Derecho Público de la Nación.

No da, pues, derecho esa cláusula al trabajador a cobrar suma alguna por salarios, ni ninguna otra en general, llámese indemnización o de cualquier otro modo, porque siendo absolutamente nula no procura ella acción ni excepción, por su cumplimiento o para exigirlo.

Por razón de la cláusula de que se habla no se deriva la obligación de pagar salario, porque éste sólo se debe como contraprestación al trabajo y no al no trabajo o a la prohibición de trabajar. Ya se dejó visto cómo algunas legislaciones extranjeras y tratadistas que reconocen la validez de esa cláusula de competencia desleal, hablan de la fijación de "una indemnización" por el compromiso que adquiere el trabajador, más no de salario, porque este concepto jurídico no corresponde al sentido y finalidad de dicha estipulación. Sólo Krotoschin dice, que esa indemnización tiene el carácter de salario diferido, pero el Tribunal Supremo no encuentra aceptable la tesis porque son de naturaleza muy distinta la indemnización por no trabajo y el salario debido precisamente por el trabajo. Aquella es más bien una indemnización de perjuicios, como su nombre en esas legislaciones y tratadistas lo indican, y éste es la remuneración que se paga por trabajar. Tiene, pues, objeto y fines diversos y por consiguiente, naturaleza distinta. Esa cláusula de no concurrencia no origina el pago de salario, como tampoco da lugar a la indemnización, por las razones anotadas.

Es evidente que la intención de las partes al suscribir ambos documentos fue la de transigir las diferencias que por razón del contrato de trabajo existente entre ellas habían surgido. Los términos claros que emplean, la manifestación expresa de su ánimo de transigir, la intención de hacerlo cuando dicen cuál es el objeto que las

mueve a firmar esos instrumentos, la propia reiteración de esa voluntad hecha en dos documentos distintos, están diciendo en forma indubitable que celebraron una transacción de todas sus diferencias. Mal podía venir, por consiguiente, un litigio entre ellas por razón de esos asuntos, después de haber dicho ambas que el arreglo que pactaron y suscribieron en dos ocasiones tenía por objeto "evitar cualquier duda, diferencia o litigio futuro sobre estos particulares y precaverse recíprocamente de ese evento". Es decir, cuando tan explícitamente habían manifestado su ánimo de transigirlas.

Y como una de las peticiones formuladas en el litigio que se estudia versa acerca del pago de una suma de dinero por concepto de cesantía, que fue la principal prestación incluida en el acuerdo o transacción celebrada entre las partes, y como el fallo recurrido condena a la sociedad demandada a pagar una cantidad por tal motivo, deberá casarse en ese punto dicha providencia.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO (Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla).

Bogotá, junio primero de mil novecientos cuarenta y ocho.

Gastón Avenel demandó por medio de apoderado a "E. Gutiérrez Vega y Cía", de esta ciudad, ante el Juez del Circuito en lo Civil de Bogotá, para que por los trámites de un juicio breve y sumario, se declare lo siguiente:

1º Que la sociedad demandada le debe al actor la cantidad de tres mil novecientos noventa y tres pesos con veintinueve centavos (\$ 3.993.21), por concepto de auxilio de cesantía;

2º Que también debe pagarle cuatro mil noventa y ocho pesos con trece centavos (\$ 4.98.13) valor correspondiente a un año de salarios sobre la base del último sueldo devengado, por habersele impedido trabajar por parte de la empresa demandada, según documento que acompaña;

3º Que asimismo debe pagarle quinientos once pesos con dos centavos (\$ 511.02), valor correspondiente al auxilio de cesantía y a las vacaciones a que tiene derecho durante el tiempo que la empresa demandada le ha impedido trabajar, según documento que acompaña, o sea durante el lapso comprendido del 6 de junio de 1945 al 7 de junio de 1946;

4º Que debe pagarle igualmente la totalidad de los salarios perdidos no sólo hasta el 7 de junio de 1946, sino hasta cuando le sea cubierto el valor de sus prestaciones sociales, según disposiciones vigentes; y

5º Que en caso de oposición se le condene en costas.

Como hechos narró los que se resumen así:

El 20 de septiembre de 1928 fue contratado en la ciudad de París para trabajar en la empresa demandada en calidad de técnico en el ramo de platería, con la obligación de dirigir e instruir a los obreros de la sociedad. Poco después de venir al país le fue aumentado el sueldo hasta llegar en los últimos años al promedio de trescientos cuarenta pesos con sesenta y ocho centavos (\$ 340.68) mensuales. El 6 de junio de 1945, es decir, 16 años, 7 meses y 11 días después de haber iniciado su contrato de trabajo, que principió el 25 de octubre de 1928, solicitó a la empresa que se le liquidaran sus prestaciones sociales. La Compañía efectuó la liquidación, le hizo creer al actor que sólo le correspondía la suma de mil ochocientos cincuenta y seis pesos con cuarenta centavos (\$ 1,856.40), y éste recibió esa cantidad urgido por sus necesidades y por presión que ejerció sobre él el representante de la sociedad. Al obligársele a recibir esa suma inferior a la que le correspondía, la empresa hizo que el actor adquiriese el compromiso de no trabajar ni asesorar a empresa alguna durante un año, comprendido del 6 de junio de 1945 al 7 de junio de 1946. El señor Avenel ha cumplido ese compromiso, por lo cual la empresa le debe la totalidad de los salarios perdidos durante ese año. Por lo mismo, le debe cesantía y vacaciones por igual lapso.

La empresa contestó la demanda, por medio de su apoderado, en la primera audiencia, en la siguiente forma:

Se opuso a que fueran hechas las declaraciones solicitadas. Y respecto de los hechos dijo lo siguiente: que el señor Avenel fue contratado por la sociedad demandada en los términos que expresa el documento fechado en París en septiembre de 1928. Que no era cierto que hubiera devengado, en promedio, ni nunca, la suma de \$ 340.68 mensualmente. Que en junio de 1945 el actor abandonó su oficio. Que el 14 de junio siguiente hizo saber a la compañía que designaba al doctor Manuel Castellanos P. como su apoderado para obtener la liquidación y pago de las prestaciones sociales que le correspondieran. Que no es cierto que la empresa hubiera hecho la liquidación de que trata el demandante, ni nada que no hubiese sido legal se le hizo creer, pues estaba aconsejado por un especialista en Derecho Social, ni estaba urgido en manera alguna, ni la empresa

le hizo presión. Que tampoco obligó la sociedad al señor Avenel a recibir cantidad alguna. Y que la cláusula que lo obligó a no trabajar durante un año es lícita y usual. Finalmente, propuso las excepciones de transacción y pago.

El Juez 7º del Circuito en lo Civil, a quien le correspondió el conocimiento, dictó su fallo declarando probada la excepción de pago propuesta por la sociedad demandada, en cuanto a la cesantía, la absolvió de los demás cargos de la demanda y condenó en costas al actor.

Apelada esa sentencia por el apoderado del demandante y concedido el recurso, el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, que conoció de él, lo decidió en su fallo de fecha 2 de mayo del año pasado, por medio del cual revocó el reconocimiento que el inferior había hecho de la excepción de pago y, en su lugar, condenó a la compañía demandada a pagarle al actor la suma de dos mil seiscientos veintinueve pesos con veintiséis centavos (\$ 2.629.26), como saldo restante de su cesantía, pues declaró probada la excepción de pago parcial de esa prestación. Al mismo tiempo rechazó por inadmisibles la excepción de transacción, confirmó el fallo recurrido en cuanto absolvió a la empresa de las demás peticiones de la demanda y revocó la condenación en costas que hizo el Juez contra el demandante. A su turno, no hizo condenación en costas en la segunda instancia.

Y contra dicha sentencia interpusieron ambas partes el recurso de casación, que fue concedido, admitido y fundado. Después de la prolongada tramitación de este recurso doble, de acuerdo con las normas procesales civiles que se aplican por analogía, es llegado el momento de decidirlo.

EL RECURSO DEL DEMANDANTE

Inicia su demanda con un capítulo que intitula "Competencia", en el que previamente desea determinar lo relativo a la que tiene esta corporación para conocer de una de las peticiones del señor Avenel, sobre pago de salarios. Ya ha dicho este Tribunal en otras ocasiones que el recurso extraordinario de casación por no ser una tercera instancia no admite el estudio de cuestiones jurídicas o de hecho que presente el recurrente, sino que todos los problemas que deben someterse a su estudio deben plantearse dentro de los respectivos cargos o motivos de acusación, siguiendo la técnica especial de tal medio de impugnación. Por consiguiente, no es del caso entrar a estudiar ese asunto preliminar por no venir propuesto en la forma legal.

A continuación y bajo el título de "justificada extrañeza" manifiesta a la corporación la que le ha producido el recibo extemporáneo de un alegato y unas pruebas adicionales de su contraparte, en la segunda instancia, y llama la atención de este Tribunal acerca de ese hecho. Pero tampoco aquí se trata de acusación formal y legal contra el fallo recurrido, por cualquiera de las causales de casación, de modo que nada puede considerar al respecto la entidad.

Luégo de hacer un resumen de los hechos controvertidos, expresa que funda el recurso en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, por estimar que la sentencia del Tribunal Seccional es violatoria de la ley sustantiva por aplicación indebida e interpretación errónea. Y agrega que entre las disposiciones sustantivas que estima violadas invoca la ley 6ª de 1945 y su Decreto reglamentario 2127 del mismo año, en concordancia con los artículos 1501, 1618 y siguientes y 2045 del C. C., sin perjuicio de las demás normas legales a que pueda aludir en el curso de su exposición.

Antes de entrar a sustentar el cargo, aclara que la acusación la circunscribe a la petición segunda de la demanda inicial del litigio, pues consiente el fallo recurrido en cuanto absolvió a la sociedad demandada de las súplicas segunda, tercera y cuarta de dicho libelo.

Esa petición segunda del libelo que dio origen al litigio, dice así:

"Que la sociedad "E. Gutiérrez Vega y Cía." debe pagar a mi poderdante la suma de cuatro mil noventa y ocho pesos con trece centavos (\$ 4.098.13), valor correspondiente a un año de salarios sobre la base del último sueldo devengado por habérsele impedido trabajar por parte de la empresa demandada, según documento que se acompaña."

El recurrente transcribe algunos párrafos de la sentencia acusada, en los cuales el Tribunal Seccional sostiene que "de acuerdo con nuestra legislación positiva vigente en la materia relativa al contrato de trabajo, no existe norma alguna expresa que prohíba al trabajador obligarse contractualmente a no trabajar, durante determinado tiempo, y en su mismo oficio o profesión, después que cesa en su relación de trabajo". Y luégo subraya éste otro aparte del fallo recurrido, que es la conclusión de un estudio que allí se hace acerca de los artículos 17 y 39 de la Constitución Nacional: "Con lo cual se destaca, en el ánimo del constituyente la consideración del interés público o social como prevalente sobre el interés particular, y por ende la limitación de la autonomía de la voluntad del trabajador para pactar el sacrificio de su capacidad de trabajo; aun por determinado tiempo, sin recibir la adecuada compensación que demanda su interés individual en armonía con el interés social".

No obstante esos conceptos, el recurrente ataca la decisión del fallador de instancia por haberse negado a reconocerle al actor los salarios que demanda, basado el Tribunal en que no existe una regulación legal positiva que permita al trabajador comprometerse para con el patrono a no trabajar por cuenta propia, o al servicio de otra empresa, durante algún tiempo después de roto el vínculo de trabajo, en su misma profesión u oficio.

El recurrente, después de transcribir el artículo del Código Civil, que él dice ser el 163, y según el cual los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que amanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenecen a ella, termina esta parte de la sustentación del cargo así: "Y de todos es sabido que la remuneración, esto es, el salario, es una de las cosas que hacen parte de la naturaleza del contrato de trabajo, ya que no se concebiría un asalariado sin salario".

En seguida, la extensa demanda de casación continúa sustentando este único cargo que formula, planteando otro aspecto del mismo asunto bajo el subtítulo de "Segunda cuestión: licitud de la cláusula de París".

En este aparte sostiene el recurrente que la cláusula en virtud de la cual su representado se impuso la obligación de no trabajar durante un año, ni siquiera dando consejos, en una empresa similar a la de E. Gutiérrez Vega y Cía. una vez vencido el término del contrato, es lícita y válida, y continúa diciendo que conforme al artículo 1501 del Código Civil son de la naturaleza de un contrato las cosas que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial, por lo cual, según al tratadista chileno Alessandri que cita, "las cosas de la naturaleza no es menester estipularlas, se entienden incorporadas por disposición de la ley, sin cláusulas especiales". Y concluye el recurrente que otro tanto ocurre en el contrato de trabajo con el salario que viene a ser de la naturaleza de dicho convenio y se entiende pertenecerle aunque las partes no lo hagan constar expresamente. En apoyo de esa tesis cita los artículos 2045 del Código Civil, que daba la noción del contrato de arrendamiento de criados domésticos, 12 de la Ley 10 de 1934, sobre contrato de trabajo con empleados particulares, 1º del Decreto 652 de 1935, 1º de la Ley 6ª de 1945 y 1º y 2º del Decreto 2127 de este último año, en cuanto prevén como elementos de la naturaleza de todo contrato de trabajo la remuneración, esto es, el salario.

A continuación, bajo el subtítulo de "Tercera cuestión: abuso

del derecho", el cargo transcribe diversas consideraciones de conocidos expositores de derecho civil acerca de dicha teoría, para concluir que en el caso del señor Avenel es evidente que la sociedad E. Gutiérrez Vega y Cía. por lo menos abusó de su derecho de contratar al imponerle a aquél la obligación de no trabajar, una vez vencido el contrato, durante un año, en otra empresa competidora. Pero en este aparte no menciona como infringida ninguna disposición legal.

Por último, plantea como "Cuarta cuestión" la que sintetiza bajo este epígrafe: "La Cláusula de París es ilícita". Bajo el supuesto que así enuncia, razona el recurrente diciendo que a pesar de que fuese ilícita esa cláusula de no trabajar durante un año después de terminado su contrato de trabajo, como el señor Avenel la cumplió, surge para él el derecho de cobrar la contraprestación correspondiente. Tampoco menciona ninguna disposición legal como violada, al sustentar esta tesis.

Se estudia el cargo.

Lo primero que se observa es que el recurrente no formuló técnicamente una demanda de casación, sino que su escrito es más bien un alegato de instancia. Reiteradamente ha dicho la corporación, con base en los artículos 520 y 531 del Código Judicial cómo se propone una demanda de dicha naturaleza. Pero no puede aceptarse que se indique como violado todo un código o una ley o un decreto, sino que de acuerdo con el segundo de dichos artículos debe citarse el texto legal que el recurrente estime infringido, es decir, la respectiva disposición, individualizada claramente, más no todo un estatuto legal. Por ejemplo, al iniciar la exposición de su cargo, dice que estima violados la Ley 6ª de 1945 y su Decreto reglamentario número 2127 del mismo año, lo que es inadmisibles dentro de la técnica de este recurso, por la razón anotada.

Pero el cargo cita como infringidas, concretamente, unas disposiciones legales, del Código Civil y de la legislación del trabajo, que habrán de obrar con amplitud a la corporación en el análisis de este motivo de casación, pues, además, se trata de dilucidar un problema jurídico de capital importancia en nuestro derecho, cual es el de saber si es lícita o válida o no la cláusula sobre competencia desleal en los contratos de trabajo y no desea la entidad que se piense que por el error de técnica de la demanda de casación va a esquivar su estudio.

Es de advertir que sólo en la exposición de las dos primeras "cuestiones", como el recurrente llama a los diversos aspectos que trata en su cargo, cita algunas disposiciones legales, pues en las dos

últimas no menciona ninguna. Por consiguiente, a las dos primeras limitará su estudio el Tribunal Supremo, toda vez que la tercera y la cuarta son verdaderas alegaciones de instancia.

En esos dos primeros apartes, el recurrente sostiene una misma tesis, como es la de que el salario es uno de los elementos de la naturaleza del contrato de trabajo, por lo cual se entiende estipulado aunque las partes no lo hayan hecho constar expresamente. Por lo tanto, dice que su representado tiene derecho a los salarios que corresponden al año que dejó de trabajar, según obligación que se estipuló en el contrato de trabajo. Y que como no lo declaró así el sentenciador de segunda instancia, violó las disposiciones legales que se dejaron citadas atrás.

Para que el cargo hubiese sido completo, ha debido acusar el fallo recurrido por error en la apreciación de la cláusula respectiva del contrato de trabajo. Pero como la corporación desea obrar con amplitud, estudiará las razones expuestas, en cuanto vienen formuladas en la forma más semejante a una demanda de casación.

La cláusula que motiva todo el presente cargo, incorporada en el contrato de trabajo escrito celebrado entre las partes en París en septiembre de 1928, dice así: "Después de la expiración del presente contrato o de toda prórroga del mismo, el señor Gaston Avenel se obliga formalmente a no trabajar y a no dar consejos directa o indirectamente, a una industria colombiana o extranjera similar a la de lo señores E. Gutiérrez Vega y Co. en Colombia y esto durante un plazo de un año".

Como puede observarse, no se estipuló allí una remuneración especial a cambio de esa obligación del trabajador, o una indemnización por las limitaciones a su libertad de trabajo que de allí le resultaba.

El señor Avenel ejercitó la acción de pago de salario por el año en que dejó de trabajar según esa cláusula, con base en el último sueldo devengado, pero el Tribunal de Bogotá principio estimándola como una acción de indemnización de perjuicios, aunque al final la consideró en su verdadero alcance o naturaleza, es decir, como una acción para el pago de salarios.

El Tribunal Seccional estima que dicha estipulación contractual es nula, de nulidad absoluta, por tener un objeto ilícito en cuanto es contraria al Derecho Público de la Nación, que garantiza la libertad de trabajo, lo erige en obligación social y protege el trabajo subordinado. Y después concluye que no puede prosperar esa súplica por salarios dejados de devengar por el actor durante el año en que no

trabajó, porque el salario es la contraprestación de un trabajo, y sólo puede reclamarse cuando evidentemente se ha prestado el servicio.

Planteado en esa forma el problema, para resolver el Tribunal considera:

LIBERTAD DE TRABAJO

Nuestra Constitución Nacional reconoce la libertad de trabajo, al estatuir en su artículo 38 que toda persona es libre de escoger profesión u oficio. Histórica y filosóficamente esta libertad surgió como reacción contra el sistema de monopolio de las corporaciones reinante en la Edad Media. Las Cartas fundamentales de los Estados del siglo XIX consagraron principios similares sobre reconocimiento del nuevo régimen de libertad de trabajo. La de Colombia no escapó a esa poderosa corriente doctrinaria que hoy domina aún en nuestro sistema económico. En verdad, el régimen capitalista que surgió de la libertad económica conserva sus lineamientos generales, pues poco lo modifican los nuevos postulados que tienden a implantar la orientación social del Estado. Así, por ejemplo, la reforma constitucional de 1936 elevó a canon fundamental el principio de que el trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado. Pero el nuevo precepto no fue hasta derogar el antiguo sobre libertad de trabajar. Este, de clara ascendencia y sentido individualista, garantiza a cada cual el derecho a trabajar en la forma que le plazca. Aquél, de nítido origen y tendencia socialista, impone como una obligación estatal, la protección del trabajo humano y éste como una función social. Naturalmente que es posible hallar una armonía entre las dos normas, que a simple vista se excluyen, pues si es un deber del individuo para con la comunidad no permanecer ocioso, queda sin embargo reconocido su libre albedrío para hallar la manera más adecuada, según sus deseos, aptitudes o conocimientos, para desarrollar su actividad.

Es notoria en la reforma constitucional colombiana de 1936, que introdujo en la Carta el artículo 40 citado, la influencia de la Constitución de la República española de 1931, pues el artículo 46 de esta última principia diciendo: "El trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social, y gozará de la protección de las leyes", que a su vez tuvo origen en el artículo 157 de la Constitución alemana de Weimar que consagró un principio semejante, cuando dijo: "El trabajo está colocado bajo la protección particular del Estado. El Estado creará un derecho unitario de trabajo".

Este precepto sobre la obligatoriedad del trabajo se encuentra también en el Fuero del Trabajo español, que viene a constituir una norma de orden constitucional, dada la organización actual de esa nación, pues allí se dice sobre el particular lo siguiente: "El trabajo, como deber social, será exigido inexcusablemente, en cualquiera de sus formas a todos los españoles no impedidos, estimándolo tributo obligado al patrimonio nacional". Que es lo que viene a consagrar sustancialmente nuestra Constitución en su artículo 40 citado y que complementa el artículo 19 de la misma cuando establece que la asistencia pública sólo se prestará a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitados para trabajar.

El mismo artículo 40 que se analiza, establece, además, que el trabajo gozará de la especial protección del Estado. Y el 32. dice que el Estado puede intervenir por mandato de la ley en la explotación de las industrias con el fin, entre otras cosas, de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho. Aquel principio ha venido cumpliéndose en el país, en cuanto a la protección al trabajo, aún antes de su incorporación en la Carta, pues toda la legislación social ha tenido esa noble y elevada finalidad. El segundo, sobre intervención del Estado en las industrias para proteger al trabajador, no se ha cumplido en forma directa, pero también puede decirse que la legislación social existente ha sido una manera de darle vida, de cumplir su finalidad. Por lo menos el espíritu de las leyes sobre, el trabajo humano que rigen en Colombia ha sido el de protegerlo, el de darle al trabajador esa protección. De allí que algunos autorizados constitucionalistas nuestros, hayan considerado innecesarios estos principios, en la Carta, porque desde antes de su adopción ya el trabajo había principiado a recibir la protección del Estado. Pero no es posible compartir completamente un concepto semejante, porque si la Constitución Nacional contiene el reconocimiento y la garantía de los derechos fundamentales del individuo y de la sociedad, es lógico que al lado de los principios que protegen la propiedad privada y las libertades de palabra, de reunión y de asociación por ejemplo, también se incorpore con el carácter de constitucional el que **versa acerca de uno de los más fundamentales y nobles de los deberes y derechos humanos.**

Es cierto que no debe confundirse el trabajo como deber impuesto al hombre para su propia conservación y que engendra, por lo tanto, el derecho de trabajar, con el trabajo como deber social que impone a las personas la obligación de ejercitar sus actividades en

bien de la comunidad, para lograr el mejor desarrollo de la economía de la nación, su prosperidad y su grandeza. Aquél constituye un deber individual, personal, porque es necesario para sustentar la vida y éste es un deber social, frente a la comunidad y al Estado, porque a cada asociado no puede serle indiferente el progreso de su patria.

De acuerdo con la libertad de trabajo y con el deber social que implica, y que son normas directivas de nuestra nacionalidad por estar consagradas en los artículos 38 y 40 de la actual Codificación Constitucional, la legislación del país ha obrado en consecuencia y así se observa de varios preceptos reguladores de esa libertad de trabajo, tanto en materia social como penal.

El artículo 9º del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª del mismo año en cuanto a contrato individual de trabajo, dispone lo siguiente: "Nadie podrá impedir el trabajo a los demás, ni que se dediquen a la profesión, industria o comercio que les plazca, siendo lícito su ejercicio sino mediante resolución de las autoridades competentes, encaminadas a tutelar los derechos de terceros o los de la sociedad". Y el artículo siguiente, o sea el 10, expresa en qué casos se violan los derechos de terceros y los de la sociedad, cuando dice: "Se violan los derechos de terceros, cuando se trata de sustituir definitivamente a un trabajador cuyo contrato esté solamente suspendido, y no extinguido, conforme a la ley, o que se haya separado temporalmente de sus labores por causa de enfermedad, de vacaciones, de fuerza mayor o con permiso, o cuando, al regresar al trabajo en esos casos, se le niega o dilata su restablecimiento en el mismo puesto. Se violan los derechos de la sociedad cuando se trata de sustituir o se sustituye a un trabajador amparado por el fuero sindical, sin la debida autorización de la justicia del trabajo, o cuando, declarada o mantenida una huelga con sujeción a las normas de la ley, se trata de sustituir o se sustituye a los huelguistas en las labores suspendidas, mientras no se resuelva el conflicto, salvo en aquellas dependencias cuyo funcionamiento sea indispensable, a juicio del gobierno, para evitar graves perjuicios a la seguridad y conservación de los talleres y elementos básicos. Esta enumeración no es exhaustiva".

Estos dos preceptos son transcripción sustancial de los artículos 6, 7 y 8 de la Ley Federal del Trabajo de México, que a su vez son desarrollo de los principios sobre libertad de trabajo que consagran los artículos 4º y 5º de la Constitución de ese país:

Y el artículo 308 del Código Penal colombiano preceptúa sobre el particular lo siguiente: "El que fuera de los casos autorizados

por la ley, impidiere a otro el ejercicio de su industria, comercio u oficio, o le fuerce a ejercerlos, o le impida abrir o cerrar establecimiento u oficina de trabajo o negocio, o trabajar o dejar de trabajar en determinados días, incurrirá en arresto de tres meses a un año y en multa de diez a quinientos pésos. En la misma sanción incurrirá el que por medio de amenazas o violencias o por medio de maniobras fraudulentas, logre el retiro de los operarios o trabajadores de los establecimientos en que estuvieren colocados o por tal motivo sobreviniere la suspensión o cesación del trabajo en ellos”.

En la forma expresada queda reconocida y garantizada la libertad de trabajo y quien la coarte fuera de los casos que la misma ley autoriza, incurre en delito claramente definido y sancionado.

CLAUSULA DE NO CONCURRENCIA O DE INTERDICCION DE COMPETENCIA. DEBER DE FIDELIDAD.

Esclarecido lo anterior, el Tribunal procede a estudiar si es válida o lícita en Colombia la estipulación que en la doctrina del Derecho del Trabajo se conoce con los nombres de cláusula de “no concurrencia”, de “interdicción de competencia”, de “exclusión de competencia” o “sobre competencia desleal”.

Se denomina de esos diversos modos a la estipulación pactada en un contrato de trabajo por virtud de la cual el trabajador se obliga a no trabajar con los competidores de su patrón, una vez terminado el contrato, por un tiempo determinado.

Se ha encontrado conexión entre esta cláusula y la llamada “obligación o deber de fidelidad” del trabajador hacia el patrón, que va implícita en todo contrato de trabajo.

Para ordenar la exposición al respecto, se estudiarán por separado esa obligación y esa cláusula, pues se ha considerado a ésta como una manifestación destacada de aquélla.

A) DEBER DE FIDELIDAD.

Es un principio jurídico fundamental el de que todos los contratos deben ejecutarse de buena fe. El contrato de trabajo no escapa a este postulado sino que lo comprende de modo esencial porque está informado ese convenio o relación de trabajo de un espíritu de colaboración y de confianza que lleva consigo “todo un conjunto de deberes recíprocos”, como claramente lo expone un tratadista sobre

la materia. ("Instituciones del Derecho del Trabajo". Krotoschin, página 331).

Entre este grupo de deberes y mirando los que corresponden al trabajador que son los que aquí interesan, se destaca el que la doctrina distingue con el nombre de "deber u obligación de fidelidad". De acuerdo con él, no puede el trabajador aceptar propinas o regalos de terceros, que constituyan un soborno para hacerle transgredir sus obligaciones; debe guardar los secretos industriales de su patrón y no le es dable hacerle competencia en ninguna forma. Así lo estatuye la doctrina y lo consagran distintas legislaciones. En cuanto hace a Colombia, el artículo 28 del Decreto 2127 de 1945 establece como obligaciones especiales del trabajador, entre otras, las de guardar escrupulosamente los secretos profesionales, comerciales, técnicos o administrativos de su patrón y cumplir fielmente las disposiciones del reglamento de trabajo. Y el artículo 48 del mismo Decreto sanciona el incumplimiento de esos deberes instituyéndolo como justa causa para que el patrón pueda dar por terminado el contrato de trabajo, unilateralmente y sin previo aviso.

Pero esto que es indudable cuando el contrato de trabajo está en vigencia, ofrece algunas dudas cuando ese convenio ha dejado de existir. Algunos tratadistas de Derecho del Trabajo y también legislaciones extranjeras aceptan que el deber de mantener los secretos relativos a los negocios del patrón rige no sólo durante la vigencia del contrato sino aun después de extinguido. Y dan como razón aquéllos la de que en este último caso podría el trabajador utilizar esos secretos para su provecho personal, haciéndole competencia desleal a su antiguo patrón. Es decir, que en ese caso el deber de fidelidad se prolonga hasta después de la terminación del contrato. Naturalmente que ambos pueden pactar esa libertad de competencia, que se presume cuando el patrón conoce las actividades del trabajador. Sobre el particular son explícitos García Oviedo, Gaeste Berríos, Planiol y Ripert, aunque no hablan de un término o plazo durante el cual exista esa obligación, una vez extinguido el contrato de trabajo, pues este deber es fundamentalmente ético, moral, de modo que rige permanentemente. No podría aceptarse que lo que por razones morales se estatuye tenga vigencia temporal o después de un tiempo determinado deje de tener ese fundamental sentido ético. Y hasta algunas legislaciones erigen en delito y sancionan plenamente la infracción de este deber. (Código Penal argentino, artículo 156 y Código Penal colombiano, artículos 280 y 307).

Es importante transcribir estos dos artículos de nuestra ley pe-

nal. El primero dice así: "El que revele noticias relativas a descubrimientos, invenciones científicas o aplicaciones industriales, que deban permanecer en secreto y que haya conocido por razón de su estado u oficio, arte o profesión, incurrirá, mediante petición de parte, en arresto de un mes a un año y en multa de cincuenta a mil pesos". Y el 307 dispone lo siguiente: "El que teniendo conocimiento, por razón de su profesión, arte u oficio, de un secreto, lo revele sin justa causa, incurrirá en arresto de tres meses a un año y suspensión para ejercer tal profesión, arte u oficio por el mismo tiempo."

Esto, pues, lo que se relaciona con el deber de fidelidad de los trabajadores. Corresponde estudiar a continuación la denominada cláusula de no concurrencia.

B) CLAUSULA DE NO CONCURRENCIA O DE COMPETENCIA DESLEAL.

Con estos nombres y con los de la cláusula de "interdicción de competencia" o de "exclusión de competencia" se conoce en la doctrina, según se dejó dicho atrás, aquella estipulación de un contrato de trabajo según la cual el trabajador se obliga a no trabajar con los competidores de su patrón, después de terminado su contrato, por un tiempo determinado.

Los diversos expositores de Derecho del Trabajo y las distintas legislaciones contemplan el problema de la validez de esta cláusula de maneras disímiles.

Para de la Cueva, por ejemplo, esa cláusula es ilícita a la luz del principio constitucional mexicano de la libertad de trabajo, pues si en la ley no se impuso restricción a esa libertad, no puede el intérprete hacerlo. Ramírez Gronda la considera nula en la Argentina, por cuanto estima que no existe expresamente en la legislación de su país una limitación semejante de la libertad de trabajo. También otros tratadistas argentinos, los señores García Martínez sostienen que una cláusula como la que se considera es incompatible con la libertad de trabajo, por lo cual sólo por excepción y en circunstancias extraordinarias puede recibir la protección judicial; y agregan que debe tener un límite de duración porque la libertad de trabajo debe prevalecer sobre la libertad contractual.

Por su parte, Barassi y otros autores italianos antes de que la cláusula fuese aceptada por la legislación de su patria, consideraron lícita esa estipulación, siempre que la limitación de trabajo que se estableciese no fuese perpetua o a larguísimo plazo, sino circuns-

crita a uno limitado. De Litala explica que la doctrina predominante en Italia, antes de legislarse sobre el particular, era la de que la nulidad de la cláusula de exclusión de competencia se pudiera apreciar sólo cuando la prohibición afectase de un modo directo y casi total el derecho del prestador de servicios al trabajo. García Oviedo la acepta porque en España está reconocida por legislación expresa sobre el particular. Para Krotoschin es válida sólo cuando se trata de trabajadores mayores de edad, y cuando se refiere a los expertos o especializados dice que no puede pactarse en forma gratuita sino reconociendo una indemnización por el empleador que con esa cláusula se beneficia. El monto de esa indemnización habrá de fijarse por ambas partes y de común acuerdo.

La ley belga de 1922 prohíbe la cláusula para los empleados. El Código suizo de las obligaciones la permite, pero limitada a un tiempo y a un radio de acción determinados. La legislación alemana consagra disposiciones semejantes a las de Suiza, fija un límite de dos años y estipula una indemnización que no ha de ser menor que la mitad del salario anual últimamente recibido, por cada año de prohibición. La ley española de contrato de trabajo, de 1944, prohíbe esa concurrencia hasta por dos años para los obreros y cuatro para los empleados técnicos. A falta de acuerdo entre las partes sobre indemnización, decide el Magistrado del trabajo. El nuevo Código Civil italiano fija un plazo máximo de cinco años para los empleados directores y de tres para los demás trabajadores.

Como puede observarse, no hay uniformidad en la doctrina ni en las legislaciones acerca de la validez o nulidad de dicha cláusula. Pero de todos modos, es obvio que el problema debe resolverse entre nosotros a la luz de nuestra Constitución, a falta de norma legal expresa sobre la materia.

Reconociendo nuestra Carta fundamental la libertad de trabajo y estableciendo ella misma también que el trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado, según se dejó analizado al principio de esta providencia, es lógico concluir que toda estipulación que limite esa libertad y ese derecho a trabajar va contra esos claros principios constitucionales, afecta notoriamente al trabajador porque le prohíbe ganarse la vida con su actividad, profesión u oficio, y es, por consiguiente, nula, de nulidad absoluta, porque tiene objeto ilícito al contravenir el Derecho Público de la Nación (artículos 1579 y 1741 del Código Civil).

De allí que esta corporación encuentre acertadas las consideraciones que sobre el particular formuló el Tribunal de Bogotá en la

sentencia recurrida, en el mismo sentido ya indicado, entre otras, la de que mientras no exista una norma legal expresa que permita al trabajador estipular una cláusula como la que se considera, ella es contraria al Derecho Público de la Nación.

Por consiguiente, no da derecho esa cláusula a cobrar la suma por salarios que demanda el recurrente, ni ninguna en general, llámese indemnización o de cualquier otro modo, porque siendo absolutamente nula no da ella acción ni excepción, por su cumplimiento o para exigirlo. Pero hay más todavía. El recurrente solicita el pago de salarios con base en la cláusula de su contrato de trabajo que le prohibió trabajar con los competidores de la sociedad opositora, durante el año siguiente a su terminación. Mas en ninguna parte del contrato, ni en la cláusula misma, se pactó el pago de suma alguna de dinero por razón de esa prohibición. Ni en calidad de indemnización de perjuicios, ni de salarios. Por otra parte, no es jurídica la argumentación del recurrente en el sentido de que por razón de esa cláusula se debe entender estipulada la consiguiente remuneración por ser ésta de la naturaleza del contrato de trabajo, que se debe aun sin estipulación expresa, pues bien sabido es que el salario es la contraprestación de la prestación trabajo, de modo que si no se trabaja no hay obligación de pagarlo. En tal virtud, por razón de la cláusula de que se habla no se deriva la obligación de pagar salario, porque éste sólo se debe como contraprestación al trabajo y no al no trabajo o a la prohibición de trabajar. Ya se dejó visto atrás, cómo algunas legislaciones extranjeras y tratadistas que reconocen la validez de esa cláusula de competencia desleal, hablan de la fijación de "una indemnización" por el compromiso que adquiere el trabajador, mas no de salario, porque este concepto jurídico no corresponde al sentido y finalidad de dicha estipulación. Sólo el autor Krotoschin dice que esa indemnización tiene el carácter de salario diferido, pero el Tribunal Supremo no encuentra aceptable la tesis porque son de naturaleza muy distinta la indemnización por no trabajo y el salario debido precisamente por el trabajo. Aquella es más bien una indemnización de perjuicios, como su nombre en esas legislaciones y tratadistas lo indican, y éste es la remuneración que se paga por trabajar. Tiene, pues, objeto y fines diversos y por consiguiente, naturaleza distinta. Se concluye, por lo tanto, que pidió equivocadamente el recurrente el pago de salarios por virtud de esa cláusula de no concurrencia, siendo así que no da lugar a ello, como tampoco a indemnización, por las razones que se dejaron expuestas.

Pero como pudiera decirse, aunque no se ha alegado, que en

Francia fue celebrado el contrato de trabajo del señor Avenel y que como en ese país se acepta la validez de la cláusula de no concurrencia, debe admitirse aquí también, es necesario tener en cuenta que el contrato se pactó para tener efecto en Colombia y aquí tuvo todo su desarrollo y cumplimiento, por lo cual debe aplicarse la ley colombiana y no la francesa, de acuerdo con el artículo 20 del Código Civil.

Por las razones anteriores no puede prosperar la demanda de casación del demandante.

EL RECURSO DE LA SOCIEDAD DEMANDADA

En una extensa demanda plantea ocho cargos. Se estudiará el séptimo, por estimarlo probado el Tribunal.

En él expone la tesis de que la transacción es válida en el Derecho del Trabajo, contra lo que opina el fallador de segunda instancia, por lo cual éste, en su fallo recurrido, violó los artículos 19 de la Ley 10 de 1934, por errónea interpretación, y de modo indirecto los artículos 769, 1602, 1603, 1624 número 3º y 2469 y siguientes del Código Civil.

El Tribunal de Bogotá al sostener en su fallo acusado que en el Derecho del Trabajo no es posible la transacción, incurrió en un evidente error jurídico, como ya ha tenido oportunidad de decirlo en otras providencias esta corporación. Entre otras, en la que decidió el recurso de casación en el juicio de Enrique Concha Venegas contra la Avianca, que infirmó el proferido por el mismo Tribunal Seccional. En la sentencia que aquí se acusa se transcriben párrafos de la infirmada en aquel recurso, para sustentar la aludida tesis, por lo cual también este Tribunal transcribirá los que sean pertinentes de su sentencia mencionada, para decidir el presente recurso. Dijo en esa oportunidad esta corporación:

“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 por 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 disposi-

ciones de orden público que hacen irrenunciabiles 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 renunciaciones 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 pretensión respectiva.

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. 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 los expositores.

“Hé aquí como se expresa el tratadista Eduardo Staforinni, 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, modificado, 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 aparecen 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 la elasticidad que la hace más aceptable al caso de que se trata, u 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, hacen la distinción conveniente, según el momento en que se opera 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 acto 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 establecido 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, hemos dicho, 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 expuestas, 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 sería posible entre patronos y trabajadores y todas las prestaciones sociales, aun 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.

“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.”

Y como las conclusiones en contrario del Tribunal de Bogotá incidieron en la parte resolutive de su sentencia acusada por cuanto allí dispuso rechazar por inadmisible la excepción de transacción, síguese de aquí que está probado el cargo de violación del artículo 2469 del C. Civil, citado por el recurrente, por estimar esta corporación

que es aplicable también en los litigios del trabajo, toda vez que define la transacción, que es un contrato admisible en este nuevo derecho y uno de los medios de extinguir las obligaciones en general.

Como consecuencia, deberá estudiarse esa excepción.

Ella se funda en los documentos de fs. 2 y 19 del cuaderno principal, que textualmente dicen:

"Bogotá, 14 de junio de 1945.

"Señores

"E. Gutiérrez Vega y Co.

"Ciudad.

"Muy apreciados señores amigos:

"Por medio de la presente me permito manifestarles que he nombrado al abogado doctor Manuel Castellanos P. para que dentro de las normas de la más estricta legalidad arregle, liquide y obtenga el valor de las prestaciones sociales que me corresponden por razón de los servicios que a ustedes presté. El doctor Castellanos queda ampliamente facultado por mí para gestionar todo lo relativo a la liquidación y pago de las prestaciones en mención.

"Soy de ustedes muy atento servidor y amigo.

"(Firmado) Gastón Avenel.

"Junio 26-45. En esta fecha hacemos constar que hemos transigido las diferencias relativas a las prestaciones que, por razón de la extinción de un contrato de trabajo, deben E. Gutiérrez Vega & Co. al señor Gastón Avenel en la cantidad de DOS MIL OCHOCIENTOS PESOS M/CTE. Que el dicho señor Avenel recibirá el día 2 de julio próximo futuro en la oficina del doctor Leal Morales y en presencia del doctor Castellanos. En la dicha suma queda incluido el valor del viaje de regreso a Francia que E. Gutiérrez Vega & Co. costean al señor Avenel conforme al contrato. El suscrito Leal Morales representa a la empresa y el doctor Castellanos al señor Avenel. (Firmados), Gastón Avenel, Manuel Castellanos, Alvaro Leal Morales".

Y el otro documento es de este tenor:

"Nosotros, Eduardo Gutiérrez Vega, quien obra en representación de la sociedad "E. Gutiérrez Vega y Co., Ltd.", domiciliada en Bogotá, por una parte, y Gastón Avenel, quien obra en su propio nombre, por la otra, ambos mayores y vecinos de esta ciudad, hacemos constar por medio de este instrumento lo siguiente: PRIMERO. La sociedad "E. Gutiérrez Vega y Co., Ltd.", es una transformación legal de la sociedad "E. Gutiérrez Vega y Co." y en consecuencia se hizo cargo del activo y obligaciones de ésta. SEGUNDO. "E. Gutié-

rrerz Vega y Co." contrató los servicios de Gastón Avenel para que éste desempeñara el oficio de cincelador de acuerdo con contrato privado suscrito en París en septiembre de 1928, entre los representantes de la entidad dicha y el señor Avenel. TERCERO. Dicho contrato a su vencimiento, y conforme a lo previsto en el mismo, se ha venido prorrogando hasta ahora, acomodando sus estipulaciones a la legislación colombiana posterior a su perfeccionamiento. CUARTO. Gastón Avenel se ha retirado voluntariamente del servicio de la entidad contratante, hoy de su sucesora, y, en tal virtud, ha pedido la liquidación y pago de las prestaciones sociales que le corresponden. QUINTO. "E. Gutiérrez Vega y Co., Ltd.", representada por el doctor Alvaro Leal Morales, y Gastón Avenel, representado por el doctor Manuel Castellanos P., han estado discutiendo la forma de la liquidación y pago a que vienen aludiéndose, en orden a fijar la cifra legalmente equitativa que corresponda a Avenel por el concepto indicado, y han llegado a fijarse, de común acuerdo y de manera definitiva, como aparece en la constancia firmada por los doctores Leal Morales y Castellanos y por el señor Gastón Avenel el 26 de junio último, la cantidad de UN MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS CON CUARENTA CENTAVOS (\$ 1.856.40) como el valor total del auxilio de cesantía a favor de Avenel. SEXTO. Como de acuerdo con el contrato aludido en la cláusula SEGUNDA del presente, el viaje de regreso de Gastón Avenel a París, corre por cuenta de quien lo contrató, ambas partes han llegado a concluir que el precio de dicho viaje es la cantidad de NOVECIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS CON SESENTA CENTAVOS (\$ 943.60) o sea el equivalente en moneda colombiana de U. S. A. \$ 536.22 dólares, al cambio oficial. SEPTIMO. Ambas partes declaran que como aparece en la constancia firmada por ellas el 26 de junio último, y a la que ya se hizo alusión, aceptan las cifras ya mencionadas como valores de las prestaciones a que ellas se refieren y que al hacerlo pretenden evitar cualquier duda, diferencia o litigio futuro sobre estos particulares y precaverse recíprocamente de ese evento. OCTAVO. El valor total así fijado, o sea la cantidad de DOS MIL OCHOCIENTOS PESOS (\$ 2.800.00), lo declara él recibido Gastón Avenel de la entidad contratante, a su entera satisfacción, y deja expreso testimonio de que con este pago la sociedad contratante queda a paz y salvo con él por todo concepto, pues no queda a cargo de ella crédito ni prestación algunos. NOVENO. En el contrato de trabajo suscrito en París, y que es base de la liquidación y pagos a que se refiere este documento se pactó la cláusula que a continuación se inserta, traducida literalmente del francés, idioma en el que está redactado el con-

trato aludido: "Después de la expiración del presente contrato o de la prórroga del mismo, el señor Gastón Avenel se obliga formalmente a no trabajar y a no dar consejos directa o indirectamente, a una industria colombiana o extranjera similar a la de los señores Gutiérrez Vega y Co. en Colombia y esto durante un plazo de un año". En consecuencia Gastón Avenel reconoce que hasta el 7 de junio exclusive de mil novecientos cuarenta y seis (1946) queda sometido a la prohibición transcrita y "E. Gutiérrez Vega y Co., Ltda." se reserva el derecho de ejercer las acciones legales correspondientes para hacer efectiva esta obligación, o para indemnizarse en caso de incumplimiento de ella. DECIMO. Eduardo Gutiérrez Vega, en su propio nombre y en el de la entidad contratante, que representa, declara, que en el acto de suscribir el presente documento el señor Gastón Avenel no adeuda a la firma "E. Gutiérrez Vega y Co., Ltda.", ni tampoco a sus socios, cuenta o suma alguna de dinero, por ningún concepto. Para constancia se suscribe el presente por duplicado y ante testigos en Bogotá a los cinco (5) días del mes de julio de mil novecientos cuarenta y cinco (1945). Entre líneas "de" vale. Otro sí: El retiro del señor Avenel, en los términos ya expresados se operó el día seis (6) de junio de mil novecientos cuarenta y cinco (1945). (Firmados), **Gastón Avenel**, **E. Gutiérrez Vega y Co., Ltda.**, Firma ilegible, Gerente."

Para el Tribunal Supremo es evidente que la intención de las partes al suscribir ambos documentos fue la de transigir las diferencias que por razón de la extinción del contrato de trabajo existente entre ellas habían surgido. Los términos claros que emplean, la manifestación expresa de su ánimo de transigir, la intención de hacerlo cuando dicen cuál es el objeto que las mueve a firmar esos instrumentos, la propia reiteración de esa voluntad hecha en dos documentos distintos, están diciendo en forma indubitante que celebraron una transacción de todas sus diferencias. Mal podía venir, por consiguiente, un litigio entre ellas por razón de esos asuntos, después de haber dicho ambas que el arreglo que pactaron y suscribieron en dos ocasiones tenía por objeto "evitar cualquier duda, diferencia o litigio futuro sobre estos particulares y precaverse recíprocamente de ese evento". Es decir, cuando tan explícitamente habían manifestado su ánimo de transigirlas.

Por lo demás, no aparece en el expediente que el señor Avenel renunciara a derechos ciertos, a prestaciones determinadas, o a suma ninguna por dicho concepto, porque, como bien lo analizó el Juez de primera instancia en su fallo, el retiro de dicho litigante fue voluntario y dentro de la Ley 10 de 1934, no hubiera tenido derecho a ce-

santía. Mas como ese retiro ocurrió dentro de la Ley 6ª de 1945, la liquidación extrajudicial de esa prestación se ajustó, como bien lo dice el fallo de primer grado, a los artículos 12 y 13 de dicha ley, pues se tuvo en cuenta el capital de la empresa y el tiempo de servicios. Ese capital, según prueba allegada en tiempo, o sea el certificado de la Cámara de Comercio, es de cincuenta mil pesos, y nada vale la argumentación del demandante para demostrar que era superior, porque las pruebas que presentó al respecto fueron aducidas fuera de tiempo, en la segunda instancia, cuando ya no había término probatorio. Por lo tanto, que la liquidación extrajudicial estuviese bien hecha, según lo reconoció la sentencia de primer grado, y, por lo mismo, que con el acuerdo o transacción llevada a cabo por las partes no se estuviera en presencia de renuncia de derechos de ninguna clase por parte del actor.

Y como una de las peticiones formuladas en el litigio que se estudia versa acerca del pago de una suma de dinero por concepto de cesantía, que fue la principal prestación incluida en el acuerdo o transacción celebrada entre las partes, y como el fallo recurrido condena a la sociedad demandada a pagar una cantidad por tal motivo, deberá csarse en ese punto dicha providencia.

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 que ha sido objeto del presente recurso, proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en cuanto condenó a la sociedad "E. Gutiérrez Vega y Co.", de esta ciudad, a pagar al señor Gastón Avenel la suma de dos mil seiscientos veintinueve pesos con veintiséis centavos (\$ 2.629.26) por concepto de auxilio de cesantía, y rechazó por inadmisible la excepción de transacción propuesta por la parte demandada, y, en su lugar, ABSUELVE a la compañía expresada del cargo sobre pago de cesantía que se le formuló en la demanda. Queda en firme la sentencia recurrida, de segunda instancia, en cuanto a lo demás.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

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.

CASACION

El recurso de casación ha sido instituido en defensa de la ley sustantiva nacional, para lograr la unidad de su interpretación judicial. No puede, por tanto, extenderse el ámbito de ese recurso hasta comprender la defensa de normas locales. Sólo cuando se acusa una disposición regional o local en conexión con una de orden nacional, podría el Tribunal Supremo entrar a estudiarse el cargo en casación, por su incidencia sobre la última.

No puede decirse que el art. 58 de la Ley 6ª de 1945 da competencia a la jurisdicción especial del trabajo para conocer de controversias que se susciten por razón de prestaciones que tengan su origen en acuerdos municipales, porque esta norma general de competencia se refiere primordialmente a las etapas ordinarias de las controversias, o sea a las dos instancias, pues el recurso extraordinario de casación se rige por normas especiales de doctrina y aun de legislación. La doctrina y la ley han establecido que este medio de impugnación sólo tiene lugar cuando se trata de leyes sustantivas nacionales, según se ve de los artículos 519 y 520, ordinal 1º del Código Judicial.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla).

Bogotá, junio dos de mil novecientos cuarenta y ocho.

Agustín Osorio demandó al Municipio de Medellín para el pago de novecientos siete pesos con cincuenta centavos (\$ 907.50) por sobrerremuneración de trabajo prestado en horas suplementarias, como agente de policía o guardia municipal.

Tramitado el litigio, lo decidió el Juzgado 2º del Trabajo de aque-

lla ciudad, declarando que el Municipio demandado está en la obligación de pagarle al actor la suma de que trata su libelo.

Consultada la sentencia del Juez con el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, esta entidad dictó la suya el 24 de mayo de 1947, por medio de la cual revocó la de primera instancia y en su lugar absolvió al Municipio. El Magistrado doctor Posada salvó su voto.

El actor interpuso recurso de casación contra este último fallo. Se procede a decidir dicho recurso.

LA SENTENCIA ACUSADA

El Tribunal Seccional funda su sentencia exclusivamente en el artículo 1º del Acuerdo número 33 de 1939, proferido por el Concejo Municipal de Medellín, que establece la jornada máxima de ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales para los trabajadores del Municipio con la excepción de quienes desempeñan puestos de supervigilancia, dirección, confianza o manejo.

El fallador estima que los agentes de policía ejecutan labores de vigilancia para la conservación del orden, que en ningún caso es la simple vigilancia de las personas o de las cosas en sí mismas. Por lo cual estima que su trabajo no es el de la simple vigilancia, sino el de una especial, superior, denominada supervigilancia. Y concluye, por consiguiente, que no están sujetos esos trabajadores a jornada fija, ni tienen derecho a cobrar sobrerremuneración por el trabajo que exceda de las horas de la jornada ordinaria.

EL RECURSO

Aunque no lo expresa, el recurrente invoca la causal 1ª de casación del artículo 520 del Código Judicial, pues dice que la sentencia es violatoria de la ley sustantiva por infracción directa y por interpretación errónea. Y a continuación formula dos cargos, que pasan a estudiarse.

PRIMER CARGO

En él acusa por infracción directa el artículo 1º del Acuerdo número 33 de 1939, proferido por el Concejo Municipal de Medellín.

Ya ha dicho en varias oportunidades esta corporación que el re-

curso de casación ha sido instituido en defensa de la ley sustantiva nacional, para lograr la unidad de su interpretación judicial.

No puede, pues, extenderse el ámbito de ese recurso extraordinario hasta comprender la defensa de las normas locales. Sólo cuando se acusa una disposición regional o local en conexión con una de orden nacional, podría entrar a estudiarse el cargo en casación, por su incidencia sobre la última.

Y no puede alegarse, como lo hace el recurrente, que el artículo 58 de la Ley 6ª de 1945 da competencia a la jurisdicción especial del trabajo para conocer de controversias que se susciten por razón de prestaciones que tengan su origen en acuerdos municipales, porque esta norma general de competencia se refiere primordialmente a las etapas ordinarias de las controversias, o sea a las dos instancias, pues el recurso extraordinario de casación se rige por normas especiales de doctrina y aun de legislación. En efecto, la doctrina y la ley (artículos 519 y 520, ordinal 1º del C. J.) han establecido que este medio de impugnación sólo tiene lugar cuando se trata de leyes sustantivas nacionales. Y la Ley 75 de 1945 ha fijado la competencia especial para conocer de este recurso. No es, pues, solamente el artículo 58 de la Ley 6ª de 1945 el que debe considerarse para regularlo.

El sólo artículo de un Acuerdo Municipal no sirve, por lo tanto, para fundar un recurso como el de casación. Pero como al final de su demanda, el recurrente dice que además del artículo 1º del acuerdo acusado, invoca el Decreto Ejecutivo Nacional número 895 de 1934 y hace referencia a él para establecer excepciones, y que por lo tanto los Acuerdos Municipales de Medellín han sido elevados a la categoría de ley sustantiva, se estudia este argumento.

El artículo 1º del Acuerdo número 33 mencionado, dice así: "Las horas de trabajo de los trabajadores del Municipio no podrán pasar de ocho al día ni de cuarenta y ocho en la semana, salvo lo establecido en el párrafo primero del artículo 2º del Decreto 895 de 1934 y con excepción de los trabajadores que se ocupen en puestos de supervigilancia, dirección, confianza o manejo".

Como puede observarse, este artículo del Acuerdo Municipal hace alusión solamente al **parágrafo primero** del artículo 2º del Decreto Ejecutivo número 895 de 1934. Y dice así ese párrafo primero: "Cuando en virtud de ley, costumbre o arreglo entre los obreros y los patronos, o entre las organizaciones de unos y otros las horas de trabajo en uno o más días de la semana sean menos de ocho, podrá por medio de providencia de la Oficina General del Trabajo o de la autoridad delegada por ella, o por medio de acuerdo entre las partes

y sus representantes, ampliarse el límite de ocho horas de trabajo en los días restantes de la semana, pero con la condición de que dicho límite de ocho horas de trabajo no se ampliará en ningún día en más de una hora”.

Del texto de ese parágrafo puede colegirse que no se trata del problema que en el litigio se debatió, ni del que parece proponer el recurrente en casación. En efecto, en el caso del agente Osorio no se está en presencia de las diversas situaciones contempladas en dicho parágrafo. Por lo tanto que sea improcedente su cita o referencia en este recurso.

No menciona el recurrente ninguna disposición concreta, especial, individualizada, de ese Decreto 895 de 1934, como infringida por el Tribunal de Medellín, sino que al final de su escrito de casación dice que el Acuerdo número 33 de 1939 invoca dicho decreto y hace referencia a él para establecer excepciones. Pero ha debido indicar la disposición de ese estatuto que estimase como violada por el sentenciador de instancia, así como señaló claramente la del Acuerdo. Porque, como ha dicho reiteradas veces esta corporación, el artículo 531 del Código Judicial manda que se citen los textos legales que el recurrente en casación estime infringidos. Mas es inaceptable que se cite como violado todo un Código, todo un decreto ejecutivo, todo un estatuto legal, no sólo porque así la acusación no sería clara y concreta, sino también porque se dificultaría la labor de confrontación del Tribunal de Casación.

La deficiencia del recurrente, al no citar ninguna disposición, ningún artículo del Decreto 895 de 1934 como violado, no puede suplirla esta entidad, porque el recurso de casación se circunscribe a examinar la acusación tal como viene formulada, sin que el Tribunal Supremo pueda de oficio entrar a estudiar problemas que no fueron planteados en la demanda que lo funda, ni corregir los errores de técnica de las partes, ni llenar sus vacíos u olvidos.

Por consiguiente, se desecha este cargo.

SEGUNDO CARGO

Acusa en este motivo la sentencia del Tribunal Seccional por interpretación errónea del artículo 25 del Acuerdo número 104 de 1942, del Concejo Municipal de Medellín.

Ya se ha dicho que en este recurso no cabe la acusación de preceptos locales, sino de normas sustantivas de carácter nacional.

En este cargo no relaciona su acusación el recurrente con nin-

guna disposición legal nacional, ni tampoco el artículo 25 acusado cita o menciona ningún artículo de ley o decreto nacional para que pudiera con amplitud estudiarse.

Por lo tanto, se rechaza el cargo.

Al no prosperar ninguno de los motivos de acusación, deberá dejarse en firme el fallo recurrido.

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 que ha sido objeto del presente recurso, proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín de 24 de mayo del año próximo pasado.

Sin costas.

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.

OBJETO DEL RECURSO DE CASACION

A diferencia del Juez de instancia, cuya misión es la de imponer el acatamiento de la ley a los particulares en litigio, el de casación persigue la observancia de la norma jurídica por parte de aquél. O, como se ha dicho en otros términos, el órgano de casación juzga la sentencia, mientras que el de instancia, juzga la controversia. De allí que para el ejercicio de este recurso extraordinario se exija una técnica especial, sin la cual no sería posible alcanzar la finalidad de uniformar la interpretación científica de las leyes.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Bravo).

Bogotá, dos de junio de mil novecientos cuarenta y ocho.

Marco Tulio Saavedra demandó a la empresa Pizano Hernández y Compañía, domiciliada en esta ciudad, para que fuese condenada a pagarle la suma de \$ 420.00 como indemnización por la incapacidad permanente parcial que le sobrevino a consecuencia de un accidente de trabajo que sufrió el 31 de agosto de 1945, estando al servicio de la entidad demandada o de su antecesora Pizano Hernández y Gutiérrez Limitada.

Según la relación de hechos que hace en la demanda, el 31 de agosto de 1945, en momentos en que se encontraba trabajando, en la pavimentación de la carretera Facatativá-Los Alpes, por cuenta de la empresa demandada o de su antecesora, el actor sufrió un accidente de trabajo, que consistió en haber sido atropellado por un carro particular, de lo cual le resultó la fractura de la pierna izquierda, lesión esta que de acuerdo con el dictamen de la Sección de Medicina e Higiene Industriales del Ministerio de Trabajo, da lugar a una indemnización de cinco meses de salario.

La empresa le suministró por su cuenta la asistencia médica, qui-

rúrgica, farmacéutica y hospitalaria y le pagó las dos terceras partes del salario mientras estuvo incapacitado temporalmente para trabajar, a consecuencia del accidente en cuestión. Al contestar la demanda en la audiencia respectiva, el apoderado de la entidad demandada dijo ser ciertos los hechos de la demanda y manifestó que la empresa había estado lista "a pagar la indemnización que le corresponde al demandante por el accidente sufrido pero la única dificultad presentada es la de no querer la Compañía Colombiana de Seguros reconocerle a la sociedad demandada, compañía esta en que están asegurados los obreros de la empresa, por tener documentos que acreditan que el señor Saavedra recibió una suma de dinero de la persona que causó el mal en la carretera, considerando que con la suma recibida se indemnizó a Saavedra los perjuicios sufridos por el accidente".

El Juzgado Tercero del Trabajo de Bogotá, en sentencia de 26 de marzo de 1947, condenó a la empresa Pizano Hernández y Compañía, representada por el doctor Vicente Pizano Restrepo, a pagar al demandante señor Saavedra la cantidad reclamada.

En virtud de apelación interpuesta por la parte opositora, conoció del litigio el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, que en fallo de fecha 24 de junio de 1947 confirmó en todas sus partes la providencia apelada.

Contra la sentencia de segundo grado recurrió en casación el personero judicial de Pizano Hernández y Compañía, por estimar que la decisión del Tribunal implica una cuestión fundamental de principios en el Derecho del Trabajo.

Enviados los autos a esta superioridad y fijado en lista el negocio, el recurrente solicitó la admisión del recurso y al efecto señaló como cuestión fundamental envuelta en la sentencia impugnada la relativa al "pago de una indemnización a un obrero lesionado por un tercero, sin haber considerado la obligación de este obrero de ceder al patrono todos los derechos que pudiera tener contra el tercero responsable".

El Tribunal Supremo, teniendo en cuenta la importancia doctrinaria de la cuestión propuesta, admitió el recurso. Agotada la tramitación de éste, se procede a resolverlo.

A guisa de demanda de casación el recurrente presenta un alegato en el que luego de hacer la historia del pleito, transcribe algunos apartes de la sentencia de primer grado, para plantear, en relación con éstos, los siguientes puntos:

"1º Si el accidente que sufrió Marco T. Saavedra es un accidente de trabajo;

“2º Si permite nuestra legislación considerar que han existido dos responsabilidades diferentes; y

“3º Si tiene derecho el patrono de subrogarse en los derechos del lesionado cuando exista un tercero autor del daño.”

En desarrollo de los problemas enunciados formula varias consideraciones que apoya con la cita de reputados autores y de legislaciones extranjeras en las que encuentra disposiciones análogas al artículo 2º de nuestra Ley 57 de 1915, olvidando quizá que éste fue sustituido por el inciso 2º del ordinal a) del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945.

Al finalizar su alegato dice:

“Por todo lo anterior señores Magistrados, se llega a la conclusión de que fueron violados por el Tribunal los ordinales 1º y 2º del artículo 520 del Código Judicial, y porque además, materia tan importante da lugar al recurso en su más amplia forma por constituir la decisión que ustedes hayan de proferir una cuestión fundamental de principios en el derecho del trabajo.”

El opositor del recurso solicita que no habiéndose ajustado éste a las exigencias técnicas y ya que ni siquiera se pide en el escrito del recurrente que se case la sentencia del Tribunal, se declare desierto y se condene en costas a la parte demandada y recurrente en casación.

Evidentemente el memorial en que pretendió fundarse el recurso carece de los requisitos que para la demanda de casación señala el artículo 531 del Código Judicial y que lo distingue sustancialmente de los otros medios de impugnación. No se expresan la causal o causales aducidas para pedir la infirmación del fallo, y si bien se citan algunos textos legales como violados, ellos son los ordinales 1º y 2º del artículo 520 del Código Judicial, que se refieren a dos de los casos en que procede el recurso de casación, y que, por tanto, no constituyen ley sustantiva susceptible de ser quebrantada en un fallo de instancia.

A diferencia del Juez de instancia, cuya misión es la de imponer el acatamiento de la ley a los particulares en litigio, el de casación persigue la observancia de la norma jurídica por parte de aquél. O, como se ha dicho en otros términos, el órgano de casación juzga la sentencia, mientras que el de instancia, juzga la controversia.

De allí que para el ejercicio de este recurso extraordinario se exija una técnica especial, sin la cual no sería posible alcanzar la finalidad de uniformar la interpretación científica de las leyes.

Como bien lo afirma Calamendrei, el instituto de la casación

tiende “no a favorecer el espíritu de litigiosidad de los recurrentes, sino a facilitar y a disciplinar aquella preciosa obra de aclaración y de rejuvenecimiento del derecho objetivo que la jurisprudencia realiza sin descanso”.

Como no señaló el recurrente las disposiciones legales sustantivas que estima violadas, ni hizo acusación directa y en esa forma, contra la sentencia de segunda instancia, ni su escrito reúne los requisitos que el C. Judicial exige para que pueda tenerse como demanda de casación, el recurso no puede prosperar.

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 de Bogotá, objeto del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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.

JORNADA DE TRABAJO. SENTIDO DE LA FRASE "DURACION DEL TRABAJO".

En términos generales, cuandoquiera que no se han pactado por escrito las condiciones de trabajo, se presume que ellas se regularán por el modelo que elaboró la Oficina General del Trabajo (hoy Departamento Nacional del Trabajo), en el que se prevé que la jornada de trabajo ha de ser la que autoriza el Decreto 895 de 1934. Pero los empleados de confianza o manejo, o aquellos cuyas actividades son discontinuas o intermitentes, su jornada puede exceder de ocho horas diarias, sin que haya de considerarse que este exceso ha de ser remunerado como trabajo suplementario, pues por virtud de la excepción consagrada en la ley, la jornada ordinaria llega hasta el límite máximo señalado en la misma.

La Ley 129 de 1931 aprobó, entre otras, la Convención número 1 acordada en el año de 1919 en Washington por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, sobre limitación de la jornada en los establecimientos industriales. Colombia ratificó ese convenio y en desarrollo del compromiso consiguiente la Oficina General del Trabajo dictó la Resolución número 1 de 1934, que fue aprobada por el Decreto Ejecutivo número 895 de 1934.

La Convención de Washington limitó a ocho horas diarias y a cuarenta y ocho semanales la jornada de trabajo en los establecimientos industriales, públicos o privados o en sus dependencias, de cualquier naturaleza que sean. Excluyó expresamente de dicha limitación a las personas que ocupen puestos de vigilancia o de dirección o de confianza.

La referida Convención, al fijar la jornada máxima normal en ocho horas diarias y cuaren-

ta y ocho semanales, no habló de trabajo efectivo, sino de "duración de trabajo del personal". Ello dio lugar a diversas interpretaciones, particularmente entre las grandes potencias industriales de Europa, miembros de la O. I. T., que concurren a la Conferencia de Londres, de marzo de 1926, la cual dictaminó que la "duración de trabajo" era el tiempo durante el cual el trabajador estaba a disposición del dador de trabajo, interpretación que fue posteriormente ratificada en Convenciones de 1930 y 1931.

La Conferencia interpretativa de Londres se refiere necesariamente a los empleados comprendidos por la norma sobre limitación de la jornada de trabajo a ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales, y no a los exceptuados de dicha limitación, entre los cuales la Convención de Washington menciona a las personas que se ocupan en labores de dirección, vigilancia y confianza, del propio modo que lo hizo entre nosotros el artículo 3º de la Ley 6ª de 1945, que, dicho sea de paso, se ciñe más a aquel instrumento internacional que la Resolución número 1 de 1934 de la Oficina General del Trabajo, en la que se habla de los empleados de supervigilancia o dirección y de confianza o manejo, omitiendo a los de simple vigilancia.

La Ley 10 de 1934, que es el estatuto inicial de los empleados particulares, contiene la norma general de que ningún empleado podrá ser obligado a trabajar más de ocho horas. Es disposición de orden público, pues está encaminada a una alta finalidad como es la de evitar el exceso de trabajo y por consiguiente buscar la conservación de la capacidad del empleado para que llene de la mejor manera su función social. No puede, en consecuencia, el patrono, en ningunas circunstancias, obligar al empleado a trabajar más de ocho horas.

Pero, cuando no se trata de la forzada imposición de la voluntad patronal sobre el trabajador, sino que hay un acuerdo debidamente aprobado por la autoridad competente, por razón de circunstancias especiales, como son las que contempla la Resolución número 1 de 1934 en sus artículos 4º y 5º, o cuando se trata de los oficios que menciona el artículo 2º de la misma en sus or-

dinales a), b) y c), o en los casos de fuerza mayor o de urgencia que contempla el artículo 3º de la misma resolución, no se viola la prohibición de la Ley 10 de 1934, porque en tales ocurrencias no está el patrón obligando al trabajador a prestar servicio fuera de las horas legales, sino que voluntariamente y previa autorización, en el primer supuesto, y por mandato de la Resolución misma, en los restantes, el trabajador concurre a prestar su fuerza de trabajo.

Pero la Ley 10 de 1934, artículo 15, no suprimió las excepciones consagradas en la Resolución número 1 de 1934, pues el artículo 2º de ésta fija la jornada máxima legal en ocho horas diarias, pero permite ampliarla cuando se trate de directores, empleados de confianza o manejo, y aquél consigna una prohibición sencilla, en el sentido de que ningún empleado podrá ser obligado a trabajar más de ocho horas, que es una cuestión distinta.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

Bogotá, dos de junio de mil novecientos cuarenta y ocho.

Jesús María Manrique, quien prestó sus servicios a la "Cooperativa Ferroviaria Girardot-Tolima-Huila, Limitada", desde el 21 de junio de 1923 hasta el 6 de noviembre de 1945, como almacenista celador, demandó a la mencionada entidad para obtener el pago del trabajo extraordinario que dice haber realizado durante cuatro horas diurnas y doce nocturnas, inclusive los días feriados, durante todo el tiempo en que permaneció en el desempeño de las funciones indicadas.

Del juicio conoció en primera instancia el Juzgado del Trabajo de Girardot, que en fallo de fecha 28 de enero de 1947 condenó a la Cooperativa Ferroviaria Girardot-Tolima-Huila a pagar al demandante el valor de las horas extras diurnas, los salarios correspondientes a los dominicales y días feriados y las horas extras en tales día de fiesta durante el lapso comprendido entre el 21 de junio de 1943 y el 6 de noviembre de 1945, y la absolvió del pago de las horas extras nocturnas comprendidas entre las seis de la tarde y las seis de la mañana en el mismo período de tiempo.

El Juzgado dispuso hacer la liquidación de las sumas reclamadas conforme al trámite establecido en el artículo 553 del C. J.

En virtud de apelación interpuesta por ambas partes, el negocio subió al Tribunal Seccional de Bogotá, cuyo fallo de fecha 9 de mayo de 1947 confirmó en todas sus partes la providencia apelada, adicionándola en el sentido de ordenar que las liquidaciones se efectúen con el 50% de recargo y previas las deducciones de las sumas pagadas al actor por concepto de trabajo en horas extras y días festivos.

Contra la sentencia de segundo grado interpuso recurso de casación el apoderado del señor Manrique, por estimar que la cuantía del juicio excede de mil pesos y porque en su concepto la decisión del Tribunal implica una cuestión fundamental de principios en el derecho del trabajo.

El Tribunal concedió el recurso por el segundo de los motivos invocados, pero calló en lo relativo a la cuantía, quizás por considerar que ésta no alcanza a la que señaló el recurrente.

El Tribunal Supremo admitió el recurso teniendo en cuenta la conveniencia doctrinaria de definir el concepto sobre "tiempo de servicio para efectos de salario y del cómputo de las prestaciones sociales", envuelto, como lo anotó el recurrente, en la sentencia impugnada.

En consecuencia, se dispuso continuar la tramitación, agotada la cual se procede a resolver el recurso.

El recurrente funda su demanda de casación en la causal 1ª del artículo 520 del C. J. y con base en ella formula cuatro cargos que se examinarán en su orden.

PRIMER CARGO

Afirma el recurrente que la sentencia del Tribunal Seccional de Bogotá (no de Cundinamarca como él lo designa) viola el párrafo 2º del artículo 13 de la Ley 10 de 1934, en armonía con la cláusula 1ª del modelo de contrato de trabajo de empleados particulares aprobado por el Ministerio del ramo el 6 de abril de 1935, por infracción directa de sus disposiciones, a causa de no haber sido aplicadas al caso de autos y como consecuencia del error de hecho en que incurrió el sentenciador al dejar de apreciar "los diversos elementos probatorios que obran en el expediente, pues no tomó razón del hecho de que por ninguna parte aparece que se haya firmado entre las partes el correspondiente contrato de trabajo, ni tomó razón de que

los servicios prestados por mi mandante fueron predominantemente intelectuales, y que, por consiguiente, tales servicios, por lo demás de carácter permanente y no ocasional, le daban el carácter de empleado y no de obrero”.

Agrega el recurrente que de acuerdo con las disposiciones que cita, a falta de contrato escrito y firmado por ambas partes, el empleado sólo está obligado a trabajar ocho horas diarias en los días no feriados y si trabaja más de esas horas tiene derecho a la sobre-remuneración establecida en el aparte 3º de la cláusula 1ª del modelo de contrato.

Afirma “subsidiariamente” que el Tribunal incurrió en error de derecho en la apreciación de los elementos probatorios a que hace referencia, por haber presumido “del hecho de que entre esos elementos se encuentra al fl. 21 del expediente un nombramiento por escrito que le hizo la Cooperativa Ferroviaria con posterioridad al ingreso al servicio por parte de mi mandante y al fl. 32 una comunicación escrita dirigida también a mi mandante durante el tiempo de sus servicios y a los fls. 44, 45, 46, 47 y 48, algunos recibos de pagos hechos a mi mandante por la Cooperativa, de haber presumido, repito, de este hecho el consecuente de que el contrato que había entre ambas partes era un contrato escrito y firmado por ellas”. Y añade:

“El Tribunal violó así directamente los artículos 661, 662 y siguientes del C. J., y a consecuencia de esta violación violó las mencionadas disposiciones del parágrafo 2º del artículo 13 de la Ley 10 de 1934 y de la cláusula primera del mencionado modelo de contrato de trabajo, al abstenerse de condenar a la demandada a pagar el salario correspondiente a todas las horas excedentes a ocho (8) horas diarias trabajadas por mi mandante al servicio de la Cooperativa.”

“En cuanto al desconocimiento del carácter de empleado que tenía mi mandante afirmo también subsidiariamente, que el Tribunal incurrió en error de derecho al presumir, según parece, su carácter de obrero violando así directamente lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 10 de 1934 en armonía con los artículos primero y segundo del Decreto 652 de 1935, y en consecuencia, violando las disposiciones del mencionado parágrafo 2º del artículo 13 de la Ley 10 de 1934 y la mencionada cláusula del modelo del contrato de trabajo.”

“Subsidiariamente” el Tribunal violó también las disposiciones mencionadas por interpretación errónea consistente en haber considerado que no eran aplicables al caso de autos.

Se analiza el cargo.

Según el recurrente, las disposiciones que él estima infringidas, lo fueron por una equivocada apreciación de las pruebas acerca del hecho de que el contrato de trabajo se celebró en forma verbal y no por escrito y de que los servicios prestados por el actor le dieron el carácter de empleado y no de obrero.

No señala precisamente el recurrente las pruebas respectivas, pero cabe la observación de que el Tribunal Seccional clasificó al señor Manrique como "empleado de confianza o manejo" y no fundó su decisión en la circunstancia de que se hubiera celebrado contrato escrito de trabajo. Al contrario, se basa en el supuesto de que el contrato no se extendió por escrito, ya que para establecer las condiciones de la labor a que se obligó el empleado, la cuantía de la remuneración y la forma y período de pago, se atuvo a la confesión del demandado hecha al absolver el pliego de posiciones que le fue sometido y a la inspección ocular practicada por el Juez de primera instancia, con intervención de testigos actuarios. Igualmente tuvo en cuenta las declaraciones de testigos para llegar a la conclusión de que el actor permanecía continuamente en el lugar en donde la Cooperativa guardaba los materiales, tanto en los días ordinarios como en los dominicales y festivos legales.

En modo alguno se refiere el Tribunal a estipulaciones contractuales escritas, aunque pudo tener como tales las contenidas en la resolución por medio de la cual la Cooperativa Ferroviaria Girardot-Tolima-Huila nombró al señor Manrique almacenista celador, le señaló remuneración y sobrerremuneración y le exigió el otorgamiento de fianza para garantizar su manejo y cumplimiento.

En cuanto al error de derecho que hace consistir el recurrente en la presunción de que el contrato fue escrito y firmado por ambas partes, presunción que se derivaría de algunos elementos probatorios que obran en el expediente, con violación de los artículos 661, 662 y siguientes del C. J., es de anotar, además de lo que se expresó anteriormente, que conforme al numeral 3º del artículo 3º de la Ley 75 de 1945, los Jueces del trabajo no están sometidos estrictamente a la tarifa legal de pruebas, ni es aceptable en casación el cargo que se funde en un error de esta índole, a menos que se trate de dar por establecido un hecho con un medio probatorio distinto al que se exija legalmente.

Al respecto esta corporación dijo en sentencia de 27 de noviembre de 1946, dictada en el juicio de Ricardo Zapata Bustos contra Hernán Caicedo Buenaventura, lo siguiente:

“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 un 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 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 apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo.

“Y es que cuando la ley erige en solemne un contrato, la formalidad se exige so pena de nulidad *ad substantiam actus*, y, además, cuando se trata de este requisito, llamado también *ad solemnitatem*, ningún medio de prueba, ni aun la confesión de las partes, puede dar por existente ese contrato. Se refiere, pues, esta formalidad a la validez del acto y a su modo de probarlo. La ley no autoriza, en tal caso, un medio probatorio distinto del que la solemnidad misma establece. Nuestra ley sustantiva contempla numerosos actos y contratos que para su existencia y prueba requieren la formalidad de la escritura pública o la privada. Así, por ejemplo, el testamento y el contrato de compraventa de bienes raíces son solemnes y se forman y prueban por escritura pública (artículo 1055 y 1857 del Código Civil); la donación de bienes muebles y el contrato de seguro son solemnes y pueden constar en escritura privada (artículo 1460 del C. C. y 638 del C. de Co.).

“El artículo 1760 del Código Civil, por ejemplo, es muy claro acerca del modo de probar los actos y contratos que requieren la formalidad de la escritura pública, pues dice: “La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad...”

“Una cosa es que la ley exija un determinado medio de prueba, único, exclusivo, para demostrar la existencia de un acto o contrato, pues esta formalidad se refiere solamente a “los medios legales de prueba”, y otra muy diversa es que la ley autorice a los Jueces del trabajo para apreciar las pruebas libremente, sin sujeción a la tarifa legal, porque esta norma se refiere únicamente a deséchar en estos juicios “las reglas probatorias”, o cartabón escrito 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.

“Por consiguiente, el artículo 3º, regla 4ª, de la Ley 75 de 1945, al suprimir para los juicios del trabajo la tarifa legal de pruebas del Código Judicial, no hizo otra cosa que acabar con “las reglas probatorias” en esos litigios, pero no fue hasta suprimir “los medios de pruebas”, los requisitos sustanciales que la ley exige para la validez y prueba de ciertos actos y contratos, que constituyen su solemnidad, ni tampoco tuvo el alcance de ponerle fin a “las disposiciones formales” que rigen su producción y recibimiento en juicio. En los juicios del trabajo, en consecuencia, no pueden admitirse otros medios de prueba que los reconocidos por la ley, ni puede establecerse un hecho sino con el medio especial que la ley exige, en caso de que para ese hecho, acto o contrato, rija una determinada solemnidad en su constitución y en su prueba. Cuando la ley no requiere una solemnidad, sí pueden establecerse por los medios probatorios ordinarios. Y es en estos últimos casos, en los que es aplicable la regla 4ª del artículo 3º en referencia, pues para apreciar esos medios probatorios comunes existe libertad completa por parte del Juez.

“Que esto es así lo demuestra el artículo 34 del Decreto 969 que, aunque suspendido provisionalmente, reflejó bien, en este aspecto, la doctrina legal. Dice, en efecto, esa disposición:

“El Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, 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 durante el proceso.”

“Sin embargo, cuando la ley establezca determinada solemnidad sustancial para la validez del acto, no se debe admitir su prueba por otro medio.”

“En todo caso, en la parte motiva de la sentencia el Juez indicará los hechos y circunstancias que causaron su convencimiento”. (Gaceta del Trabajo, números 2 a 4, páginas 79 a 81).

Pero la tesis central del recurrente es la de que no habiéndose celebrado contrato escrito resulta forzoso dar aplicación a las cláusulas del modelo de contrato elaborado por el Ministerio del ramo, especialmente en lo que concierne a la jornada de trabajo que el Decreto 895 de 1934 fijó en ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales, debiéndose considerar toda actividad en horas excedentes como un aporte extraordinario que da derecho al empleado a la sobrerremuneración proporcional, con un aumento no menor del 25% si la labor suplementaria es diurna, y no menor del 50% si es nocturna, caso en el cual supone que está su poderdante.

Es indudable que en términos generales cuandoquiera que no se han pactado por escrito las condiciones de trabajo, se presume que ellas se regularán por el modelo que elaboró la Oficina General del Trabajo (hoy Departamento Nacional del Trabajo), en el que se prevé que la jornada de trabajo ha de ser la que autoriza el Decreto 895 de 1934.

Ocorre, sin embargo, que en el asunto que se estudia, el fallador, independientemente de la consideración de que el contrato se celebrara verbalmente o se hubiese extendido por escrito, llegó a la conclusión de que la naturaleza de los servicios prestados por el señor Manrique, que fueron de confianza o de manejo, al propio tiempo que de vigilancia, lo situaron dentro de la excepción prevista en el ordinal a) del artículo 2º del decreto citado, de donde deduce que el actor estaba obligado a una jornada de trabajo hasta de doce horas al día, equiparándolo a los que se ocupan en actividades discontinuas o intermitentes o de simple vigilancia, de conformidad con el artículo 3º de la Ley 6ª de 1945, aunque perdiendo de vista que el demandante residía en el sitio de trabajo y que ingresó al servicio de la Cooperativa antes de la expedición de la mencionada ley.

Así, pues, y a pesar de la errada aplicación que el Tribunal hizo del artículo 3º de la Ley 6ª de 1945, no aparece comprobada la violación de los artículos 12 y 13, parágrafo 2º de la Ley 10 de 1934, ni la de los artículos 1º y 2º del Decreto 652 de 1935, ni la cláusula primera del modelo del contrato de trabajo, y por tanto, se rechaza el cargo.

SEGUNDO CARGO

Asevera el recurrente que la sentencia viola la cláusula primera del modelo de contrato de trabajo en armonía con el parágrafo 2º del artículo 13 de la Ley 10 de 1934 y del artículo 2º de la Resolu-

ción número 1 del mismo año, aprobada por el Decreto 895, también de ese año y de la Ley 129 de 1931 que ratificó la Convención Internacional puesta en ejecución mediante dicho decreto, por interpretación errónea.

El recurrente explica este cargo así:

“El error del Tribunal consistió en haber entendido por “horas de trabajo” solamente las horas en que el trabajador se encuentra realmente “en actividad”, siendo así que por “horas de trabajo”, “tiempo de trabajo”, “tiempo de servicio”, según doctrina consagrada por la Organización Internacional del Trabajo, se entiende el **tiempo durante el cual el personal permanece a disposición del empleador**. En efecto, el problema se presentó a raíz de la adopción por parte de la Conferencia General de dicha Organización de la Convención sobre jornada máxima de trabajo antes referida, efectuada en la reunión celebrada en Washington en el año de 1919. Pero también es cierto que el problema fue resuelto en la Conferencia de Ministros de Trabajo celebrada al efecto por las principales potencias industriales de dicha Organización en la ciudad de Londres, en el año de 1926, pues en dicha Conferencia se resolvió, precisamente que “la duración del trabajo es el tiempo durante el cual el personal permanece a disposición del empleador”. Además, más tarde la misma Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo, en la Convención sobre jornada de trabajo en el comercio y en las oficinas, dijo en su artículo 2º “Para los fines de la presente Convención se considera como duración del trabajo el tiempo durante el cual el personal está a la disposición del empleador”. Convención número 30 de 1930; y, posteriormente, en la Convención número 31 del año de 1931, sobre jornada de trabajo en las minas de carbón, insistió en la misma definición, diciendo expresamente que, por duración del trabajo, para los efectos de esa Convención, se entiende, “la duración de presencia en la mina”.

“A consecuencia de este error, el Tribunal, a pesar de reconocer que mi mandante permanecía de día y de noche en las funciones de almacenista celador de la Cooperativa, no computó como tiempo de trabajo las horas que, según presume el Tribunal, mi mandante emplearía en las comidas y en el sueño. Es decir, a pesar de reconocer que mi mandante estaba presente en el lugar de trabajo y que se encontraba permanentemente a órdenes de la Cooperativa por la circunstancia de tener a su cargo el cuidado y responsabilidad de las herramientas y materiales que tenía la Cooperativa en las construcciones, considera que durante las horas de comer y de dormir no se encontraba trabajando al servicio de la demandada.

“El error del Tribunal es tanto mayor si se considera que dadas las funciones y la responsabilidad que tenía el señor Manrique, tenía que estar alerta, permanentemente, durante las horas de las comidas, y también durante las horas del sueño, pues éstas necesariamente transcurrían con sobresalto por la necesidad que había de estar despertando con el menor ruido que se hiciera en las dependencias de la Cooperativa. No es lo mismo dormir en su casa, lejos del lugar de trabajo, sin responsabilidad por lo que ocurra en las horas del sueño, que dormir en el sitio mismo en donde pueden ocurrir sucesos que comprometen nuestra responsabilidad, y en el caso del señor Manrique en el sitio en donde se encontraban los materiales y las herramientas de los cuales tenía que responder, sin que se eliminara su responsabilidad porque las pérdidas ocurrieran en las horas normalmente dedicadas al sueño.”

Se examina este cargo:

La Ley 129 de 1931 aprobó, entre otras, la Convención número 1 acordada el año de 1919 en Washington por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, sobre limitación de la jornada en los establecimientos industriales. Colombia ratificó ese convenio y en desarrollo del compromiso consiguiente la Oficina General del Trabajo dictó la Resolución número 1 de 1934, que fue aprobada por el Decreto Ejecutivo número 895 de 1934.

La Convención de Washington limitó a ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales la jornada de trabajo en los establecimientos industriales, públicos o privados o en sus dependencias, de cualquiera naturaleza que sean.

Excluyó expresamente de dicha limitación a las personas que ocupen puestos de vigilancia o de dirección o de confianza.

La referida Convención, al fijar la jornada máxima normal en ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales, no habló de trabajo efectivo, sino de “duración de trabajo del personal”. Ello dio lugar a diversas interpretaciones, particularmente entre las grandes potencias industriales de Europa, miembros de la O. I. T., que concurrieron a la Conferencia celebrada en Londres en el mes de marzo de 1926, por iniciativa del gobierno inglés, con intervención de los representantes de Francia, Alemania, Italia y Bélgica, países interesados en llegar a un acuerdo acerca del alcance de algunos puntos fundamentales de la Convención antes de decidirse a ratificarla.

Respecto del sentido que debía atribuírse a la expresión “duración de trabajo”, la Conferencia de Londres dictaminó que era el tiempo durante el cual el trabajador estaba a disposición del dador de trabajo.

Posteriormente, en Convenciones de 1930 y 1931, sobre jornada de trabajo en nuevos sectores se acogió y reafirmó la interpretación de la Conferencia de Londres, por lo cual ésta tiene ya el valor de doctrina internacional, como bien lo dice el recurrente.

Pero la acusación de que el Tribunal ignoró esa doctrina carece de fundamento, puesto que, según se dijo anteriormente, la razón que expuso en su fallo para no acceder al pago de todas las horas de trabajo extraordinario, reclamado por el actor, fue la de que éste, en su calidad de empleado de confianza o de manejo y de vigilancia, estaba exceptuado de la jornada de ocho horas, pudiendo prolongarla hasta doce en el día.

Por otra parte, la Conferencia interpretativa de Londres se refiere necesariamente a los empleados comprendidos por la norma sobre limitación de la jornada de trabajo a ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales, y no a los exceptuados de dicha limitación, entre los cuales la Convención de Washington menciona a las personas que se ocupan en labores de dirección, vigilancia y confianza, del propio modo que lo hizo entre nosotros el artículo 3º de la Ley 6ª de 1945 que, dicho sea de paso, se ciñe más a aquel instrumento internacional que la Resolución número 1 de 1934 de la Oficina General del Trabajo, en la que se habla de los empleados de supervigilancia o dirección y de confianza o manejo, omitiendo a los de simple vigilancia.

Es obvio que la definición de "horas de trabajo", "tiempo de trabajo", "tiempo de servicio" tiene verdadera importancia tratándose de trabajadores que se alojan y alimentan en lugares distintos a los de trabajo, esto es, a quienes es posible registrar horas de entrada y de salida. Más, respecto de los trabajadores que residen en el lugar del trabajo, la cuestión carece de interés práctico, y además, no aparece contemplada en la Convención de Washington ni en la Conferencia interpretativa de Londres.

En consecuencia, no se acepta este cargo.

TERCER CARGO

Dice el recurrente que la sentencia viola, por no haberlo aplicado, el artículo 15 de la Ley 10 de 1934, que dispone que el empleado no puede ser obligado a trabajar más de ocho horas por día, pues si le hubiera dado aplicación habría ordenado el pago de los servicios que prestó el actor fuera de esas ocho horas diarias, sin haberse comprometido expresamente a ello. Subsidiariamente afirma que la sentencia infringe dicha disposición en armonía con el parágrafo 2º

del artículo 13 de la Ley 10 de 1934, por interpretación errónea, consistente en haber considerado quizás que tal disposición no era aplicable al caso que se estudia por la circunstancia de que entre las funciones que desempeñaba el señor Manrique estaban las de confianza respecto a entrega y recibo de materiales y herramientas, sin caer en la cuenta de que el mencionado artículo 15 de la Ley 10 de 1934, es posterior al Decreto 895 de 1934 sobre jornada máxima de trabajo.

Se examina el cargo.

En primer lugar, si bien es cierto que el Tribunal Seccional halló probado que el demandante trabajó cuatro horas extras diarias, en parte alguna del fallo aseguró que hubiera sido obligado por el patrón a prestar servicios en esas horas. La iniciativa casi siempre parte del patrón. Pero si en el presente caso ocurrió así, el recurrente tenía el deber de alegar sobre ese punto, demostrando haberse incurrido por el sentenciador en error de hecho evidente. En cuanto al cargo subsidiario, es cierto que el Tribunal Seccional consideró que el demandante desempeñó funciones de confianza y con base en esa consideración lo declaró excluido de la jornada de ocho horas, decisión que el Tribunal Supremo no encuentra objetable por el aspecto de que la Ley 10 de 1934 sea posterior al Decreto 895 de 1934 sobre jornada máxima de trabajo, pues éste contiene regulaciones de carácter general, derivadas de un pacto internacional, aplicables lo mismo a los obreros, que a los empleados particulares, y porque no se oponen, ya que la prohibición de exigir trabajo más allá de las ocho horas diarias es común a las dos disposiciones. Sobre el particular esta corporación dijo en sentencia de fecha 26 de noviembre de 1946, lo siguiente:

“Lo primero que observa la Corte es que tanto el Departamento Nacional del Trabajo como las autoridades judiciales han venido dando aplicación a todas las disposiciones de la Resolución número 1 de 1934, sin que en parte alguna se haya considerado que la prohibición general que contiene el artículo 15 de la Ley 10 de 1934, haya podido dejar sin efecto las excepciones de la aludida resolución que en determinados casos permiten exceder la jornada de ocho horas diarias. Son múltiples las decisiones sobre el particular, inclusive de la Corte Suprema de Justicia, que no es necesario citar aquí detalladamente, por ser de conocimiento general. Por esta causa deberá estudiarse el verdadero alcance del artículo 15 de la Ley 10 de 1934, ya que la finalidad del recurso de casación es la de uniformar la jurisprudencia.

“La Ley 10 de 1934, que es el estatuto inicial de los empleados

particulares, contiene la norma general de que ningún empleado podrá ser obligado a trabajar más de ocho horas. Es, pues, una disposición de carácter prohibitivo sobre la cual no puede haber lugar a duda alguna. Es disposición de orden público, ya que está encaminada a una alta finalidad como es la de evitar el exceso de trabajo y por consiguiente buscar la conservación de la capacidad del empleado para que llene de la mejor manera su función social. No puede, en consecuencia, el patrono, en ningunas circunstancias, obligar (subraya la Corte) al empleado a trabajar más de ocho horas.

“Pero, cuando no se trata de la forzada imposición de la voluntad patronal sobre el trabajador, sino que hay un acuerdo debidamente aprobado por la autoridad competente, por razón de circunstancias especiales, como son las que contempla la Resolución número 1 de 1934 en sus artículo 4º y 5º, o cuando se trata de los oficios que menciona el artículo 2º de la misma en sus ordinales a), b) y c), o en los casos de fuerza mayor o de urgencia que contempla el artículo 3º de esa Resolución, podrá afirmarse que se viola la prohibición de la Ley 10 de 1934, al prestarse trabajo en horas que excedan a las de la jornada ordinaria? La Corte contesta negativamente, porque en tales ocurrencias no está el patrón obligando al trabajador a prestar servicio fuera de las horas legales, sino que voluntariamente y previa autorización, en el primer supuesto, y por mandato de la Resolución misma, en los restantes, el trabajador concurre a prestar su fuerza de trabajo.

“La Ley 10 en su artículo 15 no agregó nada nuevo a lo que dijo la Resolución citada, puesto que ésta en su artículo 11 ya había establecido la prohibición de exigir y aun de aceptar el trabajo de ninguna persona fuera de las horas legales.

“Pero esa ley no suprimió las excepciones consagradas en la Resolución, de que se ha hecho mérito. Para el caso en estudio, basta establecer la comparación entre el artículo 2º de la Resolución y el 15 de la ley. En efecto, el primero fija la jornada máxima legal en ocho horas diarias, pero permite ampliarla cuando se trate de directores, empleados de confianza o manejo; en cambio, el segundo consigna una prohibición sencilla, en el sentido de que ningún empleado podrá ser obligado a trabajar más de ocho horas, que es una cuestión muy distinta.

“No sobra observar que la Resolución número 1 de 1934 es el resultado del cumplimiento de un pacto internacional y que, en tal virtud, sus cláusulas no pueden ser alteradas unilateralmente, a menos que se trate de hacer mejorar la condición del trabajador. Por

eso, la excepción consignada en dicho pacto conserva todo su valor y no queda afectada, como se ha dicho, por la prohibición que contiene el artículo 15 de la Ley 10, expedida posteriormente, pues ya se ha concretado antes su verdadero alcance.”

Tampoco prospera este cargo.

CUARTO CARGO

Sostiene el recurrente que la sentencia viola el artículo 3º de la Ley 6ª de 1945, por falta de aplicación, pues no tomó razón de que de acuerdo con dicha disposición todo trabajo suplementario debe pagarse por haberlo dicho expresamente el parágrafo 3º del citado artículo.

Se considera este cargo.

La parte principal del artículo 3º de la Ley 6ª de 1945 y sus párrafos 1º y 3º son del tenor siguiente:

“Artículo 3º—Las horas de trabajo no podrán exceder de ocho (8) al día, ni de cuarenta y ocho (48) a la semana, salvo las excepciones legales. Sin embargo, la duración máxima de las labores agrícolas, ganaderas o forestales, será de nueve horas diarias o de cincuenta y cuatro (54) en la semana. Las actividades discontinuas o intermitentes, así como las de simple vigilancia, no podrán exceder de doce (12) horas diarias, a menos que el trabajador resida en el sitio del trabajo. El gobierno podrá ordenar la reducción de las jornadas de trabajo en las labores que sean especialmente peligrosas o insalubres, de acuerdo con dictámenes técnicos al respecto, y previa audiencia de comisiones paritarias de patronos y trabajadores.”

“Parágrafo 1º 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; ni a las demás labores que, a juicio del gobierno, no sean susceptibles de limitación de la jornada o deba regirse por normas especiales.”

“Parágrafo 3º Cuando el trabajo se realice entre las ocho y las doce de la noche, deberá ser remunerado con un veinticinco por ciento (25%) sobre el valor del trabajo diurno; y cuando se realice entre las doce de la noche y las cuatro de la mañana siguiente, será remunerado con un cincuenta por ciento (50%) sobre el mismo valor. La remuneración del trabajo suplementario implicará un recargo del veinticinco por ciento (25%) sobre la jornada diurna, y del cincuenta por ciento (50%) sobre la jornada nocturna; a menos que se trate de labores discontinuas o intermitentes, o de las actividades previs-

tas en el párrafo 1º de este artículo, cuya remuneración adicional será estipulada equitativamente por las partes.”

El Tribunal Seccional clasificó al demandante como empleado de vigilancia y de confianza o manejo, según se ha dicho reiteradamente, y por ello precisamente estimó que su jornada podía prolongarse hasta doce horas diarias, reconociendo para las cuatro horas excedentes de la jornada ordinaria la remuneración correspondiente con el recargo del cincuenta por ciento (50%). En efecto, la sentencia dice así:

“En estas condiciones nos resulta lo siguiente: que Manrique estaba obligado, de acuerdo con claras disposiciones legales ya citadas anteriormente a prestar su fuerza laboral, dada la calidad de la labor que desarrollaba durante doce (12) horas diarias, seis (6) horas para dormir y dos horas para atender a su alimentación, lo que nos da un total de veinte (20) horas diarias, luego el resto de las horas que componen el día y la noche, que son cuatro (4), son las únicas que este Tribunal, de acuerdo con el juzgador de primera instancia, puede aceptar como laboradas en forma extraordinaria por Manrique, en provecho o beneficio de la entidad demandada, y por consiguiente ésta está obligada a cubrir su valor teniendo en cuenta los correspondientes salarios que devengaba el actor, en las diferentes épocas y con el recargo del cincuenta por ciento (50%) sobre el valor de la hora ordinaria, por tratarse de trabajo extraordinario, laborado como prolongación de la jornada ordinaria diurna pero en período nocturno, esto en cuanto a los días comunes; siendo entendido que durante los días domingos o de fiesta señalados por la ley, las cuatro (4) horas extras deberán liquidarse de acuerdo con el jornal doble que en esos días se devengaba cuando se trabaja, como en el caso de autos, y también con el cincuenta por ciento (50%) de recargo sobre este jornal doble. De esta suma deberán descontarse las que aparecen, según el acta de la inspección ocular, con testimonios actuarios, que se verificó sobre los libros de la Cooperativa.”

Tampoco prospera este cargo.

Por 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 recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

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.

NOVACION. — MOMENTO EN QUE DEBEN ALEGARSE LAS CAUSAS DE TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO.

La novación, según el artículo 1687 de nuestro Código Civil, consiste en la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por lo tanto extinguida. Es, pues, uno de los medios de extinguir las obligaciones. Pero para que pueda entenderse que hay novación es preciso que se declare así por las partes, o que aparezca de manera indudable la intención de novar, en términos tales que la nueva obligación conlleve o envuelva la extinción de la obligación primitiva. Porque la novación no puede presumirse; porque es condición esencial para que ella tenga lugar que la intención de sustituir la obligación anterior por la nueva, sea a tal punto clara que no se presente acerca de ella ninguna duda.

Cuando existan causas para que un patrono pueda dar por terminado el contrato de trabajo con un asalariado suyo, debe invocarlas en el momento de provocar su ruptura y no después en el juicio que surja de ese hecho unilateral. Y es que el contrato de trabajo debe ejecutarse de buena fe, sin que sea permitida la sorpresa entre los contratantes, de modo que con toda lealtad debe expresarse por uno de ellos al otro cuáles son los motivos determinantes de una extinción unilateral y esa manifestación es lógico que se haga en el momento mismo de efectuarse la terminación del contrato. Por consiguiente, peca contra esa buena fe el que con posterioridad a la extinción del convenio se aduzca por cualquiera de las partes razones, hechos o motivos que justifiquen esa terminación unilateral, o que en juicio se invoquen unos nuevos, no alegados en el momento de provocar su ruptura.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía).

Bogotá, junio dos de mil novecientos cuarenta y ocho.

Por medio de apoderado, Alberto Delgado Martí, demandó a la sociedad denominada "Industria Colombiana de Aceites y Grasas Vegetales, S. A., ICOGRASA", domiciliada en esta ciudad, a fin de que le reconociera y pagara por concepto de sueldos devengados la suma de setecientos treinta pesos (\$ 730.00), y, además, quinientos dos pesos con noventa y siete centavos (\$ 502.97) por cesantía. Igualmente pidió que se condenara a la misma sociedad a pagar el valor de los sueldos que habría devengado desde el día de su retiro hasta aquel en que se le hiciera el pago de sus prestaciones, y también las costas del juicio.

Entre los hechos primordiales de la demanda se anotan los siguientes:

Que Delgado Martí trabajó como empleado de la sociedad demandada desde el 1º de diciembre de 1943 hasta el 9 de julio de 1945; que devengó un sueldo de ochenta pesos desde el 1º de diciembre de 1943 hasta el 1º de enero de 1944; que en el mes siguiente devengó cien pesos; que en el mes de febrero siguiente devengó ciento veinte pesos; que por Resolución de la Junta Directiva de la empresa, de fecha 29 de febrero de 1944 la sociedad resolvió asignarle que progresivamente aumentaría en diez pesos cada mes, con base en los \$ 120.00 que devengaba el 1º de febrero al 1º de marzo de 1944; que esta fijación de sueldo fue aceptada por el demandante; que la sociedad demandada cumplió la obligación de aumentarle el sueldo durante los meses de marzo, abril y mayo de 1944, hasta llegar a \$ 150.00. En junio de 1944 la sociedad le pagó únicamente la suma de \$ 150.00 y continuó pagando esta suma hasta el 1º de marzo de 1945 (9 meses). Que en el mes de marzo de 1945 le pagó \$ 180.00, y luego le aumentó a \$ 200.00 durante los meses de abril, mayo y junio de 1945.

Sostiene el demandante que la sociedad no cumplió con la obligación de pagar el sueldo con los aumentos respectivos, y que por tal concepto se le debe la diferencia que resulte entre las sumas recibidas y las que debió pagarse, y que en virtud del incumplimiento de las obligaciones de la parte demandada se vio precisado a retirarse de su servicio.

El Juzgado del conocimiento desató la litis con fecha treinta de noviembre de 1946 y condenó al pago de la suma de \$ 1.982.75 por

sueldos no pagados, cesantía y sueldos por el tiempo que faltaba para completar el término del contrato presuntivo.

Esta providencia fue apelada por la sociedad demandada, y el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, con fecha ocho de julio de mil novecientos cuarenta y siete, revocó la sentencia de primer grado en cuanto a las condenaciones hechas contra la expresada sociedad.

Contra esta última providencia se ha interpuesto el recurso de casación, el cual se tramitó convenientemente y se va a decidir por medio de este fallo.

EL RECURSO

Sin ceñirse estrictamente a la técnica que señala el artículo 531 del C. J., el recurrente presenta un escrito en el cual alega, en síntesis, que se violó por aplicación indebida, el artículo 1687 del C. C. que define la novación, de donde resulta que invocó la causal 1ª del artículo 520 del C. J.

“La tesis y fundamento centrales del fallo es (sic) la que obra al folio 92 del expediente, en donde dice: “ambas partes con su consentimiento a la modificación del contrato, tales modificaciones constituyen fenómenos de novación que al tenor del artículo 1693 del Código Civil extingue las obligaciones anteriores”. Pero el hecho evidente es que Delgado Martí no ha expresado su consentimiento referente a aceptar la cancelación del sueldo progresivo; de esta aseveración nuestra las posiciones absueltas por el actor son una prueba incontrastable. Una cosa es que él recibiera el sueldo que le entregaba la demandada y otra muy distinta el que esa aceptación implicara o presumiera la aceptación de la modificación del sueldo progresivo. No pueden confundirse los dos términos pues son esencialmente distintos.”

“Como el demandante recibió, sin hacer ninguna objeción, un sueldo de ciento cincuenta pesos (\$ 150.00) mensuales durante nueve meses, a pesar del aumento decretado por la Junta Directiva, el recurrente afirma que ese hecho no quiere decir que su silencio envuelva una modificación del convenio sobre sueldo progresivo, pues tal cosa no consta en ninguna parte del expediente, y sí consta su negativa a tal hecho. El convenio de sueldo progresivo, agrega, resuelto por la Junta y aceptado por el actor, no ha sido modificado o revocado por la Junta y Delgado, por lo menos de tal hecho no hay constancia en el expediente, legalmente válida.”

Para mejor entendimiento de la cuestión es bueno indicar aquí que el problema se reduce a examinar lo siguiente:

La Junta Directiva de la empresa demandada, según lo confiesa en posiciones su representante, decidió aumentar la remuneración al empleado Delgado Martí, sobre la base de un sueldo de \$ 120.00, en razón de diez pesos mensuales. Pero no le fijó ningún límite a este aumento. Sin embargo, desde el mes de junio de 1944 hasta el primero de marzo del año siguiente solamente le pagó al empleado la cantidad de ciento cincuenta pesos (\$ 150.00) como sueldo. Y ocurrió que el empleado no hizo ningún reclamo sobre el particular, y, muy al contrario, firmó los recibos que se encuentran en autos, de los cuales aparece que esa cantidad fue aceptada como el respectivo sueldo, sin consideración al aumento que se había acordado por la Junta.

Según la palabras del representante de la parte demandada, el ánimo fue el de elevar ese sueldo únicamente a ciento cincuenta pesos, porque no podía suponerse que se tratara de un aumento progresivo sin limitación alguna. Más adelante la Junta resuelve subir la asignación de Delgado Martí a \$ 180.00, y por último, según las afirmaciones del demandado, a \$ 200.00. (Cita el Acta número 33).

El Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá estimó que por cuanto el empleado no hizo ningún reclamo, se efectuó el fenómeno jurídico de la novación, y por consiguiente la obligación de pagarle el aumento progresivo del sueldo quedó extinguida.

A este examen se reduce, pues, la cuestión materia del presente recurso.

Se considera:

Según el artículo 1687 de nuestro Código Civil, la novación es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por lo tanto extinguida. Es, pues, uno de los medios de extinguir las obligaciones. Pero para que pueda entenderse que hay novación es preciso que se declare así por las partes, o que aparezca de manera indudable la intención de novar, en términos tales que la nueva obligación conlleve o envuelva la extinción de la obligación primitiva.

Si simplemente el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes se suspende por una de ellas, sin que la otra formule ningún reclamo, no puede sostenerse que ha surgido una obligación distinta, que haya de mirarse como sustitución de la anterior.

En el caso que se estudia se tiene lo siguiente: el patrono se había obligado a pagar determinada remuneración a su empleado; se

ajustó a un aumento progresivo que habría de llevarse a cabo en la forma prevista por la Junta Directiva de la empresa demandada. Pero habiéndose ascendido el sueldo del empleado, por aumentos de \$ 10.00 mensuales, se le estabilizó, sin nuevo acuerdo, en la cantidad de \$ 150.00, durante algunos meses, sin que mediara reclamo alguno por su parte. Posteriormente se elevó el sueldo a la cantidad de \$ 200.00 mensuales.

El Tribunal Seccional considera que estas circunstancias configuraron el fenómeno jurídico de la novación y que, en consecuencia, la empresa quedó libre de la obligación de pagar el sueldo de su empleado en las condiciones anteriores, pues por no haberse formulado reclamo alguno en relación con el aumento del sueldo del trabajador, y haberse aceptado la remuneración que se le siguió pagando, este hecho modificó las condiciones anteriores en que se venía cumpliendo el contrato de trabajo.

Pero es necesario advertir que la novación no puede presumirse; que es condición esencial para que ella tenga lugar que la intención de sustituir la obligación anterior por la nueva, sea a tal punto clara que no se presente acerca de ella ninguna duda. "La intención novatoria es indispensable, ya que la creación de una obligación nueva por su objeto, la designación de un deudor o de un acreedor nuevos, pueden presentar un significado distinto que la novación... Ningún hecho, por tanto, puede implicar, por sí solo y necesariamente, la novación. Para que ésta exista es necesario que a parte del cambio efectuado en la obligación original aparezca la voluntad de las partes a fin de extinguirla y reemplazarla por la nueva." (Planiol y Ripert):

No habiendo, como en el caso que se examina, ni cambio de personas, ni de objeto, pero ni siquiera modificaciones expresas pactadas en relación con la obligación primitiva, es injurídico admitir que se haya presentado el fenómeno de la novación, y muchísimo menos que del silencio guardado por una de las partes en lo tocante al salario que debió recibir, pueda presumirse la intención de novar las condiciones de su contrato con la empresa demandada.

La sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo, no es pues, bien fundada en derecho en su parte considerativa, ya que en la dispositiva esta corporación está de acuerdo por las consideraciones que se harán en seguida.

Las partes están acordes en los hechos que constituyen el problema que se estudia. Evidente es, porque lo confiesa el representan-

te de la sociedad demandada, que la Junta Directiva de la sociedad acordó un aumento progresivo de diez pesos (\$ 10.00) en el sueldo que venía devengando Delgado Martí; que al llegar dicha asignación a la cantidad de ciento cincuenta pesos (\$ 150.00) se estabilizó allí durante nueve meses; que más adelante se ascendió a \$ 180.00 mensuales, y que por fin se señaló por acuerdo de la Junta Directiva en la suma de \$ 200.00.

También está establecido por los recibos que se acompañaron al expediente, que se encuentran a folios 33 y siguientes, que el demandante aceptó como sueldo la expresada cantidad de ciento cincuenta pesos (\$ 150.00) sin que haya constancia de haber reclamado el aumento progresivo que se había acordado por la Junta Directiva, o al menos mostrado su inconformidad por no pagársele dicho aumento. En ellos se expresa de modo terminante que se trata de la totalidad del sueldo devengado en cada mes. En el correspondiente al mes de agosto de 1944 se lee lo siguiente: "Por \$ 150.00. Recibí de la Industria Colombiana de Grasas "Icograsas", S. A., la suma de CIENTO CINCUENTA PESOS (\$ 150.00) valor de mi sueldo como empleado de dicha compañía en el presente mes de agosto. Bogotá, agosto 26 de 1944. (Fdo.) Alberto Delgado Martí". (El subrayado es del Tribunal). En otros recibos se totalizan los mismos ciento cincuenta pesos, y expresa el trabajador que se trata de su sueldo.

En presencia de esta situación de hecho ¿podrá admitirse que el empleado sabiendo que tenía derecho a exigir mayor remuneración se allanara a dar por cancelado, mes por mes, el respectivo sueldo, sin que mediara la más leve reclamación sobre el particular? ¿O fue que prefirió reservar para otra ocasión el reclamo de la cantidad que consideraba se le quedaba a deber?

Para este Tribunal no hay duda de que si aceptó como remuneración por los meses expresados la suma de ciento cincuenta pesos, sin objeción alguna, aun con el convencimiento de que posteriormente se le arreglaría o mejoraría su asignación, como lo explicó él mismo en posiciones, se consolidó la relación jurídica entre patrono y trabajador definiendo en esa forma el monto de la asignación cuyo aumento no se había limitado claramente al ser acordado por la Junta de la empresa demandada.

Es norma general de derecho la de que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y ella opera lo mismo en las relaciones civiles que en las del derecho del trabajo, porque justamente su finalidad es la de regular las relaciones entre el capital y el trabajo en forma que armonice los encontrados intereses, por lo cual debe perseguirse en el

desarrollo de los contratos el leal entendimiento de las partes. Y si esto es así, en el caso que se contempla, la aceptación que hizo del sueldo, durante un lapso de nueve meses, el empleado demandante, debe entenderse como una manifestación de conformidad con la manera como la empresa cumplía sus obligaciones con aquél, pues, de lo contrario, lo indicado habría sido que el empleado produjera su reclamo oportunamente, caso en el cual al no ser atendido, se habría colocado en situación de poder dar por terminado el contrato con justo motivo. Mas no ocurrió así, y por lo mismo, el posterior retiro que pretende justificarse con la falta de cumplimiento de las obligaciones del patrono, no puede admitirse, mucho menos cuando corrió un apreciable término sin que mediara ninguna reclamación al respecto.

Ya ha dicho esta corporación que cuando existan causas para que un patrono pueda dar por terminado el contrato de trabajo con un asalariado suyo, debe invocarlas en el momento de provocar su ruptura y no después en el juicio que surja de ese hecho unilateral. (Juicio de Fernando Fábregas contra Laboratorios Hormona). Y es que el contrato de trabajo debe ejecutarse de buena fe, sin que sea permitida la sorpresa entre los contratantes, de modo que con toda lealtad debe expresarse por uno de ellos al otro cuáles son los motivos determinantes de una extinción unilateral y esa manifestación es lógico que se haga en el momento mismo de efectuarse la terminación del contrato. Por consiguiente, peca contra esa buena fe el que con posterioridad a la extinción del convenio se aduzcan por cualquiera de las partes razones, hechos o motivos que justifiquen esa terminación unilateral, o que en juicio se invoquen unos nuevos, no alegados en el momento de provocar su ruptura.

Quiere decir lo anterior que si es verdad que no hubo novación del contrato, por el hecho de haberse aceptado la remuneración de que se ha hablado tantas veces, sí emerge de ese hecho un acuerdo de voluntades respecto al sueldo que debía ganar el trabajador como contraprestación de los servicios que prestaba a la parte demandada, acuerdo que en forma alguna puede mirarse como renuncia de derechos de aquél, y que tiene toda la fuerza para dejar en firme la asignación pagada.

En mérito de estas breves razones, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida en cuanto considera que hubo novación de contrato, revoca la sentencia de pri-

mer grado y en su lugar falla: Se absuelve a la empresa demandada de los cargos de la demanda.

Sin costas.

Cópiase, 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.

EMPLEADOS DE CONFIANZA

Cuando se habla de empleados de confianza, no puede admitirse que la ley se refiera únicamente a aquellos que manejan dineros, como cajeros, pagadores, etc. No. Basta con el solo hecho de que se pongan bajo su confianza determinados intereses de orden moral o material, esto es, que para los fines que se persiguen se descargue sobre el empleado la responsabilidad consiguiente, para que se configure aquel factor. La condición de capataz, en su trivial acepción da la idea de supervigilancia de un personal necesariamente colocado en un plano inferior, de obediencia, sometido a la dirección inmediata de él. La fiscalización, esto es, la facultad de vigilar y dirigir las actividades de los demás trabajadores de una empresa, hace todavía más inconfundible su condición de empleado exceptuado de la jornada legal.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía).

Bogotá, junio tres de mil novecientos cuarenta y ocho.

Ante el Juzgado del Trabajo de Magangué se ventiló el juicio instaurado por Vicente Carleo contra Ermelinda Ricci Pavanelli fu de Carlo para obtener el reconocimiento y pago de algunas prestaciones sociales, cuyo monto se señaló en la demanda en la cantidad de dieciocho mil trescientos treinta y seis pesos con noventa centavos (\$ 18.336.90).

Los hechos sustentadores de la demanda fueron los siguientes: Que desde abril de 1936 hasta junio de 1944 el demandante estuvo al servicio de la empresa demandada como capataz, con funciones de dirección, vigilancia y fiscalización; que el sueldo devengado fue, desde abril de 1936 a agosto del mismo año, de sesenta pesos mensuales; de septiembre de 1936 a junio de 1939, de noventa pesos; de

julio de 1939 a junio de 1944, de ciento cincuenta pesos mensuales. Que a fines de octubre de 1943 la empresa representada por la demandada convino en pagarle voluntaria y amigablemente el valor de las prestaciones sociales, por concepto de horas suplementarias, domingos y días feriados, vacaciones y cesantía, en todo el lapso comprendido entre abril de 1936 y octubre de 1943, y que, por tal concepto, recibió la suma de mil ochocientos noventa y nueve pesos con sesenta centavos (\$ 1.899.60) creyendo que con esta suma se hallaba bien pagado. Que tal liquidación fue equivocada, y que, en suma, computando las horas extras dejadas de pagar, vacaciones en ocho años y dos meses y cesantía, se le adeuda la cantidad de \$ 18.336.90.

Con fecha dos de noviembre de 1946 el Juez de primer grado dictó sentencia para desatar el litigio y en ella reconoció la excepción de prescripción alegada por la parte demandada; dio validez al arreglo efectuado entre las partes, en virtud del cual recibió la cantidad atrás mencionada el demandante Carleo, y condenó únicamente por horas extras, dominicales y otros días feriados en el nuevo lapso de servicios, que empezó a contarse desde el primero de noviembre de 1943 hasta el treinta de junio de 1944, además de la correspondiente cesantía sobre la base de un sueldo mensual de ciento cincuenta pesos mensuales.

Condenó también el Juez de Magangué a pagar por concepto de intereses la cantidad de doscientos noventa pesos (\$ 290.00).

Esta providencia fue apelada para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Cartagena, entidad que con fecha 29 de mayo de 1947 decidió lo siguiente:

"1.—Refórmase la sentencia del señor Juez del Trabajo de Magangué, de fecha dos (2) de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis (1.946) dictada en el juicio de prestaciones sociales intentado en aquel juzgado por el señor Vicente Carleo, por medio de apoderado, contra la señora Ermelinda Ricci Pavanelli fu de Carlo, representada por el señor Romualdo Lacorazza.

"2.—Declárase válido el acuerdo o liquidación consignado en el documento de fecha veintiocho (28) de octubre de mil novecientos cuarenta y tres (1943) y que cobija las prestaciones a que tenía derecho el actor, de abril de mil novecientos treinta y seis (1936) a octubre inclusive de mil novecientos cuarenta y tres (1943).

"3.—No hay lugar al pago de horas extras o suplementarias, ni al de domingos, días feriados o vacantes.

"4.—Condénase a la demandada señora Ermelinda Ricci Pava-

nelli fue de Carlo, representada legalmente por el señor Romualdo Lacorazza, a pagar al actor señor Vicente Carleo, la suma de cien pesos (\$ 100.00) por concepto de cesantía correspondiente al lapso comprendido del primero de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres (1.943) a junio inclusive de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944).

EL RECURSO

Contra esta providencia se interpuso el recurso de casación por el apoderado del actor, el cual fue admitido por este Tribunal y habiéndose tramitado convenientemente, se va a decidir mediante el examen de las acusaciones que la demanda plantea.

PRIMER CARGO

“Acuso la sentencia del H. Tribunal de Cartagena, de fecha veintinueve de mayo de mil novecientos cuarenta y siete, por la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, o sea por violación de la ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida y errónea interpretación, y como consecuencia de apreciación errónea de las pruebas.

“Dice el Tribunal en relación con la excepción de transacción propuesta por la parte demandada, que lo relevante es verificar si de acuerdo con los documentos presentados se trata de un arreglo parcial o definitivo, o si hubo un error de cuenta, o si conforme a dichos elementos de juicio quedaron canceladas las prestaciones sociales a que se refieren tales elementos.

“El primer error del sentenciador está en considerar como postulado de la demanda, que el acuerdo a que se refiere la sentencia tiene únicamente como fin un arreglo parcial o definitivo de las prestaciones sociales correspondientes al actor, pues contrariamente a esta apreciación del sentenciador, la demanda afirma expresa y claramente: que tal acuerdo carece de la fuerza legal necesaria para darle el significado de pago de las prestaciones sociales objeto de las acciones propuestas. En efecto, la sentencia deduce que el doctor Luis B. Romero tenía personería suficiente para hacer las declaraciones de pago y transacción a que se refiere el documento que figura al folio 2 del cuaderno de pruebas del demandado, sencillamente por la circunstancia de haber existido ese poder en el juicio sobre pres-

taciones ya fenecido, que tuvo lugar entre el demandante Carleo y la Casa G. B. Valera & Ricci, por medio de apoderado.”

Agrega que por haber reconocido el arreglo verificado por el doctor Romero a nombre del demandante, violó los artículos 2189, 2190, 2469, 2470, 2471 y 2489 del C. C., porque el mandato había terminado cuando el doctor Luis B. Romero firmó el recibo que consta en autos. También estima el recurrente que por el mismo hecho se violaron los artículos 593, 606 y 632 del C. J.

Se examina el cargo.

Gira toda la argumentación del recurrente en torno a la circunstancia de haberle dado mérito la sentencia al arreglo de que da cuenta el recibo que obra en el expediente, firmado por el doctor Luis B. Romero, como apoderado del demandante, pues afirma que dicho señor carecía de facultad para efectuar transacciones en nombre de Carleo, por lo cual no obliga ese arreglo a este último. Que el poder que le había conferido era únicamente para entablar la respectiva acción judicial y, por tanto, no podía representar Romero a Carleo en un arreglo hecho fuera de juicio. Y que habiendo obrado aquél sin la representación del demandante, por haber terminado el mandato, la transacción efectuada carece de valor.

Ante todo debe aquí decirse que la acusación ha sido formulada en esta parte sin acondicionarse suficientemente a la técnica de casación ya que se invoca la causal 1ª del art. 520 del C. J. que contempla diversas modalidades de la violación legal, que el recurrente presenta en una sola. Porque afirma que hubo violación de la ley sustantiva por infracción directa, al mismo tiempo que aplicación indebida y errónea interpretación, producida por la equivocada apreciación de las pruebas. Y sabido es que estos conceptos de violación legal son sustancialmente distintos, y de ahí, por qué se exija, cuando se invoca esta causal, que se expongan separadamente las formas o modalidades de la violación alegada. Pero sea de ello lo que fuere, lo que aparece al través de la demanda es que se dio a determinadas pruebas un valor que no tienen, lo que condujo al sentenciador a incurrir en un error, que no se expresa si es de hecho o de derecho. Tal error consistió en haber estimado que el recibo o finiquito firmado por el doctor Luis B. Romero tiene algún valor probatorio en cuanto al demandante Carleo, de donde resultó que se violaron las disposiciones legales relativas al mandante, lo mismo que las referentes a la transacción, de que ya se ha hablado, según las voces de la demanda.

El Tribunal de instancia, a su turno, estima que el arreglo veri-

ficado por el doctor Luis B. Romero, a nombre de Vicente Carleo tiene perfecto valor, y no entra a considerar la argumentación formulada en el sentido de que el poder conferido por éste no contemplara el arreglo directo extrajudicial. Le da mayor importancia al hecho de que el mismo doctor Romero, obrando como apoderado del demandante en la misma demanda, asevera que la casa de G. B. Valera & Ricci entregó la suma de \$ 1.899.60, que fue recibida por Carleo, lo cual tiene el valor de una confesión.

El documento de que se trata, que obra al folio 2 del cuaderno de pruebas es un finiquito en el cual el doctor Luis B. Romero, diciéndose apoderado especial del señor Vicente Carleo, con autorización para transigir y recibir "según aparece del poder adjunto" recibe para su representado la cantidad atrás mencionada. Pero como no se encuentra allí el poder de que se habla en el finiquito, se dice que se trata del que le había sido conferido para entablar la **acción conducente** contra la casa G. B. Valera & Ricci, ante el Juzgado Municipal de Magangué.

Para este Tribunal no es sustancial examinar si el poder con que obró el doctor Luis B. Romero para verificar el arreglo de que se viene haciendo mérito comprendía la facultad de transigir en forma extrajudicial. El hecho cierto es que el doctor Romero obró en representación de Carleo, con o sin facultad suficiente; que Carleo recibió la suma que el doctor Romero convino en aceptar como valor de las prestaciones que se debían a Carleo hasta el 31 de octubre de 1943, y que no solamente no desautorizó el demandante a quien había obrado en su nombre en tal arreglo, puesto que volvió a conferirle poder para demandar, debiendo saber en qué forma había cumplido su cometido, sino que aceptó por lo mismo los términos de la demanda, en la cual, en forma expresa, y a nombre del demandante se reafirma el arreglo contenido en el documento firmado por el doctor Romero el 28 de octubre de 1943.

El hecho en sí mismo no podría desconocerse hoy, con el pretexto de que el citado doctor Romero carecía de facultad para transigir en nombre de Carleo, porque la aseveración no contradicha que este mismo abogado hizo en la demanda, en el hecho tercero, es de una fuerza definitiva: "A fines de mil novecientos cuarenta y tres la casa representada por el señor Lacorazza convino voluntaria y amigablemente con el señor Carleo en reconocerle, liquidarle y pagarle hasta el día último del mismo mes de octubre de ese mismo año el valor de las prestaciones sociales, por concepto de horas suplementarias o extras, domingos y días feriados, vacaciones y cesantía, por

todo el tiempo atrás que había estado Carleo al servicio de la casa, es decir, desde abril de 1936 hasta octubre de 1943". Y agregó: "4.— De conformidad con ese convenio amigable la casa por medio de Lacorazza le dio a Carleo, y éste recibió, por medio del suscrito apoderado, la cantidad de mil ochocientos noventa y nueve pesos con sesenta centavos (\$ 1.899.60); creyendo de este modo, aunque incurriendo en error de cuenta, que con esa cantidad quedaba cubierto el valor de todas las prestaciones en referencia".

En presencia de estos hechos, aducidos precisamente como fundamentos de la demanda, resulta inválido el cargo de la falta de personería alegada, pues puede sostenerse que, en último término el doctor Romero no obró como mandatario de Carleo, no obstante haberse expresado claramente en qué carácter intervino en el arreglo, lo hizo en tal caso como agente oficioso, y si por su intermedio no solamente se llegó a aquél sino que se puso en manos del reclamante la cantidad acordada, que fue aceptada sin observación alguna, en forma inmediata, sería contrario a la realidad de los hechos desconocer el valor de ese arreglo tan sólo porque posteriormente, una vez recibido el producto derivado de esa operación, se alegara que el abogado autor de ella, carecía de facultad para transigir por habérsele conferido el poder únicamente para intentar la respectiva acción judicial. Además, el presunto apoderado al expresar en el recibo en qué condición asume la representación de Carleo, indicó que acompañaba el poder correspondiente.

Por otra parte, debe observarse que no obstante haberse conferido el nuevo poder pocos días después del arreglo de que se viene hablando, no se inició inmediatamente la acción para el pago de la cantidad que se estimaba que había quedado pendiente, sino que, al contrario, el demandante continuó al servicio de la parte demandada por varios meses más, hecho este que indica también su aceptación del arreglo llevado a cabo por quien asumió su representación en el tantas veces mencionado arreglo.

De esta manera considerado el asunto, llégase fácilmente a la conclusión de que el cargo no puede prosperar en casación; y como por otra parte, no se acusó la sentencia por error de hecho o de derecho en la estimación de la prueba, en forma que obligara a este Tribunal a profundizar en el examen de ella, para determinar si hubo una equivocada estimación que llevara al sentenciador a incurrir en un manifiesto error, no emerge de la acusación formulada contra el fallo la violación legal que se pretende. A todo lo cual debe agregarse que el Tribunal de instancia, en materias laborales, goza de un ámbito de gran amplitud para apreciar las pruebas que se utilicen ante

la jurisdicción especial, el cual no puede limitarse sino en el caso de que el cargo se formule en las circunstancias que atrás se dejaron anotadas.

Por esta razón se desestima el primer cargo.

SEGUNDO CARGO

“El H. Tribunal sostiene que Carleo por el hecho de aparecer como capataz de la finca Santa Teresa es un empleado de supervigilancia o dirección, de confianza o manejo y que, en consecuencia, a la luz de la Resolución número 1º de 1934 del Departamento Nacional del Trabajo, no tiene derecho al pago de horas extras y demás reclamaciones que contiene su demanda. O sea que no gozaba de la limitación de la jornada de trabajo impuesta por el artículo 15 de la Ley 10 de 1934.”

“De manera que el Tribunal, en su sentencia, violó directamente por interpretación errónea el artículo 15 de la Ley 10 de 1934 en cuanto consideró que Carleo estaba exceptuado de la jornada legal de ocho horas. Violó asimismo el Decreto Ejecutivo 895 de 1934 que aprueba la Resolución número 1º de 1934 del Departamento Nacional del Trabajo, en cuanto consagra excepciones a la jornada máxima de trabajo e impone la sobrerremuneración de las horas extras en los artículos 2º y 10. Violó los artículos 5º de la Ley 57 de 1926 y 9 y 10 del Decreto 1278 de 1931 que señalan doble salario para el trabajador que labora los domingos. Violó las Leyes 38 de 1937 y 35 de 1939, sobre descanso remunerado de los días feriados. Violó, por último, el artículo 14 de la Ley 10 de 1934 sobre vacaciones y auxilio de cesantía.

“Esta sistemática violación de la ley sustantiva laboral se debió al desconocimiento de lo que debe entenderse por empleado de dirección, y a la vez, por omitir el darle valor legal a pruebas que sí lo tenían suficientemente. Así el H. Tribunal no le dio el valor de plena prueba en orden a reconocer los trabajos que ejecutaba Carleo, a las instrucciones y órdenes recibidas por éste de la administración y que constan en el documento privado, denominado memorándum, a las declaraciones presentadas para demostrar la clase de trabajo desarrollado y las horas empleadas en él, y al instrumento público que demuestra quién era el encargado de la dirección de la empresa y de su vigilancia. Y por estos aspectos el H. Tribunal violó los siguientes preceptos del Código Judicial: artículos 593, 597, 606, 632, 637, 662, 664 y 697. Y como consecuencia, violó los textos citados en esta de-

manda y conforme a los cuales tenía el señor Carleo los derechos invocados en su demanda.”

Se examina el cargo.

Se trata en síntesis de que el empleo que desempeñaba Carleo en la hacienda de Santa Teresa, no era de dirección, supervigilancia, ni de confianza, porque según las instrucciones por él recibidas estaba sometido a las órdenes de otras personas. Que esa subordinación le quitaba el carácter de empleado exceptuado de la jornada legal.

La formulación de este cargo es, en sentir de este Tribunal, un tanto deficiente, porque se dice que se interpretó erróneamente el artículo 15 de la Ley 10 de 1934, en cuanto consideró que Carleo estaba exceptuado de la jornada legal. Aun cuando no lo expresó, debiendo hacerlo, de conformidad con el artículo 531 del C. J., la causal invocada es la primera del artículo 520 del mismo.

¿En qué forma interpretó torcida o equivocadamente el fallador la citada disposición? Porque interpretar es buscar el sentido de la disposición y no hay lugar a incurrir en error en la interpretación de un precepto tan claro como el del artículo 15 de la Ley 10 cuando dice que “ningún empleado podrá ser obligado a trabajar más de ocho horas por día”. Si Carleo trabajó más de las ocho horas por habersele obligado a ello, es esa una cuestión de hecho. Por lo tanto, el cargo ha debido encaminarse a demostrar que el Tribunal incurrió en algún error de hecho en la apreciación de alguna o de algunas pruebas, de las cuales se pudiera deducir que al empleado se le exigió un trabajo expresamente prohibido por la ley. Pero en el mismo párrafo se apunta la violación del Decreto Ejecutivo 895 de 1934, en sus artículos 2º y 10, el primero que consagra excepciones a la jornada legal y el segundo que establece la sobrerremuneración por el trabajo que se ejecute fuera de esa jornada.

Ya en estas circunstancias debe relacionarse la acusación con el concepto de la violación que se señala en el párrafo subsiguiente por la demanda, en el sentido de que no se apreciaron en todo su valor algunas pruebas, de las cuales destaca solamente las contenidas en el “llamado memorándum”, que contiene las instrucciones que le fueron dadas a Carleo para el desempeño de su cargo, y el instrumento público que “demuestra quién era el encargado de la dirección de la empresa y de su vigilancia”. Pero por este mismo hecho tiene que observarse, una vez más, que si se trata de equivocada apreciación de las pruebas, el Tribunal sentenciador es autónomo para ella, y solamente cuando se incurre en error ostensible de hecho o de derecho es viable la casación por este motivo. Pero no se invocó esta

modalidad de la causal primera, sino que, se dice que hubo violación directa del Decreto Ejecutivo 895 de 1934. Mas, con todo, el Tribunal tiene que considerar, no obstante la deficiencia anotada, que el reparo que se hace a la sentencia acusada, sobre la base de las instrucciones recibidas por Carleo, si bien es cierto que indican su condición de subordinado, no le quitan el carácter de empleado de vigilancia y dirección, dentro de los límites naturales de su actividad. Y es ello de tal certidumbre que en la misma demanda se califica así al demandante cuando se dice que Carleo "estuvo al servicio de la empresa demandada como capataz, con funciones de dirección, vigilancia y fiscalización", cosa que se sienta como uno de los hechos fundamentales del reclamo. Por lo cual, es por lo menos inexplicable que hecha semejante aseveración por el apoderado del demandante, se pretende después infirmarla por la misma parte que presenta como cierto ese hecho.

Además, y ya lo ha dicho esta Corporación en diversos fallos, cuando se habla de empleados de confianza, no puede admitirse que la ley se refiere únicamente a aquellos que manejan dineros, como cajeros, pagadores, etc. No. Basta con el solo hecho de que se pongan bajo su confianza determinados intereses de orden moral o material, esto es, que para los fines que se persiguen se descargue sobre el empleado la responsabilidad consiguiente, para que se configure aquel factor. Y para el caso que se examina, la condición de capataz, en su trivial acepción da la idea de supervigilancia de un personal necesariamente colocado en un plano inferior, de obediencia, sometido a la dirección inmediata de aquél. La fiscalización, esto es la facultad de vigilar y dirigir las actividades de los demás trabajadores de una empresa, y que también se apunta el mismo demandante como función aneja a su cargo hace todavía más inconfundible su condición de empleado exceptuado de la jornada legal.

Violación de las disposiciones sobre descanso dominical remunerado y de días feriados distintos (artículo 5º de la Ley 57 de 1926 y 9º y 10 del Decreto Ejecutivo 1278 de 1931).

En un solo párrafo, como se ha visto, se reúnen las acusaciones contra la sentencia, por diversos conceptos, lo cual es contrario a la técnica de casación que señala el artículo 531 del C. J., cuando establece que debe señalarse la causal invocada, con indicación clara y precisa de los fundamentos de ella con cita de los textos legales que se estimen infringidos.

Aquí no se hizo la debida separación ni se explica en qué forma se operó la violación legal. Apenas se afirma que aquellas disposicio-

nes fueron violadas, y como el recurso de casación no es una tercera instancia sino un medio extraordinario que se instituye con el objeto de alcanzar la infirmación del fallo, es preciso que se señale con claridad cuál es la parte de la sentencia que se encuentra en oposición a la norma legal, para que el Tribunal tenga el derrotero conveniente a seguir, pues no puede pretenderse que se haga la revisión de todo el haz probatorio para desentrañar la violación en que haya incurrido el sentenciador, porque no se trata de una tercera instancia, como ordinariamente suele creerse. De manera que no expresándose en la demanda de casación el concepto de la violación, por lo que hace a las disposiciones citadas por el recurrente, en lo referente a dominicales y otros días feriados, esta corporación no podrá examinar estos cargos, involucrados indebidamente dentro del relativo a la jornada legal que ya se dejó analizado.

Resulta aquí de gran pertinencia transcribir una de las muchas decisiones de la Corte Suprema de Justicia en relación con la técnica de casación, para hacer resaltar la deficiencia que se anota en la formulación de este cargo.

Dice así la Corte en sentencia de febrero 17 del año pasado:

“Es bien sabido que el recurso de casación, instituido en interés público de la ley para reparar los errores en que incurran los Tribunales acerca de su verdadero concepto y contenido, está sujeto, por razones derivadas de la naturaleza especial y extraordinaria de este medio procesal, a una sistematización legal técnica ya en lo que se refiere a las sentencias sometidas al recurso, a su interposición y concesión, a su admisión, sustanciación y sentencia. A cada cual corresponde un mecanismo especial que impone una técnica precisa en la forma de acusación de la sentencia. No basta que la Corte haya admitido el recurso para que con base en cualquier reparo sobre la legalidad de la sentencia pueda reabrir el estudio de las cuestiones controvertidas en el juicio como si se tratara de una nueva instancia judicial. Si se acusa el fallo del Tribunal con apoyo en la causal 1ª del artículo 520 del C. J., es indispensable, con el objeto de dar lugar y base al estudio de la Sala de Casación, que se citen en la demanda fundamental del recurso los textos legales que el recurrente estime infringidos y el concepto en que los considere quebrantados.”

Ha dicho el recurrente que se violaron determinadas disposiciones legales referentes a remuneración de dominicales y días feriados distintos; pero en parte alguna ha expresado el concepto de esa violación, lo que obligaría a esta corporación precisamente a examinar todo el juicio para establecer los hechos que condujeron a la

infracción legal, y esta no es en verdad la misión que le corresponde como Tribunal de casación.

Las anteriores razones sirven para declarar que tampoco pueden prosperar los cargos que comprende el segundo capítulo de la acusación.

En mérito de todo lo dicho, 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 29 de mayo de 1947 objeto del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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.

CASACION. MODIFICACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO. OPORTUNIDAD PARA INVOCAR CAUSAL DE TERMINACION DEL CONTRATO. COSTAS.

En repetidas sentencias el Tribunal Supremo del Trabajo ha dicho que el recurso de casación es esencialmente formalista y debe ceñirse a una técnica rigurosa para que pueda ser analizado y prospere. De lo contrario, no da lugar a considerarlo porque la casación no es una tercera instancia que permita con libertad a las partes formular sus alegaciones, sino que la ley da normas y fija pautas para que se entienda correctamente planteado y dentro de las cuales deben obrar los litigantes para acusar los fallos susceptibles de ese recurso.

La demanda de casación debe expresar, según los artículos 520 y 531 del Código Judicial, la causal que se aduzca, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella, citando los textos legales que el recurrente estime infringidos y expresando el concepto preciso de la violación, si directamente o por aplicación indebida o por interpretación errónea. Además, si la violación proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, debe alegar el recurrente al respecto, demostrando que el Tribunal incurrió en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

Para que pueda admitirse que la modificación unilateral de un contrato de trabajo por parte del patrono dé lugar a retiro justificado del trabajador sin perder su derecho a las prestaciones sociales, es lógico entender que el asalariado rechace inmediatamente su desmejoramiento, o lo haga valer como causa justa de su retiro tan pronto como ocurra. Pero el hecho de aceptar nuevas condiciones de trabajo, suscribir otro contrato en

que ellas consten, y trabajar en esa forma durante algún tiempo, implica una manifestación clara de conformidad del trabajador con su nueva situación, que no es oportuno alegar después como causal justificativa de rompimiento de su relación de trabajo.

Cuando existan causas para que un patrono pueda dar por terminado el contrato de trabajo con un asalariado suyo, debe invocarlas en el momento de provocar su ruptura y no después en el juicio que surja de ese hecho unilateral. El contrato de trabajo debe ejecutarse de buena fe, sin que sea permitida la sorpresa entre los contratantes, de modo que con toda lealtad debe expresarse por uno de ellos al otro cuáles son los motivos determinantes de una extinción unilateral y esa manifestación es lógico que se haga en el momento mismo de efectuarse la terminación del contrato. Por consiguiente, peca contra esa buena fe el que con posterioridad a la extinción del convenio se aduzcan por cualquiera de las partes razones, hechos o motivos que justifiquen esa terminación unilateral, o que en juicio se invoquen unos nuevos, no alegados en el momento de provocar su ruptura.

Nuestra jurisprudencia ha dicho que las costas son aspecto accesorio del debate y no son susceptibles de ataque en el recurso de casación. Sólo por excepción, cuando se ha pedido como uno de los elementos que integran la acción, puede considerarse su condena como aspecto principal y entrar a ser materia de estudio en casación.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla).

Bogotá, junio ocho de mil novecientos cuarenta y ocho.

Roberto Gómez demandó a la sociedad Singer Sewing Machine Company, ante el Juez del Circuito en lo Civil de Barranquilla, para el pago de las siguientes sumas de dinero:

\$ 7.537.56 por concepto de auxilio de cesantía, por catorce años y medio de trabajo, a razón de \$523.28 por cada uno, que es el promedio de sueldo mensual durante los tres últimos años;

\$ 934.54, como saldo de la comisión que la empresa dejó de pa-

garle por la venta que hizo, por mediación del demandante, a Confecciones Colombia, de un equipo de máquinas y mercancías en general;

\$ 3.000.00, como valor de la comisión que devengó como Jefe de la Tienda de Medellín, de la Empresa, consistente en un 5% del producto de las remesas, según la circular de enero 15 de 1941; y

Por las costas del juicio.

En una extensa narración de hechos, cuyo número asciende a treinta y nueve, funda esas peticiones. Se procurará resumirlos. Dicen así:

El 4 de abril de 1927 empezó a prestar sus servicios personales como empleado a la sociedad demandada, hasta el 15 de octubre de 1941. En los últimos tres años fue Jefe de la Tienda que la compañía tiene en Medellín y el último contrato de trabajo celebrado con la empresa es de fecha 24 de agosto de 1940. En este último convenio se fijó un sueldo de \$ 75.00 pesos colombianos por semana, y, además, una comisión del 3% del importe de las remesas que como Jefe de Tienda debía enviar mensualmente. Según el contrato, el promedio semanal de remuneración no podía exceder de \$ 120.00 ni ser inferior a \$ 75.00. El promedio mensual en los tres últimos años fue de \$ 523.28, sin contar un 5% eventual de comisión sobre las ventas del Departamento Industrial, comisión que le suprimió unilateralmente la compañía. Su actividad estaba señalada no sólo en el contrato de trabajo citado sino en la escritura pública número 237 de 28 de enero de 1930, otorgada en la Notaría Primera de Bogotá. Hasta 1939 se cumplió completamente el contrato de trabajo, pero de ahí en adelante se violó por la empresa, en forma sistemática y sin razones válidas, según una serie de hechos que relata. En vista de esas violaciones que consistieron en limitarle o disminuirle las facultades de nombramiento y remoción de empleados; en ponerle obstáculos a las ventas de artículos que venía efectuando sin limitación alguna; en prohibirle expresamente hacer determinadas ventas para las cuales estaba autorizado por el contrato; en no pagarle la comisión completa en la venta realizada a Confecciones Colombia de un equipo de máquinas y mercancías; en no pagarle, tampoco, la comisión del 5% a que hace referencia la circular de enero 15 de 1941 y que estaba vigente todavía al retiro de la empresa; y, por último, en vista de que la compañía no accedió a restablecerlo en sus atribuciones completas para poder seguir desempeñando sus funciones, determinó escribir a la compañía una carta, el 27 de septiembre de 1941, dando por terminado su contrato de trabajo, previa entrega del puesto y con las indemnizaciones que según la ley le correspondían por con-

cepto de cesantía y otras prestaciones sociales. No obstante que la empresa no objetó esta referencia al pago de prestaciones, se ha negado a cubrir su valor.

Y concluye de los hechos así narrados, y que se resumen aquí, que la compañía le debe lo siguiente: 1º el auxilio de cesantía; 2º el saldo de la comisión del 5% sobre las ventas del Departamento Industrial hechas a Confecciones Colombia, por valor de \$ 22.069.14, saldo que asciende a \$ 934.54, pues la compañía sólo le pagó \$ 268.92; y 3º el valor de toda la comisión del 5% sobre las remesas que efectuara la tienda a su cargo, que asciende a \$ 3.000.00 por haberse remesado una suma no menor de \$ 60.000.00.

El señor Gómez instauró demanda ante el Juez del Circuito de Medellín por tener en esta ciudad uno de los domicilios la empresa y alcanzó el litigio a recibir fallo de primer grado. Mas el Tribunal Superior de la misma ciudad declaró probada la excepción de declinatoria de jurisdicción, por lo cual tuvo que acudir a demandar ante los Juzgados de Barranquilla.

El apoderado de la compañía contestó en la primera audiencia la demanda. Se opuso a todas y cada una de las peticiones que en ella se formularon. No aceptó las disposiciones de derecho en que se apoyó. Y respecto de los hechos dijo, en resumen, que el actor se había retirado voluntariamente por lo cual no tenía derecho, ni se le había reconocido cesantía; que era cierto el tiempo de servicios; que respecto del negocio de Confecciones Colombia, el demandante no lo había concluido, sino que se había llevado a cabo por la compañía en New York, no obstante lo cual le reconoció por benevolencia una cuarta parte de esa comisión, por haber iniciado conversaciones, arreglo que el señor Gómez había aceptado; y que no debía las demás cantidades de dinero, por comisiones, según la circular de enero de 1941, acerca de la cual nada le constaba, pero, en caso de que existiera, ningún derecho podía concederle al demandante. Si fuera necesario, en el curso de esta providencia se hablará de otras respuestas del demandado a la demanda, pero por brevedad y por ahora se sintetizan apenas las precedentes.

En una extensa sentencia de 49 páginas, el Juez 3º del Trabajo de Barranquilla, a quien pasó el litigio, lo decidió absolviendo a la compañía. Y el Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, que conoció de él por apelación del actor, dictó su fallo el 8 de mayo último por medio del cual revocó el recurrido, declaró infundada la excepción de prescripción de salarios propuesta por la sociedad demandada y la condenó a pagar \$ 7.648.81 por concepto de cesantía,

\$ 834.54, como saldo de la comisión del 5% sobre el valor total de una venta hecha a Confecciones Colombia, y la absolvió de los demás cargos de la demanda. No hizo condenación en costas.

Contra este último fallo interpusieron el recurso de casación ambas partes. Y habiendo sido fundado en tiempo, pasa a decidirse.

No sobra advertir que en casación se han planteado de modo principal asuntos de hecho, de modo que la cuestión jurídica queda situada en un segundo plano.

EL RECURSO DEL ACTOR

Plantea dos cargos, que se estudiarán en su orden.

PRIMER CARGO

Acusa en él la sentencia recurrida por violación de ley sustantiva, como consecuencia de la falta de apreciación de varias pruebas debidamente establecidas en el proceso, lo que a su vez hizo incurrir al fallador en error que lo condujo a quebrantar los artículos 603, 604, 637, 645 y 721 del C. J., 1761, 1793 y 2184 del C. C. y el 25 del Decreto 652 de 1935, reglamentario de la Ley 10 de 1934. Como puede observarse, no dice al plantear así el cargo si el error que menciona es de hecho o de derecho, ni tampoco expresa por cuál de los conceptos conocidos y admitidos fueron infringidas las disposiciones que cita. Es verdad que al finalizar el cargo dice que los errores de hecho en que incurrió el Tribunal al desconocer las pruebas que menciona refluieron en el quebrantamiento de las disposiciones que cita. Pero sólo cuando explica el modo como fue infringido el artículo 2184 del C. C. dice que dejó de aplicarse, es decir, que se violó por falta de aplicación. De los demás preceptos no dice cómo fueron transgredidos, si por violación directa, aplicación indebida o interpretación errónea.

Se estudia el cargo.

Según los artículos 520 y 531 del Código Judicial, la demanda de casación debe expresar la causal que se aduzca, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella, citando los textos legales que el recurrente estime infringidos y expresando el concepto preciso de la violación, si directamente o por aplicación indebida o por interpretación errónea. Además, si la violación proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, debe alegar el recurrente al respecto, demostrando que el Tribunal incu-

rrió en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

Como lo tiene dicho la doctrina y lo ha reconocido entre nosotros la jurisprudencia, el recurso de casación es esencialmente formalista y debe ceñirse a una técnica rigurosa para que pueda ser analizado y prospere. De lo contrario, no da lugar a considerarlo porque la casación no es una tercera instancia que permita con libertad a las partes formular sus alegaciones, sino que la ley da normas y fija pautas para que se entienda correctamente planteado y dentro de las cuales deben obrar los litigantes para acusar los fallos susceptibles de ese recurso.

Sólo respecto del artículo 2184 del C. C. cumplió el recurrente con los preceptos que señala la técnica de casación, al decir que se violó por no haberse aplicado, pero dicha disposición se refiere al mandato y especialmente para estatuir en su ordinal 3º que el mandante está obligado a pagarle al mandatario la remuneración estipulada o usual, que es el que transcribe y sirve de motivo de acusación al recurrente. Y como el contrato celebrado entre el actor y la sociedad demandada no era principal y exclusivamente de mandato sino de trabajo, la norma expresada no resulta por la tanto infringida. Es verdad que para mejor cumplimiento de este último contrato, se le otorgaron al demandante facultades de mandatario, pero tales atribuciones no desvirtúan la naturaleza del verdadero contrato, que es de trabajo, sino que contribuye a su desarrollo natural y a su cabal ejercicio. Siendo, pues, el contrato, de trabajo, no le son aplicables las disposiciones legales que regulan el mandato.

Por los defectos de técnica que se dejaron expuestos, no puede entrar a considerarse el cargo en relación con las demás disposiciones legales.

SEGUNDO CARGO

Señala como infringido, aunque no expresa por cuál de los conceptos legales, el artículo 575 del C. J., por no haber condenado en costas al fallador de instancia a la compañía demandada.

No sólo adolece del mismo defecto que se anotó al examinar el cargo anterior, por cuanto no se indica el concepto de la violación, sino que la condenación en costas es, como lo reconoce el propio recurrente, de carácter subjetivo, sujeta a la apreciación íntima del fallador, a su conciencia, y escapa por lo tanto al recurso de casación. Ya nuestra jurisprudencia ha dicho que las costas son aspecto acce-

sorio del debate y no son susceptibles de ataque en este recurso. Sólo por excepción, cuando se ha pedido como uno de los elementos que integran la acción, puede considerarse su condena como aspecto principal y entrar a ser materia de estudio en casación. Mas aquí no se está en ese caso y debe rechazarse el cargo.

EL RECURSO DE LA COMPAÑIA OPOSITORA

Propone tres cargos, que se estudiarán en su orden.

PRIMER CARGO

Acusa el fallo recurrido por ser violatorio de ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 1546 y 1602 del Código Civil; 606, 637, 697 y 722 del Código Judicial; 14 ordinal c) de la Ley 10 de 1934 y 14 del Decreto 625 (sic) de 1935, violaciones estas que provienen de haber incurrido el Tribunal sentenciador en manifiestos errores de hecho en la apreciación de las pruebas que obran en los autos, y de falta de apreciación de las mismas.

Dice el cargo que el Tribunal de Barranquilla encuentra que la división del territorio asignado al actor constituye por parte de la compañía una violación del contrato de trabajo, que dio derecho a Gómez a ponerle fin a este convenio, quedando por tanto la empresa, según lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 625 (sic) de 1935, obligada a pagar al empleado las indemnizaciones legales.

Y agrega: "Aunque la sentencia es extremadamente oscura en este punto, puede desprenderse de ella que el Tribunal considera que la compañía ejecutó dos hechos distintos en relación con este incumplimiento de las estipulaciones contractuales sobre el territorio asignado al demandante: la creación de una sucursal de la empresa en Medellín y la asignación de las operaciones del Departamento Industrial (M. T. D.) a esa nueva sucursal".

Y continúa así sustentando su acusación:

"LAS PRUEBAS"

"a) Ante todo, debo advertir que está plenamente comprobada en autos una circunstancia fundamental: el contrato de trabajo que regía las relaciones entre las partes el día en que Gómez resolvió darlo por terminado lleva fecha 24 de agosto de 1940. A los folios 1

y 2 del cuaderno número 2 obra el documento privado suscrito en ese día y que es contentivo de tal acuerdo. Y sucede que también se halla superabundantemente acreditado en el proceso el hecho de que la creación de la nueva sucursal y la asignación a ésta del Departamento Industrial se realizaron con anterioridad al 24 de agosto de 1940. De tal suerte, el Tribunal encuentra que el contrato celebrado en ese día, que, como es obvio, reemplaza y subroga íntegramente los antiguos contratos entre las mismas partes, fue vulnerado, incumplido y desconocido por acontecimientos sucedidos con anterioridad a su vigencia."

"A solicitud del demandante, los señores Manuel Pimienta (folios 3, 4, 5 y 6, cuaderno número 5), Luis Gómez Berrío (folio 13, cuaderno número 7), Francisco Díaz (folios 13 y 14, cuaderno número 7) y Jaime Rivera (folios 14 y 15, cuaderno número 7) declaran que **en el mes de enero de 1940** la Singer abrió otra sucursal en el Departamento de Antioquia, que se denominó "Medellín-Foránea", cercenándole territorio a la primera sucursal, "Tienda-Medellín", que administraba el señor Roberto Gómez."

"b) Y desconoce también el Tribunal la expresa aceptación de este punto por el demandante, ya que el hecho de haberse creado la sucursal Medellín-Foránea en el mes de enero de 1940, es decir, ocho meses antes de que se celebrara el contrato de trabajo que el Tribunal considera violado por la compañía, se halla asimismo establecido con prueba de confesión, toda vez que en el hecho 15 de su demanda (folio 8, cuaderno 1) el señor Gómez afirma que en ese mes la Singer realizó la mencionada división."

"c) Aunque el Tribunal involucra y confunde la creación de la nueva sucursal con la asignación a ésta de las operaciones que celebraba el Departamento Industrial (M. T. D.), debo lealmente reconocer que este último hecho ocurrió en enero de 1940. Sin embargo, esta circunstancia carece de operancia para el caso, toda vez que la asignación de tales operaciones a la nueva sucursal en Medellín se verificó **antes** del 24 de agosto del mismo año, fecha de celebración del último contrato de trabajo con el señor Gómez."

"Ciertamente, en el dictamen pericial (folio 9, cuaderno número 6), dicen los expertos que el señor Gómez gozó de una sobrerremuneración del 5% hasta el día 7 de septiembre de 1940". Seguramente para hacer esta afirmación, los peritos tuvieron en cuenta la circunstancia de que el señor Gómez recibió cesantía por razón de las actividades que desempeñó en el Departamento o Sección Industrial, con fecha 7 de septiembre de 1940. El respectivo recibo obra al folio

9 del cuaderno número 3. Pero anexo a este documento se halla en autos la Forma 200 de la empresa, que contiene la liquidación de la referida cesantía y en la cual aparece que Gómez dejó de pertenecer al Departamento Industrial el día 17 de agosto de 1940. (La forma 200 dice textualmente: "Salió- Año 1940 Mes 8 Día 17). Este formulario aparece suscrito al pie, en señal de aceptación, por el señor Roberto Gómez."

"Pero si hubiera alguna duda de que las actividades de Gómez en el Departamento Industrial cesaron el 17 de agosto de 1940, esto es, antes de la celebración del último contrato de trabajo (agosto 24 del propio año) a disiparla por completo vendría el hecho irrefragable de las nítidas y definitivas confesiones que sobre el particular ha hecho Gómez en el proceso. Al ser interrogado el demandante, en posiciones, durante la segunda diligencia de audiencia (folio 17, cuaderno número 1), manifestó: "Al séptimo punto. ... No es cierto que voluntariamente me haya retirado de la sección del Departamento Industrial en 1940, pero sí es cierto que la Compañía Singer en 1940 me notificó perentoriamente que desde esa época, agosto de 1940, retiraría de mi control y dirección el Departamento Industrial, habiéndoseme liquidado dicha cesantía..." (He subrayado)

"Mas lo anterior no es todo. Porque en el interrogatorio formulado por el Juez de primera instancia a Gómez, éste confiesa (folios 91 y v. cuaderno número 1) lo siguiente: "PREGUNTADO: En su consulta al Departamento Nacional del Trabajo, según cita textual que hace dicho Departamento en su concepto de noviembre de 5 de 1941, que aparece a folio 42 del cuaderno 2º de este expediente, punto d), dijo usted lo siguiente: "Hasta agosto de 1940 y durante todo el tiempo de mi administración, gocé de un salario extra correspondiente al 5% de la remesa neta sobre las operaciones que realizase el Departamento Industrial puesto bajo mi control. En ese mes la compañía, sin previas conversaciones al respecto me notificó que independizaría el citado Departamento Industrial, perdiendo así el derecho a la retribución del citado 5%. En cambio se me dio un aumento (contingente) de \$ 20.00 por semana, en nuevo contrato. ¿Cómo explica usted, pues, que en su respuesta anterior haya manifestado que no se otorgó beneficio ninguno en cambio? CONTESTO: No se me otorgó beneficio ninguno en cambio porque a cambio de retirarme una entrada fija por concepto del Departamento Industrial, entrada que en el mes de 1940 ascendía a la suma de \$ 137.00 mensuales se me otorgó un aumento contingente de \$ 20.00, aumento que pasaron varios meses sin poderlo hacer efectivo... Además este

nuevo contrato no fue un acto voluntario mío, sino impuesto, y para demostrarlo paso a leer la carta que por tal motivo se me dirigió por instrucciones del Gerente General. Dice así: Señor Roberto Gómez H., Jefe, Singer Sewing Machine Company. Medellín. Muy señor nuestro: Nuevo contrato. De acuerdo con instrucciones de nuestro Gerente, le adjuntamos tres copias de su nuevo contrato de servicio, con sueldo de \$ 75.00 mínimo \$ 75.00. Máximo \$ 120.00 basados en una comisión de remesa del 3%. Entendemos que este contrato entrará en vigencia con fecha 24 de los corrientes, porque es nuestro entendimiento que con esta fecha, el Departamento M. T. D. se separará definitivamente del de Familia en Medellín. De todos modos dejamos la fecha en blanco para que usted la llene. De usted Atto. Ss. Ss., Singer Sewing Machine Co. J. Peachey. (Se deja constancia de que la anterior carta fue leída por el suscrito Juez, y que ella está escrita en papel membrete de la Singer Sewing Machine Company, y que aparece fechada el 23 de agosto de 1940.”

“Las transcripciones que se han hecho no dejan duda de que el señor Gómez dejó de prestar sus servicios en el Departamento Industrial con anterioridad a la celebración del contrato de 24 de agosto de 1940, y que la afirmación que hacen los peritos de que trabajó allí hasta el 7 de septiembre tiene como explicación la de que tomaron ellos como fecha del retiro la del pago posterior de la cesantía respectiva.”

“El Tribunal no hace ninguna consideración sobre este particular, porque, lo repito, involucró y confundió la creación de la sucursal hecha en enero de 1940 con la asignación a ésta del Departamento Industrial.”

“Queda, pues, establecido de una manera incontrastable que los hechos que el Tribunal califica como incumplimiento de la compañía al contrato de trabajo ocurrieron antes del 24 de agosto de 1940, día en que se celebró el convenio que regulaba los derechos y obligaciones de las partes en la fecha en que Gómez resolvió separarse de la Singer.”

“d) El Tribunal estima que los hechos comentados constituyeron un desconocimiento de la empresa a la cláusula primera del contrato de trabajo. Dicha estipulación es del siguiente tenor: “LA COMPAÑIA constituye al EMPLEADO Jefe de la Tienda en Medellín y las dependencias adscritas a la misma para la venta al contado y a plazos a nombre de LA COMPAÑIA exclusivamente de las máquinas de coser, motores, piezas y accesorios, y otros efectos suministrados por LA COMPAÑIA, y ningunos otros: en la inteligencia de que el terri-

torio que se le asigne puede ser ampliado o reducido a voluntad de la COMPAÑIA sin afectar las condiciones y estipulaciones de este contrato. En cualquier tiempo, LA COMPAÑIA podrá pasar al EMPLEADO, como Jefe, de una Tienda a otra, sea cual fuere el lugar donde se encuentre la que le designe, y el EMPLEADO estará obligado a trasladarse y continuar prestándole sus servicios."

"Es inútil repetir que ha quedado demostrado a plenitud que los autos demostraban que la "división del territorio asignado al actor" es un hecho anterior a la celebración del contrato de 24 de agosto de 1940. Pero aún dentro de la hipótesis absurda de que ello hubiera ocurrido con posterioridad a esa fecha, nadie puede afirmar, en vista de la cláusula copiada, que la compañía incurrió en violación contractual alguna con la creación de la nueva sucursal en Medellín y la asignación a ella del Departamento Industrial. En el supuesto de que dicha sucursal se hubiera establecido bajo la vigencia del contrato, la compañía lo habría hecho en ejercicio de un derecho que en términos tan expresos y categóricos le reconoce la cláusula primera. La compañía podía ampliar o reducir el territorio, a su entera voluntad, como reza esta estipulación. La reserva de este derecho por la compañía, aceptada por el empleado, tiene un fundamento obvio, pues es apenas lógico que una empresa como la Singer retenga en los contratos de trabajo la facultad de crear nuevas sucursales o agencias, porque cualquiera comprende que sería inconcebible que una compañía de esta naturaleza se viera impedida, por los convenios de trabajo que celebra con sus empleados, para dar desarrollo a sus prospectos comerciales de ampliación y ensanche de sus negocios."

"Quien lea la estipulación de que se trata no puede, sin violentar el texto literal de ella y su prístino y elemental sentido, sostener, como lo hace el Tribunal, que la Singer carecía de facultades para crear una nueva sucursal en la Departamento de Antioquia. Pero lo que contraviene al sentido más primario de interpretación y de raciocinio es la afirmación que se hace en la sentencia de que, conforme a la cláusula en mención, la Compañía para poder ejercitar el obvio derecho de dividir el territorio estaba obligada a ofrecer a Gómez "alguna compensación tendiente a mantener el equilibrio de su salario" (ya veremos si existió en este caso "desequilibrio"). Porque aquí el Tribunal estampa un concepto que pasa los límites de la mínima dosis de buen sentido que debe asistir a un fallador, ya que no es posible que donde un convenio dice que determinado territorio puede ser ampliado o reducido a voluntad de una de las partes "sin afectar las condiciones y estipulaciones" del mismo, se le haga ex-

presar que para poder ejercitar tal facultad es preciso que se dé alguna compensación en el salario es decir, **que se afecten y modifiquen** las estipulaciones y condiciones del contrato. Así, pues, la interpretación que de esta cláusula hace el Tribunal le hace decir a ésta precisamente todo lo contrario de lo que reza su texto literal y su obvio sentido."

"De consiguiente, el fallador incurrió al apreciar el alcance de este documento en un error de hecho tan patente y evidente como el que cometió al estimar las otras pruebas a que se hace referencia en los apartes anteriores."

El cargo plantea otros problemas en relación con el anterior asunto, que el Tribunal no cree necesario entrar a considerar, pues con los expuestos es suficiente para analizarlo.

Se estudia el cargo.

En verdad, como lo dice el recurrente, a folios 1 y 2 del cuaderno número 2 del expediente, aparece un ejemplar auténtico del contrato de trabajo celebrado entre las partes el 24 de agosto de 1940, que estaba rigiendo cuando el señor Gómez se retiró de la empresa. Con anterioridad a ése, las mismas partes habían suscrito otros en los que constaban diferentes condiciones de trabajo.

También constan en el expediente las declaraciones de los señores Manuel Pimienta, Luis Gómez Berrío, Francisco Díaz y Jaime Rivera, quienes declaran que en el mes de enero de 1940 la Singer abrió otra sucursal en el Departamento de Antioquia que se denominó "Medellín-Foránea", cercenándole territorio a la primera sucursal, "Tienda-Medellín", que administraba el señor Roberto Gómez.

Asimismo es evidente que el actor en el hecho 15 de su demanda inicial manifiesta que la sucursal foránea fue establecida en el mes de enero de 1940.

También es verdad que a folios 9 del cuaderno 3º consta el recibo expedido por el señor Gómez a la Singer por la suma de \$ 363.02, "como pago completo de todos mis servicios y de toda reclamación de cualquier naturaleza que exista o en adelante pudiese existir" en contra de la Singer, Sección Industrial. Anexo a este recibo figura el detalle de la liquidación de cesantía del señor Gómez, por la suma expresada, por concepto de su retiro del Departamento Industrial, y allí consta que salió de dicha Sección el 17 de agosto de 1940.

Es evidente a la vez que el señor Gómez declara en posiciones (cuaderno 1º, folio 47) que la compañía le notificó perentoriamente que desde agosto de 1940 se le retiraría el control y dirección del De-

partamento Industrial habiéndosele liquidado la cesantía correspondiente a ese Departamento.

De acuerdo con las pruebas citadas se deduce fácilmente que cuando el contrato último, de fecha 24 de agosto de 1940, fue suscrito por las partes, ya el Departamento Industrial no estaba adscrito a la "Tienda-Medellín", sino que se le había segregado y el territorio de esta última había sido dividido. Por consiguiente, es lógico concluir que el actor, al aceptar las nuevas condiciones de trabajo y firmar el nuevo convenio, admitió que el Departamento Industrial y unas poblaciones de Antioquia no quedarán en su radio de acción. Resulta, pues, extraño que un año y un mes después de suscribir ese contrato, o sea el 21 de septiembre de 1941, el señor Gómez alegase como causales de terminación de su contrato esas segregaciones aceptadas por él en su tiempo y durante el largo lapso de trece meses.

Para que pueda admitirse que la modificación unilateral de un contrato de trabajo por parte del patrono dé lugar a retiro justificado del trabajador sin perder su derecho a las prestaciones sociales, es lógico entender que el asalariado rechace inmediatamente su desmejoramiento, o lo haga valer como causa justa de su retiro tan pronto como ocurra. Pero el hecho de aceptar las nuevas condiciones de trabajo, suscribir otro contrato en que ellas consten, y trabajar en esa forma durante más de un año, implica una manifestación clara de conformidad del trabajador con su nueva situación, que no es oportuno alegar después de dicho lapso como causal justificativa de rompimiento de su relación de trabajo.

Como el sentenciador llegó a conclusión contraria, por no haber hecho una exacta apreciación de las pruebas mencionadas, resulta probado el cargo, especialmente por infracción de los artículos 14 letra a) de la Ley 10 de 1934 y 14 del Decreto 652 de 1935; por haberlos aplicado no siendo el caso de hacerlo, puesto que reconoció al demandante cesantía sin ser aceptable la causal invocada al efecto, que se ha dejado analizado en este cargo.

SEGUNDO CARGO

Por atacar otro fundamento del fallo acusado, se entra a considerar.

Se acusa en él la sentencia por ser violatoria de ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 1546, 1602, 2483 y 2469 del Código Civil; 606, 637 y 722 del Código Judicial; 10 ordinal c) y 19 de la Ley 10 de 1934, y 14

del Decreto 625 (sic) de 1945 (sic), violaciones de dichos preceptos legales que provienen de haber cometido el Tribunal manifiestos errores de hecho en la apreciación de las pruebas que obran en el expediente.

Y sustenta así el cargo:

"Se vio ya que el segundo motivo por el cual la sentencia de segunda instancia considera que la Singer incumplió el contrato de trabajo de Gómez consiste en la supuesta falta de pago de una comisión devengada por éste, proveniente de la venta hecha a "Confecciones Colombia" de un equipo, máquina y mercancías por la suma de \$ 22.069.14, según el Tribunal, la compañía únicamente reconoció a Gómez, por concepto de esta comisión, \$ 268.92, quedándole a deber \$ 834.54. El Tribunal estima que por no haber pagado completamente la comisión de que se trata, la Singer incurrió en una violación del contrato de trabajo, pues aunque reconoce que en este particular medió un arreglo entre la compañía y el demandante, considera que el hecho de ser irrenunciable el salario no dio a ese acuerdo una fuerza definitiva en contra de Gómez."

"LAS PRUEBAS"

"a) Afirma el Tribunal que al contestar el hecho 28 de la demanda, el apoderado de la Singer hizo "un reconociniento de que Gómez no sólo intervino en la venta que se hizo a Confecciones Colombia sino que **tenía derecho** a una comisión, la cual, como ya se ha visto, era de un 5%. Nada más reñido con la realidad que esta afirmación de que el demandado aceptó en confesión, el derecho de Gómez a percibir la suma de que trata. Para convencerse de ello basta con transcribir la contestación dada por el aludido apoderado de la empresa: "28º—El señor Gómez no concluyó la operación a que se refiere el numeral, la cual se llevó a cabo por la Compañía en New York, no obstante, por benevolencia le reconoció una cuarta parte de esa comisión y en atención a que había iniciado conversaciones, y el señor Gómez aceptó este arreglo (folio 27, cuaderno número 1)."

"Cualquiera ve que el apoderado de la Singer negó el derecho de Gómez a recibir la comisión, pues se limitó a decir que, aunque el demandante apenas inició conversaciones sobre el negocio y por tanto no era el caso de reconocerle tal comisión, la empresa y Gómez, por benevolencia de la primera, llegaron a un acuerdo sobre este reclamo, pagando a Gómez una parte de la suma que reclamaba. No hay, aquí, pues, confesión sobre el derecho alegado por Gómez; pero sí aparece,

claramente, que el apoderado de la compañía propuso desde entonces la excepción de transacción."

"El Tribunal, por tanto, cometió un patente error de hecho al calificar como confesión del demandado las palabras de su apoderado que se han transcrito."

"b) Dice luego el Tribunal que el dictamen de los peritos comprueba el hecho afirmado por Gómez, "quedando así plenamente ratificada la afirmación del apoderado de la compañía".

"Que el Tribunal sufrió una manifiesta equivocación al apreciar de esta manera la mencionada prueba, es cosa que pone de manifiesto la lectura de la parte pertinente del experticio (folio 10, cuaderno número 6). **"Venta a Confecciones Colombia.** Es cierto que en la Forma 200 del Departamento Industrial (M. T. D.) aparece una venta hecha a CONFECCIONES COLOMBIA, de un equipo de máquina, **en abril cinco de mil novecientos cuarenta y uno**, por valor de veintidós mil sesenta y nueve pesos con catorce centavos (\$ 22.069.14). Por concepto de esta venta la empresa sólo pagó al señor Gómez la cantidad de doscientos sesenta y ocho pesos con noventa y dos centavos (\$ 268.92), equivalente aproximadamente a la cuarta parte del cinco por ciento sobre la expresada cantidad de \$ 22.069.14. Dicho pago se verificó en nueve de noviembre de mil novecientos cuarenta (1940)."

"Como puede verse, los peritos no afirman ni sostienen que Gómez **tuviera derecho** a percibir la comisión. Se limitan ellos, y así está bien porque los peritos no se pronuncian sobre los aspectos jurídicos de un negocio sino sobre las cuestiones de hecho, a decir que hay constancia de una venta hecha por el Departamento Industrial a determinada empresa, que la venta hecha valió tantos pesos, que la Singer pagó una cantidad a Gómez y que esta cantidad es aproximadamente la cuarta parte del valor del 5% de la venta. De tal suerte, el Tribunal incurrió en una grande equivocación al estimar que el dictamen pericial comprobaba el derecho de Gómez a recibir la comisión de que se trata. Este punto era, precisamente, el que dejaban los peritos a la apreciación del Juez, que, dentro de un proceso, es quien debe decidir sobre las cuestiones **jurídicas.**"

"No hay duda de que en este particular el Tribunal cometió un flagrante error de hecho al estimar de la manera que se ha glosado el concepto pericial."

"c) El Tribunal dio un alcance enteramente equivocado al dictamen de los expertos, pero en cambio dejó de apreciar importantísimos datos que éstos le suministraban para que decidiera sobre el

derecho de Gómez a recibir la comisión. En efecto, expresan los peritos que la venta a Confecciones Colombia se realizó el 5 de abril de 1941. Y como en autos existen infinidad de pruebas (confesiones de Gómez, testimonios, documentos) de que el demandante dejó de intervenir en las ventas del Departamento Industrial con anterioridad al 24 de agosto de 1940, como ya quedó demostrado hasta la saciedad en el Cargo Primero de la presente demanda, aparece claro que Gómez no tenía derecho a percibir la comisión que nos ocupa. A esto debe agregarse que conforme a la cláusula tercera del contrato de trabajo, las comisiones de Gómez se pagaban sobre "el importe de las remesas de los informes según la línea corriente de la Columna "Remesas" del Formulario 202 semanal en el cual el Jefe de Tienda debe rendir sus cuentas regularmente", de lo cual se deduce que si Gómez en 5 de abril de 1941, no tenía bajo su control el Departamento Industrial, es sencillamente absurdo que el Tribunal sostenga que le asistía un derecho incontrovertible a una comisión sobre remesas hechas por una dependencia que Gómez no manejaba."

"El Tribunal dejó de apreciar todas las pruebas que se han mencionado en este aparte."

En verdad, el recurrente plantea en este cargo otros aspectos del problema, pero con los transcritos es suficiente para analizarlo.

Se estudia el cargo.

Ya se vio que el señor Gómez dejó de intervenir en el Departamento Industrial desde el 17 de agosto de 1940 y que recibió su cesantía en relación con dicho Departamento. Por consiguiente, no hay razón para que cobre comisiones por una venta hecha por esa Sección Industrial con posterioridad a su retiro, pues el negocio con Confecciones Colombia se celebró por dicho Departamento el 5 de abril de 1941. Es verdad que al contestar el hecho 28 de la demanda, el apoderado de la compañía afirma que el actor no concluyó esa negociación y que por haber iniciado conversaciones acerca de ella se le reconoció una cuarta parte de la comisión. Pero afirmar que por esa iniciación de conversaciones tenga derecho al total de las comisiones, es completamente inadmisibile, puesto que habiendo entregado ese Departamento el 17 de agosto de 1940, no puede tener derecho a comisiones por negocios celebrados con posterioridad, en cuya finalización no pudo haber tenido intervención de ninguna naturaleza. Basta la simple comparación de fechas para que esta conclusión sea exacta. Si en agosto de 1940 dejó de tener control sobre ese Departamento Industrial, no fue el señor Gómez quien concluyó el negocio de Confecciones Colombia que se efectuó el 5 de abril del año

siguiente de 1941. Por lo tanto, no aparece evidente su derecho a la totalidad de las comisiones por ese negocio y resulta demostrado así el cargo.

No es necesario hacer mayores consideraciones para concluir que esta acusación debe prosperar.

TERCER CARGO

Como éste versa acerca de la prescripción de la acción para el pago de las comisiones de que trata el cargo anterior, y es, en consecuencia, subsidiario del anterior, no hay necesidad de considerarlo, por haber triunfado el cargo principal.

SENTENCIA DE INSTANCIA

Habiendo caído los dos soportes del fallo recurrido y que se analizaron al estudiar los cargos **primero** y **segundo** de la demanda de casación de la compañía, es el caso de dictar el que reemplace al que va a infirmarse.

Se considera:

En el curso del juicio planteó el actor numerosos hechos como constitutivos de causales justificativas para dar por terminado su contrato de trabajo, sin perder el derecho a sus prestaciones sociales. De esos sólo se considerarán los que invocó en su carta de fecha 27 de septiembre de 1941 (cuaderno 3º, folios 10 a 12), siempre que hayan sido puestos **sub-judice** porque en dicho documento y en la demanda hizo valer algunos para dar por terminada su relación de trabajo.

Ya se ha dicho esta corporación que cuando existan causas para que un patrono pueda dar por terminado el contrato de trabajo con un asalariado suyo, debe invocarlas en el momento de provocar su ruptura y no después en el juicio que surja de ese hecho unilateral (Juicio de Fernando Fábregas contra Laboratorios Hormona). Y es que el contrato de trabajo debe ejecutarse de buena fe, sin que sea permitida la sorpresa entre los contratantes, de modo que con toda lealtad debe expresarse por uno de ellos al otro cuáles son los motivos determinantes de una extinción unilateral y esa manifestación es lógico que se haga en el momento mismo de efectuarse la terminación del contrato. Por consiguiente, peca contra esa buena fe el que con posterioridad a la extinción del convenio se aduzcan por cualquiera de las partes razones, hechos o motivos que justifiquen esta

terminación unilateral, o que en juicio se invoquen unos nuevos, no alegados en el momento de provocar su ruptura.

Según lo expuesto y como el actor dio por terminado su contrato de trabajo con la compañía demandada, por medio de su carta de 27 de septiembre de 1941, que se mencionó arriba, es el caso de examinar las distintas razones que invocó en ella y que haya puesto **sub-judice** para considerarlo extinguido, y no otras que con posterioridad al retiro se hayan alegado o invocado en el presente juicio. Es verdad que el demandante dice en esa carta que los hechos que aduce son algunos de los que lo mueven a tomar tal determinación, pues existen otros que pesan también en su ánimo; pero como sólo puntualizó cinco, a éstos debe limitarse el estudio de la corporación, según lo que acaba de expresarse, y siempre que los haya incluido como tales en su demanda.

Se procede a examinar esos cinco hechos, en su orden, si a ello hay lugar. Son los siguientes:

1º—Que la Administración de la Compañía había recomendado su “descontinuación” del cargo que ocupaba. Este hecho no figuró entre los alegados en la demanda, luego está fuera de la litis.

2º—Que un alto empleado de la compañía se expresó en forma injuriosa y perjudicial para el buen nombre suyo. Tampoco se incluyó este hecho entre los básicos del litigio, luego escapa al estudio del juzgador.

3º—Que le fueron restringidas las atribuciones que le habían sido conferidas por la escritura pública número 237 de 28 de enero de 1930, de la Notaría Primera de Bogotá.

Los distintos hechos constitutivos de esa restricción, que enumera el actor en su demanda, fueron estudiados detenidamente por el Juez de primera instancia y el Tribunal de segunda, en sus respectivos fallos, en forma que no ha sido rebatida en manera alguna por la parte a quien habría correspondido hacerlo. Tanto el fallador de primer grado como el de segundo se negaron a aceptar esos numerosos y distintos hechos, y como las razones sobre el particular que expresaron las dos sentencias subsisten en concepto de este Tribunal Supremo, no hay necesidad de entrar a considerarlos uno por uno, por ser muy lógicas y claras las argumentaciones al respecto de dichas providencias.

4º—En agosto de 1940 la Compañía retiró de su control, unila-

teralmente, el Departamento Industrial. Ya este hecho se analizó en uno de los cargos de la demanda de casación de la Compañía.

5º—La Compañía no ha cumplido con el Reglamento de Trabajo, en la cláusula que la obliga a ascender a sus empleados. Tanto el fallo del Juez como el del Tribunal Seccional dieron razones suficientes para desestimar este hecho, pues el señor Gómez sí fue ascendido, toda vez que principió a trabajar como cajero auxiliar, después pasó a ayudante y por último a Jefe de la Tienda de Medellín. A estas razones se agregan las demás que expusieron esos fallos, completamente aceptables y que no han sido rebatidas.

Los anteriores fueron los hechos alegados por el señor Gómez para retirarse de la empresa y como no se encuentran probados, resulta así su retiro como voluntario, por lo cual no tiene derecho a cesantía y es el caso de fallar absolviendo a la compañía del pago de esa prestación. Cuando se produjo ese retiro voluntario en octubre de 1941, no se reconocía cesantía por ese hecho.

Según se dejó analizado atrás, tampoco tiene derecho el actor a cobrar comisión completa por la venta hecha a Confecciones Colombia, porque este negocio se finalizó cuando el demandante ya no tenía bajo su cuidado el Departamento Industrial. Por lo tanto, también habrá de absolverse a la compañía demandada de este cargo.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoidad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia de fecha 8 de mayo de 1947, proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, en cuanto condenó a la compañía Singer Sewing Machine Company a pagar al señor Roberto Gómez unas sumas de dinero por concepto de cesantía y saldos de la comisión por una venta hecha a Confecciones Colombia, y, en su lugar, CONFIRMA la sentencia de primera instancia, proferida por el Juez 3º del Trabajo de Barranquilla, de fecha 26 de septiembre de 1946, en cuanto absolvió a la compañía citada de los cargos que le formuló el señor Roberto Gómez en su demanda, en lo relativo al pago de sumas de dinero por dichos dos conceptos, cesantía y saldo de esas comisiones.

NO SE CASA la sentencia recurrida, del Tribunal de Barranquilla, en cuanto al ordinal 4º de su parte resolutive, que es el único que subsiste de esa providencia, en el cual dispuso que no había lugar a hacer la otra condena pedida por el actor, sobre pago de \$ 3.000.00 por comisiones sobre el producto de las remesas, y en su lugar absol-

vió a la compañía demandada del cargo que al respecto le formuló el actor en su demanda.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la "Gaceta del Trabajo" y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cástor Jaramillo Arrubia. — Diógenes Sepúlveda Mejía. — Luis Alberto Bravo. — Gustavo Hoyos Giraldo, Oficial Mayor.

APLICACION DEL ARTICULO 553 DEL CODIGO JUDICIAL

La ley permite que se haga una posterior liquidación cuando se trata de hechos o de cosas cuyo monto no puede estimarse en forma inmediata, como en el caso de daños y perjuicios, de orden material o moral, o en el de frutos o intereses, porque estos últimos se miran como accesorios o complementarios en relación con la acción principal, de suerte que, por ejemplo, establecida la obligación de deber o el derecho al bien reivindicable, lo relativo a frutos o intereses no tiene por qué llegar a ser materia de un nuevo juicio y basta su estimación en el incidente que contempla el artículo 553 del Código Judicial, en el cual no se discute sino la cuantía respectiva. Este artículo, pues, no tiene aplicación sino cuando se trata de fijar daños o perjuicios, intereses y frutos, porque su contenido debidamente armonizado con el artículo 480 del mismo Código indica claramente su razón de ser. No puede acudir a él, v. gr., para establecer el tiempo de servicios prestados por un asalariado a su patrono, ni las horas extras trabajadas. Son cuestiones o hechos básicos que deben ser establecidos dentro del juicio mismo, pues de lo contrario se llegaría a la conclusión de que sería posible reabrir la etapa probatoria para subsanar o suplir las deficiencias en que se incurriese en el juicio.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía).

Bogotá, junio once de mil novecientos cuarenta y ocho.

En libelo presentado ante el Juez Unico del Trabajo de Santa Marta, Manuel Domingo Bornachera demandó a Fabio Durán para que se le condenase a pagar la suma de cuatrocientos sesenta y dos

pesos (\$ 462.00) por concepto de auxilio de cesantía y la de trescientos doce pesos (\$ 312.00) por domingos trabajados.

Afirmó el demandante que el día 14 de noviembre de 1942 fue contratado para atender el riego de una finca del demandado llamada "Nampolón"; que el jornal estipulado fue de un peso con cuarenta y cinco centavos (\$ 1.45); que trabajó en forma continua y regular hasta el día 23 de julio de 1946; que no se le reconoció el valor de los domingos, y que, a pesar de que su oficio era el de regador, desempeñó también las funciones de hortelano, y que todo lo relacionado con la aludida finca se hallaba bajo su cuidado.

Se apoyó en derecho en las Leyes 6ª de 1945, 72 de 1931 y Decreto 1278 del mismo año.

El 17 de enero de 1947 el Juzgado dictó su sentencia, y condenó a la parte demandada a pagar la cantidad de ciento sesenta y cinco pesos (\$ 165.00) por cesantía, y además la que resultara a razón de un peso con cincuenta (\$ 1.50) diarios, hasta el día en que Durán pusiera en manos de Bornachera el valor del auxilio de cesantía.

Absolvió del pago de dominicales por falta de prueba.

Apelada esta providencia para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Santa Marta, éste profirió el fallo de fecha siete de julio del año pasado, que en su parte dispositiva dijo lo siguiente:

1º—Condénase al señor Fabio Durán a pagar al señor Manuel Domingo Bornachera el auxilio de cesantía que resulte deberle por el tiempo trabajado y el salario devengado. El monto líquido de esta condena se establecerá con base en el aparte f) del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945;

2º—Condénase igualmente al señor Durán a pagar a Bornachera lo que resulte deberle por los domingos que pruebe le trabajó en terrenos de su propiedad. La liquidación se hará de acuerdo con lo establecido en la Ley 72 de 1931 y el Decreto 1278 de 1931, y

3º—Revócase la condenación sobre el pago de salarios hecha por el Juez a-quo.

Sin costas.

Contra esta sentencia se interpuso por ambas partes el recurso de casación. Pero solamente la parte demandada presentó su demanda, la cual va a estudiarse para decidir lo que se considere legal.

EL RECURSO

Dice el recurrente:

"Violación del artículo 3º de la Ley 75 de 1945, por infracción

directa, y violación por aplicación indebida de los artículos 553 y 481 del Código Judicial. La violación consiste en que el texto legal mencionado manda tramitar los juicios del trabajo únicamente mediante el procedimiento verbal consagrado en el Título XLVI del Libro II de la Ley 105 de 1931, en el cual procedimiento no cabe la regulación, mediante procedimiento escrito, que en otros juicios es admisible, para fijar el valor o cuantía de frutos, intereses, perjuicios y costas. En cambio el Tribunal ha hecho condenaciones en abstracto reservando para una liquidación posterior el monto de la condena. Los artículos 553 y 481 no son, pues, aplicables al caso. Se aplicó indebidamente el 553 del Código Judicial: por ello acuso asimismo el fallo.”

“Violación de los artículos 480 y 481, C. Judicial. Pero no es solamente, porque se trate de juicios que se ventilan por el procedimiento verbal, por lo que es ilegal la reserva en el caso actual, de una liquidación para después del fallo, sino que aun cuando se tratara de un procedimiento ordinario, en el caso de autos no cabría la reserva que ha querido hacerse. El artículo 481 del Código Judicial prohíbe a los Jueces y Tribunales negar ni reservar para otro juicio la solución de las cuestiones propuestas. Sólo por excepción se permite fijar el importe de la condena en frutos, intereses, daños y perjuicios en cantidad líquida (artículo 480 del C. J.). Pero sólo de estas materias que constituyen accesorios del derecho demandado, es admisible posponer para después del fallo, la prueba de la cuantía. Pero fuera de esto no puede postergarse la prueba del derecho y su quantum, para después del fallo. Ha habido, pues, en el fallo acusado una infracción directa del artículo 481 y una interpretación errónea del artículo 480 del C. Judicial. Dejar de probar, como se ha hecho en este juicio, los domingos trabajados y el tiempo de servicio, equivale a no haber probado las prestaciones demandadas, cesantía y salario en domingos, pues ni siquiera se sabe el salario diario. Si un derecho no se determina en su extensión, no tiene existencia tangible, pues nada en lo humano existe sin una extensión o número. La Corte Suprema tiene jurisprudencia en este sentido. Sólo por excepción se puede posponer la probanza del **quántum** en materia de frutos, intereses, daños y perjuicios. Por lo mismo dicho en este capítulo, se violó el artículo 553 del C. J., aplicándolo indebidamente al caso del pleito.”

Se examina el cargo.

La sentencia acusada contiene párrafos de una gran claridad en el sentido de afirmar que sí se demostró que hubo contrato de trabajo entre Bornachera y Durán “pero lo que sí no aparece demostra-

do, agrega, ni es fácil deducirlo con alguna posibilidad de acertar, es el tiempo que duró el contrato de trabajo por el cual se solicita el pago de auxilio de cesantía. Ninguno de los declarantes dice en qué día o a lo menos en qué mes, comenzó él a cumplirse ni en qué fecha llegó a su terminación."

Analiza los testimonios de los señores José Hincapié, Eustorgio Redondo y Catalino Eguis, que fueron los que se allegaron para demostrar el contrato de trabajo habido entre las partes y llega a la conclusión de que son de tal manera deficientes que no dejan establecido el tiempo de servicio prestado por el demandante, para poder deducir de allí el monto del auxilio de cesantía que pueda corresponderle.

6

Continúa la sentencia:

"Si esto que hemos visto es con relación al contrato de trabajo y su duración, condición esta indispensable para poder condenar al pago de la cesantía, nos falta por ver si otro extremo, también indispensable para la condenación en concreto, fue demostrado en el curso del juicio, o si por el contrato, nada claro se dejó establecido sobre él. El salario es este extremo, y a la verdad que nada aparece demostrado en el curso del proceso. Llama la atención lo encontradas de las afirmaciones del mismo actor y las que hacen tres de los testigos, porque mientras aquél pone en el libelo que ganaba \$ 1.45, éstos dicen que era \$ 1.50 y \$ 1.20. Ciertamente que es poca la diferencia, pero esta disparidad de pareceres lo que hace es sembrar dudas en el ánimo del juzgador y no le permiten hacer su pronunciamiento con toda conciencia y todo convencimiento."

"Si esto es así, si no ha habido demostración del tiempo que duró el contrato de trabajo, ni demostración del salario devengado por el actor, apareciendo solamente lo relativo a la celebración de aquél, forzosamente hay que concluir que no se han suministrado los elementos indispensables para condenar en concreto al pago del auxilio de cesantía, imponiéndose únicamente la condenación en abstracto, como en efecto se hará."

De la misma manera, la sentencia sostiene que se demostró que el demandante trabajó en días domingos "aunque no esté determinado el número exacto en que lo hizo. En tales condiciones decide condenar en abstracto, dejando para otra ocasión la prueba concerniente al número de domingos trabajados, según los términos de la parte resolutive de la sentencia que atrás se dejó transcrita.

Conviene copiar aquí las disposiciones que se consideran infringidas.

Artículo 480 del C. J. "Cuando haya de hacerse condena de frutos, intereses, daños o perjuicios, se fija su importe en cantidad líquida, o se establece por lo menos las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación.

"Sólo en el caso de no ser posible lo uno ni lo otro, se hace la condena, a reserva de fijar su importe en la sentencia.

Artículo 481. "Los Jueces y Tribunales no pueden bajo ningún pretexto, negar ni reservar para otro juicio la resolución de cuestiones que hayan sido materia del pleito."

El artículo 553 de la misma obra señala el procedimiento que debe seguirse "si en la sentencia se condena a pagar una cantidad ilíquida por frutos, perjuicios, u otra cosa semejante."

No hay dificultad alguna, en presencia de estos textos legales, **para** llegar a la conclusión necesaria de que únicamente puede dejarse de condenar en cantidad líquida cuando se trate de frutos, intereses, daños y perjuicios. La disposición del artículo 480 del Código Judicial es taxativa y no permite la condenación en abstracto para cosas distintas de las enumeradas.

Ahora bien: tratándose de establecer el derecho a cobrar la cesantía es de todo punto indispensable que exista la base esencial de ese derecho, que es el tiempo de servicio, así como el otro elemento que sirva de medida para fijar su monto, que es el salario. Puede aceptarse que sin producirse la prueba de ese tiempo de servicio y del salario devengado, sobre la sola circunstancia de que el demandante fue trabajador del demandado, sin que por otra parte se haya establecido si la remuneración era diaria o a destajo, se dicte una providencia que remite a otro juicio el establecimiento de los hechos fundamentales de la acción incoada para obtener el pago de las prestaciones que se reclaman?

Si la tarifa legal de pruebas no es estrictamente obligatoria para la estimación de las que se produzcan en los juicios del trabajo, lo que equivale a dejar un margen de mucha amplitud al juzgador, la circunstancia de que se anote, como en el caso de autos, la ausencia de pruebas le da mayor fuerza a las consideraciones anteriores, pues ni teniendo los jueces tal libertad de apreciación de las probanzas aducidas en el juicio, el Tribunal halló elementos suficientes para proferir una condenación basada en el conocimiento completo de los hechos que dieron motivo para entablar la respectiva acción.

Y es que no basta, en sentir de este Tribunal, que se logre establecer que existió un contrato de trabajo entre las partes, para deducir necesariamente de allí que se deben determinadas prestaciones, si

no se ha aducido la prueba pertinente para demostrar que éstas se deben, en razón del tiempo trabajado y en relación con el salario devengado, mucho menos cuando la demanda señala una cantidad líquida y apunta como hechos básicos para sustentarla un lapso cierto, en el cual debió prestarse el servicio y un jornal preciso, que se señaló en un peso con cuarenta y cinco centavos (\$ 1.45). También la demanda señala una cantidad determinada por concepto de dominicales que dicen trabajados, y, a la postre, la sentencia de segundo grado condena al pago de lo que se pruebe en cuanto a este renglón. Y ni siquiera se remite al consabido artículo 553, para efecto de establecer la cuantía respectiva; por lo que resulta todavía más inaceptable el sistema adoptado por el sentenciador.

Y es que si la ley permite que se haga una posterior liquidación cuando se trata de hechos o de cosas cuyo monto no puede estimarse en forma inmediata, como en el caso de daños y perjuicios, de orden material o moral, o en el de frutos o intereses, ello es por la sencilla razón de que estos últimos se miran como accesorios o complementarios en relación con la acción principal, de suerte que, por ejemplo, establecida la obligación de deber o el derecho al bien reivindicado, lo relativo a frutos o intereses no tiene por qué llegar a ser materia de un nuevo juicio y basta su estimación en el incidente que contempla el artículo 553, en el cual no se discute sino la cuantía respectiva.

Mas no ocurre lo mismo cuando, como en el caso que se estudia, son los mismos hechos sustentadores de la demanda los que no se han probado en el juicio y por lo mismo, ya clausurada la etapa probatoria, no puede pretenderse reabriría dentro de un incidente en que sólo, por excepción, cabe, sobre las beses sentadas en la sentencia, efectuar una liquidación, para establecer, no ya hechos fundamentales, sino simples elementos para la regulación del monto de la condena.

Ya este Tribunal, en sentencia de 2 de febrero de este año tuvo ocasión de examinar un caso análogo al que hoy se examina, y en ella dijo lo siguiente:

“El artículo 553 del Código Judicial no tiene aplicación sino cuando se trata de fijar daños o perjuicios, intereses y frutos, porque su contenido debidamente armonizado con el artículo 480 del mismo Código indica claramente su razón de ser. No puede acudir a él, por ejemplo, para establecer el tiempo de servicios prestado por un asalariado a su patrono, ni las horas extras trabajadas. Son estas cuestiones o hechos básicos que deben ser establecidos dentro del juicio mismo, pues de lo contrario se llegaría a la conclusión de que sería

posible reabrir la etapa probatoria para subsanar o suplir las deficiencias en que se incurriese en el juicio."

Como el Tribunal no encuentra razón alguna para cambiar de criterio en esta cuestión, se verá en el caso de tener que infirmar el fallo, porque, por otra parte, el procedimiento en los juicios del trabajo, por mandato del artículo 3º de la Ley 75 de 1945 se lleva a cabo de conformidad con el Título XLVI, que por razones poderosas de economía procesal elimina las dilaciones de ocurrencia general en los juicios ordinarios, lo que impone precisamente a las partes la obligación de concurrir al juicio especial de trabajo, mediante el procedimiento verbal indicado con todos los elementos indispensables para colocar al fallador en condiciones de poder dictar su providencia dentro de la mayor rapidez.

En este juicio no pueden caber, por lo tanto, los incidentes comunes del juicio ordinario, y es por esto por lo que estima este Tribunal que, fuera de las razones apuntadas en lo tocante al alcance de los artículos 480, 481 y 553 del Código Judicial, es improcedente la condenación en abstracto, cuando no se ha establecido el tiempo de servicio y el salario devengado, siendo como son estos los elementos necesarios para derivar de ellos el derecho a la cesantía que, como se ha dicho, guarda una estrecha y definitiva relación con ellos.

Esta corporación no deja de comprender hasta qué punto es molesto para el trabajador volver a iniciar la respectiva acción, por no haber allegado las pruebas pertinentes en este juicio; pero como la misión esencial que le corresponde es la de hacer la jurisprudencia en materia laboral, estima prudente dictar una norma que unifique en los juicios el sistema probatorio, a fin de que no prospere el actual procedimiento, en virtud del cual vienen los jueces del trabajo remitiéndose con cotidiana frecuencia al señalado por el artículo 553.

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 de fecha 7 de julio de 1947, del Tribunal Seccional del Trabajo de Santa Marta, revoca la de primera instancia y en su lugar, absuelve a la parte demandada, por falta de prueba.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la "Gaceta del Trabajo" y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

CONDENA EN ABSTRACTO

Como lo ha dicho repetidas ocasiones el Tribunal Supremo, no es admisible el procedimiento señalado por el artículo 553 del Código Judicial sino cuando se trata de liquidar frutos, intereses, daños y perjuicios, cuyo monto en cantidad precisa no ha sido posible establecer en el juicio, caso en el cual sí puede hacerse la condena en abstracto, a reserva de fijar su importe en la ejecución de la sentencia, según las voces del artículo 448 del mismo Código. Cuando el artículo 553 citado establece que si en la sentencia se condena a pagar una cantidad ilíquida por frutos, perjuicios u otra cosa semejante, se hace una liquidación motivada y especificada, claramente está indicando que sólo puede tener lugar cuando se trata sencillamente de fijar una cuantía, o, por así decirlo, de efectuar un ajuste numérico del alcance de la condenación. Tal ocurrencia se justifica por sí sola, considerando que los frutos de una cosa y los daños y perjuicios son susceptibles de ser apreciados según las diversas circunstancias en que se hayan producido; de ahí que sea pertinente la liquidación motivada que debe hacer quien exija el cumplimiento de la sentencia. Pero para establecer el tiempo de servicio prestado, o el número de días feriados que deben ser reconocidos, no cabe liquidación alguna, porque se trata de hechos concretos que debieron ser materia especial del juicio y que no pueden tenerse como cosa semejante a frutos y perjuicios, para justificar la aplicación de la referida disposición legal.

El único camino que tiene el juzgador cuando falta la prueba concerniente a tales hechos es el de absolver al demandado, sin que, como es natural, desaparezca por ello la acción del trabajador para obtener el posterior reconocimiento de sus derechos.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía).

Bogotá, junio veinticinco de mil novecientos cuarenta y ocho.

La sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, de fecha 19 de mayo del año pasado, fue casada por esta superioridad, por cuanto se basó primordialmente en la existencia de un pacto colectivo de trabajo, cuya copia no se aportó al expediente. Por ello fue preciso dictar un auto para mejor proveer, en el sentido de obtener que por el Ministerio del ramo se enviara tal documento; mas habiendo una de las partes traído la copia que se echó de menos, es la oportunidad de dictar la sentencia del caso, previo el examen del negocio de que se trata.

* La sentencia del Tribunal de instancia afirma que entre el demandado, señor Epaminondas Montenegro, y los trabajadores de la empresa denominada "El Chiribitil", se celebró una convención colectiva de trabajo; que por lo mismo, las estipulaciones en ella contenidas tienen preferente aplicación en cuanto sean más favorables que las consignadas en las leyes, de conformidad con el artículo 49 de la Ley 6ª de 1945.

El Magistrado doctor Sotomayor en su salvamento de voto afirma que no hubo una convención colectiva de trabajo, sino simplemente contratos individuales. Que de conformidad con el artículo 38 de la Ley 6ª de 1945, los sindicatos de trabajadores son de empresa, de industria, gremiales y de oficios varios. Los primeros están formados por individuos de una misma profesión. Que no pudo haber legalmente una convención colectiva de trabajo entre el demandado y sus trabajadores, 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 contratantes.

Esta argumentación del salvamento de voto la desenvuelve el recurrente, más o menos en los mismos términos, y es uno de los motivos para pedir la infirmación del fallo de segunda instancia.

El pacto de que dan cuenta los autos se ajustó con motivo de la presentación de un pliego de peticiones por una comisión negociadora compuesta por los señores Alfonso Rodríguez, Alfonso Otálora Rodríguez, José Alejandro Suárez, Carlos Julio Rodríguez y Custodio Pulido, obrando como Presidente, Vicepresidente, Secretario, Tesorero y Fiscal, respectivamente, y los señores vocales Rafael Medina, Ciro Ramón Buitrago, José Elino Posada y Hernán Torres. Se-

gún el acta de diez de octubre, celebrada dentro del período de arreglo directo, la empresa no aceptó los puntos cuarto y quinto del pliego de peticiones, referente al pago de cesantía y vacaciones. Pero en el acta de dieciocho del mismo mes se dijo que los puntos cuarto y quinto del pliego referido eran aceptados en las condiciones fijadas por el Decreto 2350 de 1944.

Previamente debe examinarse si se trata de una verdadera convención colectiva, como lo afirma la sentencia, o si el arreglo de que da noticia el acta de dieciocho de octubre no envuelve sino contratos individuales de trabajo.

Se lee al folio 6 del cuaderno principal la respuesta al punto segundo de la demanda de Hernán Torres, dada en la audiencia de instancia. "Es cierto, dice el apoderado del demandado, que se celebró un convenio colectivo de trabajo entre el señor Montenegro y el personal de sus trabajadores representado por la comisión negociadora". Y al contestar las demás demandas se dio por cierto que se había celebrado un convenio colectivo de trabajo. Pero el recurso de casación contra la sentencia de segundo grado tiene como motivo cardinal el de que no hubo tal convención colectiva.

Ciertamente, de conformidad con lo que dispone el artículo 24 del Decreto 2350 de 1944, vigente en el momento en que se firmó el acta de arreglo entre el demandado y sus trabajadores, no puede entenderse que hubiera una convención colectiva, pues los términos de tal disposición son absolutamente claros en el sentido de expresar que la convención colectiva de trabajo es la que se celebra voluntariamente entre uno o varios patronos o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos de trabajadores o federaciones de sindicatos, por otra, para fijar las condiciones generales del trabajo a las cuales se entenderán sujetos los contratos individuales o sindicales durante su vigencia. Esta disposición viene reproducida en el artículo 46 de la Ley 6ª de 1945.

Fue una comisión negociadora la que ajustó el arreglo de que se ha venido haciendo mención y no un Sindicato, cosa en la cual no hay discrepancia entre las partes, luego es forzoso convenir en que no hubo convención colectiva de trabajo, y que se está en presencia de algo distinto, pues no obsta que los trabajadores hagan parte de un sindicato gremial, como es el caso que se estudia, para que pueda configurarse aquella especie de convención, ya que para ello habría sido preciso que el convenio se hubiera perfeccionado mediante la intervención directa de la entidad sindical; única que podría llevar la representación de tales trabajadores para el efecto. De manera que

es forzoso aceptar que la sentencia de segundo grado, lo mismo que la de primera instancia, y aun ambas partes, durante el juicio, partieron de la base equivocada de que se trataba de una convención de trabajo.

Péro sea de ello lo que fuere, es lo cierto que hay para examinar un arreglo verificado entre Montenegro y sus trabajadores, que debe entenderse como una modificación a los contratos individuales de trabajo celebrados entre las partes, el cual consta en los documentos que se tienen de presente, y se va a dilucidar si las prestaciones acordadas por las partes deben liquidarse de conformidad con el Decreto 2350 de 1944 o con la Ley 6ª de 1945; dando desde luego por sentado que no hubo convención colectiva de trabajo; por lo cual no tiene ninguna aplicación lo dispuesto por el artículo 49 de la Ley 6ª citada, especial para cuando de esta convención se trata.

El Decreto 2350 de 1944 fue dictado en momentos en que el país se hallaba en estado de sitio, de conformidad con las facultades que al Gobierno confiere el artículo 117 de la Constitución Nacional, y su vigencia terminó al expedirse la Ley 6ª de 1945, que reglamentó toda la materia que formaba el contenido de aquél.

El aludido Decreto 2350 en su artículo 8º estableció en favor de los trabajadores el derecho a cesantía en razón de un mes de salario por cada año de servicio, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no fuere originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato. Para la liquidación del tiempo anterior de servicios se estableció en la regla 1ª del parágrafo del mismo artículo que en caso de despido del trabajador sin justa causa comprobada o cuando se retirara por falta grave comprobada del patrono, se tomaría en cuenta el tiempo anterior, pero solamente hasta cinco años, y en los demás casos de extinción del contrato de trabajo se tomaría en cuenta el tiempo anterior de servicios, pero solamente hasta por tres años.

La Ley 6ª reprodujo en su artículo 12 en forma textual estas disposiciones; pero en el artículo 13 estableció algunas excepciones y condicionó el pago de las prestaciones señaladas en aquél, al capital de las respectivas empresas. Fijó un límite de ciento veinticinco mil pesos de capital y señaló una escala proporcional para aquellas que no alcanzaren a dicha cantidad; todo ello con mira a aligerar las cargas patronales sobre las empresas de menor capital. Tales limitaciones no fueron consagradas en el Decreto 2350 de 1944; y es por lo mismo por lo que se ha adelantado el presente litigio entre la empresa de "El Chiribitil" y sus trabajadores, pues el arreglo de que dan

cuenta los autos se verificó bajo la vigencia del expresado estatuto, pero la extinción del contrato de trabajo tuvo lugar cuando ya estaba vigente la Ley 6ª memorada. Y al paso que los trabajadores exigen la aplicación del Decreto, la parte demandada sostiene que debe ser la ley vigente en el momento de extinguirse la relación de trabajo.

Se considera:

El pliego de peticiones formulado por el personal de trabajadores de la empresa "El Chiribitil" contempla el reconocimiento de cesantía y vacaciones, tomando en cuenta todo el tiempo de servicios, es decir, desde su iniciación. El patrono, según reza en el acta de 18 de octubre de 1944, aceptó pagarlas en las condiciones fijadas por el Decreto 2350 de ese año. En efecto dice el pliego de peticiones: "Cuarto.—Reconocimiento de 30 días de cesantía por cada año o fracción de año de servicio, a contar desde la fecha de su ingreso a la empresa". "Quinto.—Reconocimiento de quince días hábiles de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, a contar desde la fecha de su ingreso a la empresa."

En el curso de las conversaciones habidas entre las partes, la empresa se negó reiteradas veces a aceptar los puntos de vista de los trabajadores; pero, como ya se dijo, al fin accedió a reconocer la cesantía y las vacaciones, en las condiciones señaladas por el Decreto 2350. "Los puntos cuarto y quinto, dice el acta respectiva, aceptados en las condiciones fijadas por el Decreto 2350 de este año".

Se tiene, pues, que no hay duda alguna en lo que hace a las estipulaciones contenidas en el arreglo de que se ha venido hablando. Más, como las pretensiones de los trabajadores excedían, en el momento en que se formuló el pliego de peticiones, de los señalamientos contenidos en el Decreto 2350 de 1944, el patrono tan sólo convino en acomodarse a las disposiciones vigentes entonces, que eran las del mismo decreto legislativo. Por lo que bien podría argüirse que al hacer referencia a tal estatuto, el patrono no hizo cosa distinta de acatar la ley vigente en la época de la celebración del arreglo, lo que nada agregaba a la situación existente, pues es sabido que las leyes sociales son de orden público y se entienden incorporadas en los contratos que estén en ejecución desde que empiezan a regir. Lo que equivaldría a sostener que al variar la legislación sobre la materia, los cambios sucesivos influirían sobre aquella situación, no siendo entonces necesario tomar en consideración los ordenamientos del decreto abolido.

Pero a esto puede objetarse que de la misma manera, si en lugar de haberse hecho referencia simple al tantas veces citado decreto, el patrono se hubiera comprometido a reconocer cesantía y vacaciones, en las mismas condiciones, esto es, en razón de treinta días, por cada año de servicio, para la primera, y quince días, para las segundas, pero sin mencionar la disposición legal correspondiente, no podría alegarse hoy la existencia de una norma distinta reguladora de esos derechos para dejar de darle cumplimiento a la expresa estipulación consignada en el arreglo respectivo.

No deja de comprender este Tribunal que las cargas provenientes del pacto aludido resultan cuantiosas en relación con el capital de la empresa demandada; de la misma manera que considera la situación forzosa en que se encontró la misma para llegar a tal arreglo, dado que, por virtud de la anormalidad reinante en la época de que se trata, no le era dable al patrono licenciar a sus trabajadores, por hallarse vigente el Decreto 1778 de 1944 que hacía incompatible con el restablecimiento del orden público turbado la clausura de las empresas industriales, pero no obstante se está en presencia de una realidad que no podría obscurecerse con el fin de aplicar normas relativas al tránsito legal, que no son, en su sentir, de pertinente aplicación para este caso.

Porque ocurre, por otra parte, que la misma Ley 6ª de 1945, al reglamentar íntegramente la materia relativa a cesantía y vacaciones, en su artículo 75, dejó en vigor las situaciones existentes, con antelación, cuando dijo lo siguiente: "Esta Ley regirá desde el día de su sanción. Pero las situaciones establecidas con sujeción a las normas legales o mediante autorización oficial con anterioridad a tal fecha, conservarán su validez hasta tanto que sean revisadas y modificadas por las autoridades respectivas, en cada caso, o reglamentadas en forma general por el Gobierno, sin perjuicio de los derechos y remuneraciones adicionales que se reconocen a los trabajadores desde dicho día, inclusive, en adelante".

Lo que quiere decir que, como la legislación social colombiana se ha inspirado en un criterio de protección a los trabajadores, esta disposición ha tenido por objeto dejar en vigor las situaciones existentes antes de la vigencia de la Ley 6ª de 1945, en cuanto ellas fueren más favorables para sus intereses, estableciendo, al mismo tiempo, para los casos en que los derechos y remuneraciones hubieren obtenido mejoramiento en virtud de los preceptos de la misma ley, el respectivo reconocimiento adicional. Disposición esta que deja ver a las claras el propósito de conceder a la clase trabajadora una evidente

ventaja, en cuanto busca la aplicación de la norma que llegue a serle más favorable. Y es así como en forma explícita se consagra el máximo favor, entre otras, en la disposición del artículo 36 de la Ley 6ª que se viene citando.

Cree el Tribunal que estas breves razones le exoneran de intentar un examen de las disposiciones sobre tránsito legal, pues, como ya se ha dicho, no se está en presencia de una situación dudosa en cuanto a la ley aplicable al caso que se contempla.

Con todo, tampoco participa ésta superioridad de la opinión del Tribunal Seccional, en cuanto considera que es aplicable la regla 1ª del artículo 8º del Decreto 2350, porque no se trata de despido de trabajadores, sin justa causa, o por falta grave comprobada del patrono, pues el hecho de que las circunstancias le hubieran llevado a la clausura de la empresa, mediante el lleno de todos los requisitos legales, como se halla absolutamente demostrado en autos, no puede servir para colocarlo dentro de una regla que envuelve en cierto modo una sanción contra el mismo, bajo el argumento simplista de que los trabajadores fueron ajenos a la terminación de aquél.

Si, pues, no puede imputarse culpa al empresario por la terminación del contrato de trabajo, es claro que la regla aplicable es la segunda, que señala como máximo hasta tres años de servicio, con anterioridad a la vigencia de la ley, pues este es uno de los demás casos de extinción del contrato allí contemplados.

En consecuencia, la liquidación para el pago de la cesantía y vacaciones que debe reconocer el demandado a los trabajadores, se hará de conformidad con la aludida disposición.

Por lo que hace a los trabajadores que no acreditaron el tiempo de servicios, para efecto de poder efectuar la condenación en cantidad líquida, tanto la sentencia de primer grado como la del Tribunal de instancia se remiten al procedimiento que señala el artículo 553 del Código Judicial; pero esta superioridad no encuentra aceptable tal cosa, pues, como en otras ocasiones lo ha expresado, dicho procedimiento no es admisible sino cuando se trata de liquidar frutos, intereses, daños o perjuicios, cuyo monto en cantidad precisa no ha sido posible establecer en el juicio, caso en el cual sí puede hacerse en abstracto la condena, a reserva de fijar su importe en la ejecución de la sentencia; según las voces del artículo 480 del C. J.

Cuando el artículo 553 referido establece que si en la sentencia se condena a pagar una cantidad ilíquida por frutos, perjuicios u otra cosa semejante (se subraya) se hace una liquidación motivada y especificada, claramente está indicando que sólo puede tener lugar

cuando se trata sencillamente de fijar una cuantía, o, por así decirlo, de efectuar un ajuste numérico del alcance de la condenación. Tal ocurrencia se justifica por si sola, considerando que los frutos de una cosa y los daños o perjuicios son susceptibles de ser apreciados según las diversas circunstancias en que se hayan producido; de ahí que sea pertinente la liquidación motivada que debe hacer quien exija el cumplimiento de la sentencia. Pero para establecer el tiempo de servicio prestado, o el número de días feriados que deben ser reconocidos, no cabe liquidación alguna, porque se trata de hechos concretos que debieron ser materia especial del juicio y que no pueden tenerse como cosa semejante a frutos y perjuicios, para justificar la aplicación de la referida disposición legal.

El único camino que tiene el juzgador cuando falta la prueba concerniente a tales hechos es el de absolver al demandado, sin que, como es natural, desaparezca por ello la acción del trabajador para obtener el posterior reconocimiento de sus derechos.

Por esta razón habrá de absolverse a la empresa demandada por lo relativo a las peticiones de los demandantes: Clemente Gutierrez, Juan Sastoque, Ricardo Alarcón, Custodio Pulido, Carlos Julio Rodríguez, Jorge Orduz, Armando Rojas, Hernando Morales, Crispulo Sánchez, Roberto Varela, Héctor Alarcón y Alfredo Orozco. Con respecto a los demás se hacen estas liquidaciones:

HERNAN TORRES

Salario	\$ 2.64
Sueldo (mes)	79.20
Cesantía	\$ 237.60
Vacaciones	39.60
Fiestas nacionales (10)	26.40
	<hr/>
Suman	\$ 303.60
	<hr/>
Recibido a buena cuenta	39.60
	<hr/>
Total	\$ 264.00
	<hr/>

EFRAIN MARCIALES

Salario	\$ 1.50	
Sueldo (mes)	45.00	
Cesantía		\$ 135.00
Vacaciones		22.50
Fiestas nacionales (8)		12.00
		<hr/>
Suman		\$ 16950
		<hr/>
Recibido a buena cuenta		17.00
		<hr/>
Total		\$ 152.50
		<hr/>

ANGEL M. VANEGAS

Salario	\$ 2.20	
Sueldo (mes)	66.00	
Cesantía		\$ 198.00
Vacaciones		33.00
Fiestas nacionales (33)		72.60
		<hr/>
Suman		\$ 303.60
		<hr/>
Recibido a buena cuenta		33.00
		<hr/>
Total		\$ 270.60
		<hr/>

GUILLERMO RAMIREZ

Salario	\$ 1.84	
Sueldo (mes)	55.20	
Cesantía		\$ 165.60
Vacaciones		27.60
Fiestas nacionales (13)		23.92
		<hr/>
Suman		\$ 217.12
		<hr/>
Recibido a buena cuenta		27.00
		<hr/>
Total		\$ 190.12
		<hr/>

NOE ORDUZ

Salario	\$ 2.31
Sueldo (mes)	69.30
Cesantía	\$ 207.90
Vacaciones	34.65
Fiestas nacionales (7)	16.10
<hr/>	
Suman	\$ 258.65
Recibido a buena cuenta	34.65
<hr/>	
Total	\$ 224.00
<hr/>	

CIRO BUITRAGO

Salario	\$ 2.50
Sueldo (mes)	75.00
Cesantía	\$ 225.00
Vacaciones	37.50
Fiestas nacionales (13)	32.50
<hr/>	
Suman	\$ 295.00
Recibido a buena cuenta	33.00
<hr/>	
Total	\$ 262.00
<hr/>	

JOSE SOTO

Salario	\$ 2.47
Sueldo (mes)	74.10
Cesantía	\$ 222.30
Vacaciones	37.05
Fiestas nacionales (23)	56.81
<hr/>	
Suman	\$ 316.16
Recibido a buena cuenta	37.05
<hr/>	
Total	\$ 279.11
<hr/>	

RAFAEL MEDINA

Salario	\$ 2.20
Sueldo (mes)	66.00
Cesantía	\$ 198.00
Vacaciones	33.00
Fiestas nacionales (1)	2.20
<hr/>	
Suman	\$ 233.20
Recibido a buena cuenta	33.00
<hr/>	
Total	\$ 200.20

GREGORIO VARELA

Salario	\$ 2.20
Sueldo (mes)	66.00
Cesantía	\$ 198.00
Vacaciones	33.00
Fiestas nacionales (21)	46.20
<hr/>	
Suman	\$ 277.20
Recibido a buena cuenta	33.00
<hr/>	
Total	\$ 244.20

ALFONSO OTALORA

Salario	\$ 3.00
Sueldo (mes)	90.00
Cesantía	\$ 270.00
Vacaciones	45.00
Fiestas nacionales (23)	69.00
<hr/>	
Suman	\$ 384.00
Recibido a buena cuenta	45.30
<hr/>	
Total	\$ 338.70

LUIS E. SIERRA

Salario	\$ 2.10	
Sueldo (mes)	63.00	
Cesantía		\$ 189.00
Vacaciones		31.50
Fiestas nacionales (2)		4.20
		<hr/>
Suman	\$	224.70
Recibido a buena cuenta		31.05
		<hr/>
Total	\$	193.65
		<hr/>

Con respecto al reconocimiento de los días feriados acontece que, al contestar el punto octavo de las demandas de los expresados señores, en el cual se sienta como hecho el de que no se han pagado, el demandado manifestó no ser cierto, lo que equivale a sostener que si pagó, este Tribunal estima que esta repuesta envuelve una verdadera excepción de pago, y como al través del expediente no existe constancia alguna de haberse satisfecho tales cantidades, es acertada la condenación hecha por el juzgador de primer grado que confirmó el Tribunal de instancia, por lo cual habrá de mantenerse.

En mérito de las razones expuestas, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, FALLA:

1º Condénase al señor Epaminondas Montenegro, como propietario de la empresa denominada "El Chiribitil", a pagar las siguientes cantidades, por concepto de cesantía, vacaciones y días feriados, a los demandantes que demostraron el tiempo de servicio, así: Hernán Torres, doscientos sesenta y cuatro pesos (\$ 264.0); Efraín Marciales, ciento cincuenta y dos pesos con cincuenta centavos (\$ 152.50); Angel M. Vanegas, doscientos setenta pesos con sesenta centavos (\$ 270.60); Guillermo Ramírez, ciento noventa pesos con doce centavos (\$ 190.12); Noé Orduz, doscientos veinticuatro pesos (\$ 224.00); Ciro Buitrago, doscientos sesenta y dos pesos (\$ 262.00); José Soto, doscientos setenta y nueve pesos con once centavos (\$ 279.11); Rafael Medina, doscientos pesos con veinte centavos (\$ 200.20); Gregorio Varela, doscientos cuarenta y cuatro pesos con veinte centavos (\$ 244.20); Alfonso Otálora, trescientos treinta y ocho pesos

con setenta centavos (\$ 338,70); Luis E. Sierra, ciento noventa y tres pesos con sesenta y cinco centavos (\$ 193.65).

Absuélvese al demandado de las peticiones formuladas en las demandas de Clemente Gutiérrez, Juan Sastoque, Ricardo Alarcón, Custodio Pulido, Carlos Julio Rodríguez, Jorge Orduz, Armando Rojas, Hernando Morales, Crispulo Sánchez, Roberto Varela, Héctor Alarcón y Alfredo Orozco, por falta de prueba.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese, 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.

LIBRE APRECIACION DE PRUEBAS EN DERECHO DEL TRABAJO

La tarifa legal de pruebas, de conformidad con la regla 4ª del artículo 3º de la Ley 75 de 1945, no es estrictamente obligatoria en la apreciación de las que se aduzcan ante la justicia del trabajo, pero los fallos serán siempre en derecho. Quiere esto decir que al juzgador le corresponde efectuar la valoración de la materia probatoria que aparezca en los autos, y esa apreciación es de un ámbito extenso que le permite formar su convencimiento con autonomía, sin sujeción estricta a las reglas que son de rigor en la aplicación de la ley civil. Así, por ejemplo, de conformidad con el artículo 696 del C. J. la declaración de un testigo no forma por sí sola plena prueba, pero constituye presunción más o menos atendible, según las condiciones del declarante, etc.; según el artículo 697, dos testigos hábiles que concuerden en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo, lugar, etc., forman la plena prueba que la ley requiere; sin embargo, en derecho laboral puede llegar el caso en que el juzgador encuentre de mejor recibo para formar su convencimiento el dicho de un testigo de condiciones más aceptables, en su sentir, que la afirmación de dos o más, de personas que no le merezcan credibilidad suficiente para formar esa convicción. Allí se está claramente en presencia de una cuestión relativa a tarifa legal de pruebas, a la cual no está sometido, de conformidad con la disposición atrás citada, el fallador en materia social. Por lo que una acusación referente a estas disposiciones no puede prosperar, a menos que de ella emerja clara e inconfundiblemente un error de hecho en forma visible, en términos que *prima facie* pueda observarse.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía).

Bogotá, julio ocho de mil novecientos cuarenta y ocho.

En sentencia de fecha cuatro de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis, el Juzgado 2º del Trabajo de Bogotá, decidió sobre la demanda instaurada por el señor Ernesto Heiman contra Víctor Sasson, personalmente, y como representante de la empresa denominada "Compañía Colombiana Vieson Ltd.", para obtener el pago de algunas prestaciones sociales.

Según las voces de la demanda, Heiman reclamó el pago de los sueldos correspondientes al término presunto del contrato que tenía celebrado con el demandado, en un lapso de cuatro meses, cinco días que faltaban para su terminación; las remuneraciones adicionales correspondientes a la producción de ciento diez kilos de clorhidrato de quinina, no pagadas en parte; las remuneraciones correspondientes al término presuntivo del contrato, y el auxilio de cesantía respectivo.

Anotó como hechos primordiales estos: que el demandado lo recibió como empleado el 20 de agosto de 1945; que no se celebró contrato de trabajo escrito ni se estipuló duración; que la remuneración fue de \$ 400.00 mensuales, más \$ 5 por cada kilo de clorhidrato de quinina que elaborase; que fue despedido sin justa causa por Sasson el 15 de octubre siguiente; que solamente recibió por prestaciones la cantidad de \$ 40.00; que su sueldo efectivo durante el tiempo comprendido entre el 20 de agosto y el 15 de octubre de 1945 fue de \$ 733.00 y que en el mismo lapso elaboró 110 kilos de clorhidrato de quinina por los cuales ha debido pagársele la suma de \$ 550.00 y únicamente recibió la cantidad de doscientos pesos.

La sentencia condenó al señor Sasson a pagar a Heiman la cantidad de \$ 350.00 por concepto de remuneración adicional, y, además, el valor de los sueldos, a razón de cuatrocientos pesos (\$ 400.00) mensuales, por el período del contrato que no fue trabajado.

Apelada esta providencia para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, esta corporación falló el negocio con fecha ocho de septiembre de 1947, y en su parte dispositiva revocó los numerales 1º y 2º de la sentencia recurrida, y en su lugar condenó al demandado a pagar a Heiman la cantidad de MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS, SESENTA Y SEIS CENTAVOS (\$ 1.666.66)

por concepto de salarios por el tiempo faltante del contrato presuntivo, y, además, VEINTE PESOS, VEINTIOCHO CENTAVOS (\$ 20.28) por cesantía.

LA CASACION

No conforme la parte desfavorecida con esta providencia del Tribunal Seccional del Trabajo, interpuso el recurso de casación para ante esta corporación, y como ya se ha tramitado en forma debida el negocio, es llegado el momento de decidirlo, a lo cual se procede mediante las consideraciones que habrán de exponerse, en relación con la demanda presentada por el recurrente.

EL RECURSO.

En escrito breve, que no se conforma exactamente con el mandato del artículo 531 del C. J., que señala los requisitos que debe llenar una demanda de casación, el apoderado del demandado señor Sasson pide que se case la sentencia del Tribunal de instancia "en razón de que existe en ella equivocada o errónea apreciación de la prueba, y por ello conduce a un error de hecho, que aparece de manera ostensible en los autos, motivo por el cual ha habido violación legal por tal camino indirecto, de los artículos 606, 609, 696 y 697 del Código Judicial, del artículo 49 del Decreto 2127 de 1945 y del artículo 51 del mismo decreto."

Después de transcribir párrafos de una providencia de este Tribunal relativos a la acusación por error de hecho, agrega que "el sentenciador del Tribunal al considerar las pruebas que obran en el expediente, no le dio el valor suficiente a la confesión hecha en dos ocasiones por Sasson en absolución de posiciones, en que afirma el objeto para lo cual tomó a Heiman hasta por dos meses (2), pues divide la confesión, siendo que ella es indivisible, y debe tomarse "tal como se hace, con sus modificaciones y explicaciones concernientes al mismo hecho", es decir en su conjunto total y completo, como sí la apreció y valoró al tratar lo referente al sobre-precio convenido por cada kilo de clorhidrato de quinina, que fue reducido por convenio posterior de ambas partes, lo mismo que por no haberle dado el verdadero valor que tienen las declaraciones del señor Moisés Piccioto, doctor Nicolás Hoyos Becerra, señor Jorge León y demás declarantes, ni haberles dado importancia a los certificados y cartas de empresas respetables como IMPEX LIMITADA y Laboratorio URIBE

PIEDRAHITA, pues no se tuvieron siquiera en cuenta, ya que se limita a expresar que los elementos tenidos en cuenta por el Juez a quo no son elementos que comprueben plenamente la ineptitud del trabajador, siendo que precisamente todo ese conjunto de pruebas son eficaces y son suficientes, máxime cuando en los conflictos laborales no se debe obrar con excesiva severidad en la apreciación de las pruebas."

"Los fundamentos de derecho, dice el recurrente, de la presente acción o recurso, están indicados en el numeral 1º del artículo 520 del C. J."

Son estos los términos de la demanda del apoderado de la parte recurrente, que, como se ha dicho, no se conforman en manera alguna a las exigencias de la técnica de casación ya que el artículo 531 del C. J. determina en forma clara los requisitos que debe llenar aquélla; y en el presente caso no se puntualizan separadamente los fundamentos de la violación de cada una de las disposiciones citadas. Pero no obstante, por vía de amplitud, se entrará en el examen de ella.

En primer lugar debe observarse que las disposiciones del Código Judicial que se señalan como violadas son de carácter adjetivo; pero como el recurrente sostiene que al través de ellas se infringieron los preceptos de los artículos 49 y 51 del Decreto 2127, será preciso examinar también aquellas disposiciones.

Los artículos 606 y 609 del C. J. son relativos a la prueba de la confesión y los 696 y 697 se refieren a la de testigos.

De conformidad con la regla 4ª del artículo 3º de la Ley 75 de 1945, la tarifa legal de pruebas no es estrictamente obligatoria en la apreciación de las pruebas que se aduzcan ante la justicia del trabajo, pero los fallos serán siempre en derecho. Quiere esto decir que al juzgador le corresponde efectuar la valoración de la materia probatoria que aparezca en los autos, y esa apreciación es de un ámbito extenso que le permite formar su convencimiento con autonomía, sin sujeción estricta a las reglas que son de rigor en la aplicación de la ley civil. Así, por ejemplo, de conformidad con el artículo 696 del C. J. la declaración de un testigo no forma por sí sola plena prueba pero constituye presunción más o menos atendible, según las condiciones del declarante, etc.; según el 697, dos testigos hábiles que concuerden en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo, lugar, etc., forman la plena prueba que la ley requiere; sin embargo, en derecho laboral puede llegar el caso en que el juzgador encuentre de mejor recibo para formar su convicción el dicho de un testigo de condiciones más aceptables, en su sentir, que la afirmación de dos o más,

de personas que no le merezcan credibilidad suficiente para formar esa convicción. Allí se está claramente en presencia de una cuestión relativa a tarifa legal de pruebas, a la cual no está sometido, de conformidad con la disposición atrás citada, el fallador en materia social. Por lo que una acusación referente a estas disposiciones no puede prosperar, a menos que de ella emerja clara e inconfundiblemente un error de hecho en forma visible, en términos que **prima facie** pueda observarse. Y como este no es el caso de autos, bien se ve que el cargo no puede prosperar por este aspecto, ya que el Tribunal estuvo en condiciones de darle a la prueba testimonial el valor que consideró adecuado.

Por lo que hace a la confesión, el recurrente no señala exactamente cuál de las posiciones es la que contiene la confesión que reputa indivisible. Dice que el Tribunal no le dio el valor suficiente a la confesión hecha en dos ocasiones por Sasson "en que afirma el objeto para lo cual tomó a Heiman hasta por dos meses".

Hé aquí el texto de la respuesta dada por el demandado a la pregunta que absolvió extrajuicio en el Juzgado Octavo Civil de Bogotá, "¿Sí es cierto que usted recibió al señor Ernesto Heiman el día 20 de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) como empleado químico para trabajar en la fábrica de elaboración de sales de quinina, situada en la calle 27, número 20-97 de esta ciudad?" Contestó: "No es cierto y explico: Yo no recibí al señor Heiman como empleado químico sino que lo recibí después de haberme asegurado que es un gran técnico en la elaboración de sulfato de quinina y resultó ser un químico y no un especialista en la elaboración de sulfato de quinina. Al ver que no me producía un rendimiento mayor de la corteza de quinina me prometió estudiar la cosa a fondo y que en un par de meses podía dar tal rendimiento, al cual nunca llegó".

Como puede observarse, al contestar esta pregunta el absolvente no niega el hecho de que el demandante hubiera sido recibido para trabajar con Sasson, sino que únicamente se refiere a la calidad del empleado, a quien califica no como técnico especialista en la producción de sulfato de quinina sino simplemente como químico general; pero no dice nada respecto al hecho de haberlo admitido desde la fecha que se señala en la pregunta.

En cambio, al ser preguntado en la diligencia de absolución de posiciones que absolvió dentro del juicio, acerca de la época en que había entrado a trabajar Heiman en su establecimiento, contestó lisa y llanamente: "Sí es cierto". De manera que respecto a este hecho no queda la menor duda. En otra pregunta, la décima, referente

al término del contrato, se lee: "Si es cierto que el absolvente no fijó término para el contrato de trabajo celebrado con el señor Heiman". Contestó: "No es cierto, porque se tomó al señor Heiman en período de prueba". Puede aquí advertirse que la pregunta es negativa, en el sentido de que no se fijó término al contrato, y la respuesta también lo es, es decir, **que no es cierto que no se fijó término**, lo que equivale a afirmar que sí se fijó alguno; pero aclara que se tomó a Heiman en período de prueba.

A las claras resulta de esta posición que lo que quiso decir el absolvente fue todo lo contrario: que no se fijó término, porque Heiman fue recibido en período de prueba.

¿Es esta la confesión que considera el recurrente que fue dividida por el Tribunal? O se trata de la que hizo en las posiciones absueltas ante el Juzgado Octavo del Circuito de Bogotá, que antes se transcribió?

Como se ve, el recurrente se limita a hablar de la confesión hecha por el demandado, pero no puntualiza exactamente la posición en que se halla éste, dejando a la corporación la labor de buscar entre las diversas preguntas que contienen los dos pliegos de posiciones la que aquél considera vulnerable, cosa que no es de recibo en casación, pues cuando se trata de atacar el fallo por mala o deficiente apreciación de alguna prueba es necesario determinarla claramente. Y en el caso que se estudia nada de esto se hizo en la demanda, que, vuelve a repetirse, no se conforma con las exigencias de la técnica de casación. De allí que no pueda saberse en dónde se encuentra la confesión indivisible de que habla el recurrente.

Pero sea de ello lo que fuere, y aun cuando el Tribunal considera que la ineptitud del empleado no alcanzó a demostrarse en el juicio, al contrario de lo que afirma el fallo de primera instancia es lo cierto que aun establecido tal hecho, la violación del artículo 49 del Decreto 2127 de 1945, no aparecería sino en el caso de que al retiro del demandado hubiera precedido el aviso de que trata dicha disposición.

"Son justas causas, dice el artículo 49 citado, para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, **con previo aviso**, dado por escrito a la otra parte, con antelación por lo menos igual al período que regula los pagos del salario; o mediante el pago de los salarios correspondientes a tal período:

"Por parte del patrono:

"1º—La ineptitud plenamente comprobada del trabajador para prestar el servicio convenido. Esta causal no podrá ser alegada sino después de sesenta días de iniciado el cumplimiento del contrato."

Pero no solamente no hay constancia de que hubiera habido tal aviso, sino que la separación del empleado se verificó antes de los sesenta días de que allí se habla. De modo que no puede verse cómo pudo el Tribunal violar esta disposición, por no haberla aplicado. Y consecuentemente tampoco puede haber violación del artículo 51 del mismo Decreto 2127, que sí se aplicó por el fallador, ya que no habiéndose demostrado que el trabajador fue recibido en período de prueba, y habiéndose producido el retiro en forma unilateral, sin previo aviso, la condenación al pago del valor que hubiera podido percibir el empleado durante el tiempo presuntivo del contrato es procedente.

No hallándose establecida y fundada la violación alegada, no hay lugar a casar la sentencia acusada.

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 que ha sido objeto del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, 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.

ORDENANZAS DEPARTAMENTALES

En el presente recurso de casación el Tribunal estima que no puede examinar si fue bien aplicada o nó una disposición de Ordenanza, si la acusación no se realiza al través de una norma legal y de carácter nacional, pues el objeto del recurso de casación es el de unificar la jurisprudencia nacional en materias laborales; por lo que es preciso que se advierta una violación de la norma superior para que pueda recaer el fallo sobre simples disposiciones locales como son las de las Ordenanzas.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía).

Bogotá, julio nueve de mil novecientos cuarenta y ocho.

Manuel Hoyos A. demandó al Departamento de Antioquia ante el Juzgado 2º del Trabajo de Medellín a fin de que le pagara cesantía, por haber trabajado al servicio de aquél durante veintitrés años y cuatro meses en el ramo de la educación, desde 1910 hasta 1939, y luégo como empleado de la Asamblea Departamental, del 30 de mayo al 19 de junio de 1946.

El señor Gobernador del Departamento, por medio de su apoderado, se opuso a que se hiciera la declaración pedida, con el argumento de que el demandante goza de una pensión de jubilación, y que, de conformidad con la Ordenanza 57 de 1938 del Departamento, los trabajadores jubilados no podían disfrutar simultáneamente de auxilio de cesantía.

El actor apoyó su demanda en lo dispuesto en la Ordenanza departamental número 14 de 1944.

Tramitado el juicio, el Juez falló con fecha 28 de febrero de 1947, y condenó al Departamento a pagar al demandante la cantidad de novecientos sesenta y siete pesos (\$ 967.24) veinticuatro centavos por concepto de cesantía.

Pero, como contra esta providencia se interpuso el recurso de apelación, subió al Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, entidad esta que con fecha 30 de julio del mismo año, confirmó dicha sentencia.

EL RECURSO

El apoderado del Departamento de Antioquia, no conforme con la decisión del Tribunal Seccional, interpuso el recurso de casación, para ante esta superioridad; el cual ha sido tramitado debidamente, y se va a decidir, mediante algunas consideraciones.

Se entra a estudiar la demanda de dicho apoderado, porque en sala unitaria se le había reconocido personería con anterioridad a su escrito de casación.

PRIMER CARGO

Dice el recurrente: "Acuso la sentencia del Tribunal por ser violatoria de: artículo 58, inciso 2º y 59 de la Ley 6ª de 1945; artículo 38 de la Ley 153 de 1887; artículos 1602 y 1603 del C. C.; artículos 1618, 1620, 1622 del C. C. y artículo 30 del C. C.

"En los artículos 58 y 59 de la mencionada Ley 6ª tenemos que la jurisdicción especial del Trabajo se ejerce por Juzgados, Tribunales Seccionales y por el Tribunal Supremo (artículo 59) y que esa jurisdicción conoce de las controversias que se susciten por razón de prestaciones que tengan origen en ordenanzas, decretos, resoluciones departamentales, acuerdos municipales y reglamentos particulares, previo el agotamiento del procedimiento de reclamación que en tales disposiciones se establecen.

"Y es el caso señor Magistrado, que el Tribunal de instancia violó este último artículo 58 toda vez que en la Ordenanza número 14 de 1944, artículo 3º, se establece que no tendrán derecho a auxilio de cesantía los trabajadores que no hayan servido continuamente al Departamento por un tiempo mayor de ciento veinte días. Pues bien, al vincularse Hoyos al Departamento en 1946 no cumplió los ciento veinte días, con lo que prácticamente quedó por fuera de los beneficios sociales de la ordenanza."

Se examina el cargo.

El artículo 58 que se dice violado (hoy sustituido por el artículo 7º de la Ley 24 de 1947) se limita a atribuir competencia a la jurisdicción del trabajo para conocer de las controversias que tengan origen en ordenanzas departamentales, acuerdos municipales, etc., etc. No puede, con base en tal disposición sostenerse que por cuanto, en

concepto del recurrente se dio aplicación a la Ordenanza 14 de 1944, tomando en consideración el tiempo servido por el trabajador, en el último período, que no alcanzó a ser de ciento veinte días, haya podido producirse la violación de la norma legal referida. De que no tuviera el demandante derecho al auxilio de cesantía conforme a la disposición de la Ordenanza de 1944, no puede deducirse la infracción alegada.

El cargo, en la forma que se ha presentado no es suficiente para obtener la infirmación del fallo, pues, como ya queda dicho, no aparece en manera alguna disconformidad con el mencionado artículo 58 de la Ley 6ª, ni tampoco por lo que respecta al 59 de la misma. Por consiguiente, se desestima esta acusación.

SEGUNDO CARGO

Dice el recurrente: "El artículo 38 de la Ley 153 de 1887 establece que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. A su vez el C. C. en sus artículos 1602 y 1603 dicen que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes; y que los contratos deben ejecutarse de buena fe.

"Ahora bien: el título a que los trabajadores departamentales acuden para cobrar las prestaciones sociales al Departamento son las ordenanzas. Por así decirlo, éstas se asimilan al contrato que rige las relaciones entre la entidad y el trabajador. El Tribunal fallador violó estas normas sustantivas porque aplicó en forma equivocada las ordenanzas, así:

"Hoyos se retiró del servicio del Departamento en el año de 1939. Para entonces regía la Ordenanza número 57 de 1938 que en el artículo 52 establecía el derecho a la jubilación, pero excluía del beneficio de cesantía a los jubilados. Hoyos, en consecuencia recibió su jubilación y se retiró del Departamento. Hasta ahí tenemos que el Departamento ha cumplido lealmente sus obligaciones con el trabajador. Viene el Tribunal sentenciador y le aplicó en favor del demandante la Ordenanza número 14 de 1944 contra lo que disponía la Ordenanza 57 dicha, en sus artículos 52 y 7º: o sea, no acumulación y prescripción del derecho de cesantía en un año a partir del día siguiente al del despido. Violó el Tribunal sentenciador pues la norma sustantiva mencionada por haber aplicado erróneamente una ordenanza posterior para una situación de derecho ya fenecida con anterioridad."

Se estudia este cargo.

Como puede observarse, esta acusación se endereza, en realidad,

a destacar el hecho de que no podía aplicarse la Ordenanza de 1944 a una relación de derecho que ya se había cancelado, al producirse el retiro del empleado en el año de 1939, bajo la vigencia de una norma distinta, que no solamente fue cumplida por parte del Departamento al otorgar la jubilación respectiva al trabajador, sino que, en lo referente a cesantía, produjo el efecto jurídico de la prescripción, en los términos de los artículos 7 y 52 de la Ordenanza número 57 de 1938.

Como en el cargo anterior, la formulación de esta acusación carece de los requisitos que señala el artículo 531 del Código Judicial. En efecto, no se dice qué causal legal se invoca, ni si la violación que se anota es directa, o se trata de indebida aplicación de la norma legal o de equivocada interpretación. Sólo por obrar con amplitud habrá de entrár a considerarse.

Las disposiciones que el recurrente estima infringidas, que son los artículos 1602 y 1603 del Código Civil y el 38 de la Ley 153 de 1887, se refieren por modo especial a las convenciones o contratos civiles. Pero en la demanda se dice que las ordenanzas departamentales que han establecido prestaciones para los servidores públicos pueden asimilarse al contrato de trabajo, y es por eso por lo que argumenta en relación con las mentadas disposiciones legales que determinan que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración; los contratos legalmente celebrados son ley para las partes y que deben ejecutarse de buena fe.

No viene al caso examinar si cabe la asimilación que el recurrente estima posible entre las ordenanzas departamentales y el "contrato que rige las relaciones entre la entidad y el trabajador". Porque en verdad la relación de servicio público no participa de los caracteres esenciales del contrato de trabajo, y aun cuando lo expositores de derecho administrativo han llegado a idear la teoría del contrato de derecho público cuando se ha definido, como lo expresa Seydel en su obra Principios de una doctrina general del Estado, como "una obligación de Derecho Público, porque se trata de servicios públicos, y contractual porque no puede imponerse contra la voluntad del empleado", en realidad el origen es de índole reglamentaria o legal, concepto que puede considerarse confirmado si se examina la disposición del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª del mismo año, cuando dice: "las relaciones entre los empleados públicos y la administración, nacional, departamental o municipal no constituyen contratos de trabajo, y se rigen por leyes especiales, a menos que se trate de la construcción o sostenimiento

de las obras públicas, o de empresas industriales, comerciales, agrícolas, o ganaderas, que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma". Pero sea de ello lo que fuere, es lo cierto que el cargo contempla el momento del nacimiento de la relación de derecho entre el empleado y la administración, al afirmar que ella debe regularse por las leyes vigentes al tiempo de su celebración, siendo así que cuando se inició tal relación no existía ninguna norma especial a cuyo imperio debieran someterse las prestaciones del trabajador, ya que la ordenanza que creó esas prestaciones fue expedida en 1938 y el servicio venía prestándose desde 1910. Por lo cual no tiene ninguna aplicación el precepto del artículo 38 de la Ley 157 de 1887, que se dice violado.

Tampoco se ve clara la infracción de las disposiciones del Código Civil que determinan que el contrato es ley para las partes, para significar su fuerza obligatoria, ni menos la que expresa que los contratos deben ejecutarse de buena fe, ya que no se trata precisamente de la forma como se diera cumplimiento a las recíprocas obligaciones emanadas de la relación de trabajo que existió entre el Departamento de Antioquia y el demandante.

Como se ha dicho, el cargo señala sencillamente las circunstancias de haberse aplicado las disposiciones de una ordenanza posterior a la época en que fue liquidada la situación del trabajador, que lo fue de conformidad con el estatuto vigente en el momento en que se produjo el retiro del empleado del cargo que desempeñaba en la administración. Se trata, entonces, de anotar la aplicación retroactiva de una norma que no debe operar, en sentir del recurrente, sobre una relación de derecho ya fenecida. Y así considerada la cuestión, las disposiciones que se señalan como violadas no pueden, en casación, servir para llegar al resultado que busca la demanda.

Si es este el sentido de la alegación del recurrente, además de lo que concierne al hecho de haber prescrito la acción para reclamar la cesantía, de conformidad con la ordenanza de 1938, que fijó el término de un año, la violación no puede ser otra que la de la misma disposición que estableció esa prescripción y no la de las indicadas por el recurrente.

Tampoco prospera este cargo.

TERCER CARGO

"El Tribunal sentenciador violó lo establecido en los artículos

1618 y 1622 del C. C., por infracción directa, a la cual infracción llegó por no haber interpretado las cláusulas o artículos de las ordenanzas que en el Departamento regulan la situación de los trabajadores para efecto de sus prestaciones.

“En efecto, el artículo 1618 del C. C. dice que, conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras. Así con base en las Ordenanzas números 57 y 38 de 1940, artículo 2º, el trabajador eligió voluntariamente jubilación. El artículo 2º de la última ordenanza dice: “cuando un trabajador del Departamento sea separado del servicio... tendrá derecho a elegir como indemnización, el valor de la incapacidad, el monto de la cesantía. En todo caso no habrá derecho a acumulaciones”. Esta disposición en concordancia con el mencionado artículo 52 de la Ordenanza 57 de 1938 que declara incompatible la jubilación con la cesantía, obliga en lógica a adoptar un criterio de interpretación que no fue precisamente el que guió al Tribunal sentenciador. Es decir: el trabajador tenía derecho a escoger una de dos, escogió una, luego canceló el derecho que tenía a escoger la otra; y en el caso de no haber escogido inmediatamente tenía su derecho para reclamar durante un año, pasado el año periclitaba ese derecho, cuanto más, cuando ya había escogido. El artículo 1622 del C. C. en su última parte al hablar de los contratos dice que se interpretarán las cláusulas por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes o una de las partes con aprobación de la otra. Pues, bien, en el caso concreto, la aplicación práctica fue el escogimiento que el trabajador Hoyos hizo de la prestación de cesantía, con el abandono de la otra prestación, escogimiento que culminó con el reconocimiento hecho por el artículo 2º de la Ordenanza 31 de 1941 en que se decretó la respectiva pensión de jubilación.”

Se estudia el cargo.

En el capítulo relativo a la interpretación de los contratos, se encuentran las disposiciones que el recurrente considerada violadas por la sentencia del Tribunal. Son ellas los artículos 1618 y 1622 del C. C. Según la primera “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”. La segunda expresa que “El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”. El artículo 1622 dice que “las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra”.

En el fondo, este cargo es el mismo formulado anteriormente. Y con el criterio de asimilar la prestación del servicio del empleado público al contrato de derecho civil se dice que las cláusulas de éste deben ser interpretadas por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de ellas con aprobación de la otra. Y que esa aplicación práctica consistió en haber escogido determinada prestación y abandonado la otra.

Cree el Tribunal Supremo que tampoco son estas disposiciones las pertinentes para destacar la violación que se pretende; porque no puede afirmarse que la actividad del trabajador al escoger la pensión de jubilación, de conformidad con la Ordenanza 57 de 1938, fuera una manera de aplicar el presunto contrato con el Departamento. No. En el supuesto de que éste hubiera existido, al escogerse la prestación era precisamente porque ya se había extinguido. De lo contrario no habría surgido el derecho a prestación alguna. Luego tampoco resulta valedera esta argumentación de la demanda de casación. En definitiva, el cargo vuelve a dirigirse hacia el hecho de que la situación del trabajador estaba liquidada, desde luego que optó la jubilación, en lugar de la cesantía, prestaciones estas que no podían coexistir dentro del régimen de la citada Ordenanza de 1938. En el fondo, la violación vendría a provenir de la aplicación de una ordenanza expedida con posterioridad a la extinción de la relación de trabajo, que el Tribunal consideró revivida por haber vuelto a trabajar al servicio del Departamento el demandado, durante algunos meses del año de 1946.

Como puede advertirse, las argumentaciones del recurrente, con todo y ser claras en el sentido de que no podía aplicarse la Ordenanza número 14 de 1944, y que este Tribunal entiende suficientemente, no tienen acertado cauce para llegar a la violación de la ley nacional, en la forma propuesta por la demanda. Porque no puede decirse que el Tribunal sentenciador interpretó equivocadamente la Ordenanza de 1944, con prescindencia de las reglas que para la interpretación de los contratos señalan los artículos citados por el recurrente como infringidos, pues ciertamente no es este el caso. En realidad se está simplemente en presencia de la aplicación de una norma posterior a la cancelación de la relación jurídica que existió entre el demandante y el Departamento de Antioquia, que es en el fondo la única acusación valedera contra la sentencia del Tribunal de instancia. Pero ya se ha dicho que ella no puede prosperar al través de las normas legales que el recurrente ha elegido para producir su acusación. Por tanto se desestima el cargo.

CUARTO CARGO

Este último cargo se refiere al hecho de que por no haber trabajado el demandante por más de ciento veinte días con posterioridad a la vigencia de la Ordenanza 14 de 1944, no era dable al Tribunal “revivir una situación ya fenecida voluntariamente, pues en caso contrario se diría prescrita para reclamar la prestación de cesantía por el tiempo anterior. La disposición legal que considera violada, no dice si por modo directo, por aplicación indebida o interpretación errónea, es el artículo 30 del C. C., que dice que “el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”.

En el fondo se trata de la misma argumentación de los cargos anteriores, porque no se explica el recurrente la razón que haya para que “un empleado, según sus palabras, que le sirvió al Departamento hasta el año de 1920, y que reingresó al servicio del mismo en el año de 1946, podría acogerse a la vigencia de ese artículo para cobrar al Departamento la cesantía contabilizando con el último el servicio primero”.

No tiene base esta corporación para analizar este cargo en relación con el artículo 30 del Código Civil que se dice violado. Se trata de una cuestión que no es propiamente de interpretación legal, porque el texto de las disposiciones de las ordenanzas departamentales es muy claro. Pero este Tribunal no puede examinar si fue bien aplicada o no una disposición de ordenanza, si la acusación no se realiza al través de una norma legal y de carácter nacional, pues es sabido que el objeto del recurso de casación es el de unificar la jurisprudencia **nacional** en materias laborales; por lo que es preciso que se advierta una violación de la norma superior para que pueda recaer el fallo sobre simples disposiciones locales como son las de las ordenanzas.

Estima el Tribunal muy atendibles las razones expuestas por el recurrente a lo largo de su demanda, en el sentido de que no debió darse aplicación a una disposición de ordenanza posterior a la época en que la relación de trabajo entre el demandante y el demandado había terminado, si, además, ya se había satisfecho la prestación a que tuvo derecho el trabajador en el momento en que se operó su retiro, así como la argumentación referente a la prescripción que ya se había consumado, en los términos de la Ordenanza de 1938; pero debe repetirse que a pesar de haberse enfocado claramente estas.

cuestiones, las disposiciones que fueron señaladas como violadas no dan margen a esta corporación para examinar detenidamente el fondo de ellas por no tener de presente las disposiciones de orden nacional que pudieran dar lugar a dicho examen.

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 que ha sido objeto del presente recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese, 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.

COMO SE SOLUCIONA EL DESACUERDO ENTRE LOS PERITOS MEDICOS

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: Dr. Jaramillo Arrubla).

Bogotá, julio trece de mil novecientos cuarenta y ocho.

En sentencia de 18 de noviembre último, esta corporación decidió el recurso de casación interpuesto por la Compañía Frontino Gold Mines Ltd. contra la de 8 de marzo anterior proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín en el juicio sobre el pago de indemnización por accidente de trabajo y excedencia de salarios de Carlos E. Luján contra dicha compañía.

Este Tribunal casó el fallo recurrido que había ordenado pagar la suma de \$ 351,00 como indemnización por la incapacidad proveniente del accidente, aunque negó la petición por salarios. Como el objeto del recurso era la condena por concepto de indemnización, a ella se limitó la decisión correspondiente, pues la de salarios había quedado en firme al guardar silencio la parte interesada en atacar el fallo.

La entidad casó el fallo en cuanto el Tribunal de segunda instancia violó las disposiciones legales sobre indemnización por accidente de trabajo, más como se presentaba una duda acerca de la existencia de la incapacidad del actor por cuanto se presentaron certificados médicos contradictorios, se aplazó la sentencia de segunda instancia, que debía proferir el Tribunal Supremo, para cuando un nuevo dictamen pericial resolviese el problema.

Fue así como se dictó un auto para mejor proveer en el que ordenó un examen del demandante por los médicos legistas del Depar-

tamento de Antioquia, aplicando la corporación el artículo 8º de la Ley 133 de 1931, según se explicó en su anterior sentencia de casación, para que dijeran si sufría lesión o incapacidad y de qué clase, y en caso afirmativo que la graduación se efectuase con la ley vigente al tiempo del accidente.

Después de varios meses de búsqueda del actor, se practicó esa diligencia en Medellín, el 7 del mes pasado, por los médicos legistas del Departamento de Antioquia, en la cual consta, bajo juramento que en esa fecha “fue reconocido Carlos E. Luján, quien no presenta merma de incapacidad obrera susceptible de ser valorada, como consecuencia del accidente de trabajo que se dice sufrido en el dedo meñique de la mano derecha”.

Ya el Tribunal Supremo, en su sentencia de casación aludida, había dicho, en vista del desacuerdo de los médicos en los dictámenes rendidos dentro del juicio, lo siguiente: “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 en donde ocurrió el accidente es más acertado deferir el dictamen de los del Departamento, de acuerdo con la disposición legal que va a aplicarse”. (Artículo 8º de la Ley 133 citada).

Por consiguiente, el dictamen transcrito de los médicos oficiales de Antioquia decide el problema presentado en la presente controversia. En efecto, el demandante en su libelo inicial había dicho que el 31 de marzo de 1942 sufrió un accidente en el dedo meñique de la mano derecha causado por una llave que se zafó al apretar una tuerca y que por ese hecho sufrió un golpe muy fuerte en ese dedo que le produjo la pérdida de los movimientos de aducción y parte de flexión correspondientes.

Y como del dictamen proferido por los médicos legistas del Departamento de Antioquia consta que no le ha quedado ninguna consecuencia al señor Luján por razón del accidente de que habla, y ese concepto médico es de gran mérito para la corporación, síguese de allí que debe absolverse a la compañía demandada del pago de indemnización por razón del referido accidente.

En tal virtud, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, ABSUELVE a la compañía Frontino Gold Mines Ltd. de los car-

gos sobre pago de indemnización por accidente de trabajo que le formuló el señor Carlos E. Luján en su demanda.

Sin costas.

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.

ERROR DE DERECHO. PROFESORES DE ESTABLECIMIENTOS DE EDUCACION

En casación del trabajo no cabe la acusación por error de derecho sino en el caso de que se le asigne a una prueba un mérito legal distinto del que deba tener, cuando se ha tratado de establecer un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigirse alguna solemnidad para la validez de un acto, porque entonces no debe admitirse la prueba sino por el medio autorizado por la ley.

Las actividades de los profesores de establecimientos de educación caben dentro de la definición que dan en el artículo 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 hubiese 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 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

6º de 1945 que reconoce de modo expreso a los empleados de las notarias 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 colegio privado, 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.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía).

Bogotá, julio catorce de mil novecientos cuarenta y ocho.

La señora Ilsa Wurzbürger de Bergmann demandó ante el Juzgado Cuarto Civil de Cali a la señorita Matilde González Ramos, con el objeto de que le pagase las siguientes cantidades: doscientos veinticuatro pesos (\$ 224.00) por concepto de cesantía; cien pesos (\$ 100.00) por vacaciones; noventa pesos (\$ 90.00) por salario presunto; el valor de ocho semanas, como licencia remunerada, con ocasión de haberse hospitalizado por hallarse en estado de gravidez, y, además, pidió el reconocimiento de los gastos consiguientes a su enfermedad.

Como hechos fundamentales de su demanda consignó estos: Que desde el 1º de octubre de 1939 desempeñó el cargo de profesora de Cultura Física en el colegio de propiedad de la demandada, con una asignación de veinticuatro pesos (\$ 24.00) mensuales, sueldo que fue elevado a la cantidad de treinta y un pesos con veinte centavos (\$ 31.20) y, por último, a treinta y seis pesos (\$ 36.00). Que fue despedida, por supresión de la clase que dictaba, y que, cuando se le privó del trabajo, se hallaba en estado de gravidez. La demandada se opuso a las pretensiones de la demanda.

Tramitado el asunto, y habiéndose pasado al Juzgado Primero del Trabajo, con fecha 17 de mayo del año pasado fue fallado, mediante el reconocimiento de las siguientes cantidades: doscientos trein-

ta y nueve pesos (\$ 239.00), por concepto de cesantía, y ciento ocho pesos (\$ 108.00), por vacaciones.

Apelado este fallo para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de la misma ciudad, esta entidad decidió el recurso, en providencia de cuatro de agosto siguiente, y por medio de ella revocó en todas sus partes el fallo de primer grado.

Contra esta decisión del Tribunal Seccional se ha interpuesto el recurso de casación, y, aun cuando la cuantía del negocio es inferior a MIL PESOS, se le admitió sobre la consideración de que en el fallo se contempla una cuestión importante en derecho laboral.

LA DEMANDA

El primer cargo se formula por el recurrente así:

“Error de derecho por errónea interpretación de las pruebas. Consiste este error en que el Tribunal cometió uno evidente, de tal naturaleza, al desatar el asunto declarando probada la excepción perentoria de carencia de acción en el actor.”

Continúa el cargo haciendo referencia a las pruebas aducidas al juicio para llegar a la conclusión de que sí hubo entre las partes un verdadero contrato de trabajo. Y en la parte final involucra el cargo por *error de derecho* con el referente a la errónea interpretación de las disposiciones sustantivas, y por aplicación indebida, que luégo hace objeto del segundo cargo.

Se considera:

En diversas ocasiones ha dicho esta superioridad que en derecho del trabajo no cabe la acusación por error de derecho sino en el caso de que se le asigne a alguna prueba un mérito legal distinto del que deba tener, cuando se ha tratado de establecer un hecho con medio probatorio no autorizado por la ley, por exigirse alguna solemnidad para la validez de un acto, porque entonces no debe admitirse la prueba sino por el medio autorizado por la ley.

En sentencia de fecha noviembre 27 de 1946, se dijo lo siguiente:

“Error de derecho. No todo cargo por error de esta naturaleza es aceptable en casación.”

“En efecto, él tiene lugar en este recurso 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 casa-

ción 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 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."

El cargo, por error de derecho, no puede prosperar.

"Errónea interpretación de las disposiciones sustantivas. Consiste este error en que el fallador cometió uno de tal clase al hacer la interpretación de los artículos 12 y 14 de la Ley 10 de 1934, 1º y 36 de la Ley 6ª de 1945, 13 de la Ley 43 de 1945 y 1º y 2º y 3º del Decreto 2127 de 1945."

Se extiende en consideraciones encaminadas a demostrar que el Tribunal de instancia sufrió una equivocación al apoyarse en el concepto del Ministerio del Trabajo sobre la calidad de los profesores de colegios, a quienes niega el carácter de empleados.

Se considera:

El problema referente a la condición de los profesores, antes de expedirse la Ley 43 de 1945, que en forma expresa les reconoce la calidad de empleado, ha sido motivo de diversas tesis. Al paso que para unos, por el hecho de no tratarse de un trabajo continuado, sino prestado por horas y no diariamente, y a veces en forma esporádica, siendo posible al trabajador dedicarse a otros oficios, no se configura suficientemente el factor de subordinación, que es esencial en el contrato de trabajo a lo cual se agrega la circunstancia de la posible pluralidad de patronos que hace todavía más oscura esa subordinación, para otros, el hecho dominante es el de que el profesor realiza una labor bajo la rectoría o dirección de un superior, mediante una remuneración libremente pactada, y con sometimiento a un horario determinado, confluyendo así los factores que le dan exacta configuración al contrato.

Ya este Tribunal tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el particular, lo que hizo en sentencia de fecha octubre 23 de 1947, que para el caso que se examina es de toda pertinencia.

Se dijo en la referida providencia lo siguiente:

Para este Tribunal las actividades de los profesores de establecimientos de educación caben dentro de la definición que de empleado

particular dan el artículo 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 artículo 27 de la Ley 6ª de 1945 que reconoce de modo explícito a los empedados 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.”

Esta corporación no encuentra motivo alguno para variar su criterio sobre este punto, razón por la cual habrá de casar la sentencia del Tribunal fallador, ya que la institución del recurso de casación ha sido creada con la finalidad primordial de unificar la jurisprudencia nacional en asuntos laborales, y la acusación enfoca precisamente el problema.

Esto por lo que hace a la cuestión general planteada por el recurrente.

Pero, acontece que, si bien es cierto que el Tribunal Seccional

hizo consideraciones encaminadas a demostrar que los profesores no tenían la calidad de empleados, antes de la vigencia de la Ley 43 de 1945, que esta superioridad no comparte, también lo es que en el caso particular que se examina hay una deficiencia probatoria tal que al ser casada la sentencia acusada, no habría elementos suficientes para reemplazarla, ya que no se acreditó el tiempo de servicio, ni la remuneración, ni la causa de la terminación de la relación jurídica que hubo entre las partes.

De las propias palabras de la demandante aparece que no se le pagaba sueldo mensual, sino que recibía el valor de cada clase, cuando la dictaba. Al ser preguntada sobre este punto, expuso: "Sí es verdad, porque ellos pagaban por clase dictada, y descontaban los días que no se dictaba clase por motivos de fiesta, o por causa de enfermedades, o porque en el día señalado para la clase había paseo o alguna reunión. Es decir, solamente se pagaba la clase dada. Pero el compromiso mío era cumplir las horas que se me había señalado para dictar la clase cada día, desde octubre hasta finalizar el año escolar; que termina el 15 de julio y no como en el año de 45, el 31 de mayo, que fue el día que suspendieron las clases ese año."

El expediente, como lo afirma la propia sentencia de primer grado, está "huérfano de pruebas directas". No hay sino las que con posterioridad a ella hizo producir el Tribunal, que consisten en las "declaraciones" de las partes, de las cuales no es posible deducir exactamente las condiciones en que se llevaba a cabo el trabajo de la demandante. Por todo lo cual, aun cuando la providencia del Tribunal va a ser casada, esta corporación se verá en el caso de absolver a la parte demandada, por falta de prueba, ya que no hay base cierta alguna para poder hacer una condenación en concreto.

Por las razones expuestas, 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, que ha sido objeto de este recurso, y en su lugar ABSUELVE a la parte demandada de los cargos de la demanda, por falta de pruebas.

Sin costas.

Notifíquese, publíquese, cópiese, 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.

ORDENANZAS DEPARTAMENTALES Y ACUERDOS MUNICIPALES

El recurso de casación está instituido con la finalidad primordial de unificar la doctrina laboral en asuntos nacionales. Para que pueda prosperar una acusación referente a ordenanzas o acuerdos municipales, es necesario que al mismo tiempo se formule la acusación contra la ley sustantiva del orden nacional.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía).

Bogotá, julio catorce de mil novecientos cuarenta y ocho.

Fue demandado el Municipio de Medellín por el apoderado de Carlos Valdés, ante el Juez Tercero en lo Civil, con el objeto de que se le ordenase el pago de la suma de \$ 1.440.25 por concepto de horas extras trabajadas en su condición de Agente de Policía Municipal.

El hecho básico sustentador de la demanda se hizo consistir en que el agente Valdés trabajó durante cincuenta y seis horas semanales, como jornada ordinaria, y otras cincuenta y seis, en forma extraordinaria, desde el 21 de febrero de 1941 hasta el 8 de octubre de 1942.

Citó para fundamentar la acción las Leyes 35 de 1939, 45 de 1939, artículo 15 de la Ley 10 de 1934, artículo 7º de la Resolución número 1 de 1934, Ley 129 de 1931 y el Acuerdo municipal número 33 de 1939, del Concejo de Medellín, lo mismo que el Decreto 58 de 1939 de la Alcaldía de la misma ciudad.

Tramitado el negocio, por el Juzgado del conocimiento se desató la litis con fecha 21 de marzo de 1944, y en virtud del fallo respectivo se absolvió al Municipio de los cargos de la demanda.

Esta providencia fue apelada para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín; más, como posteriormente se organizó

la jurisdicción especial del trabajo, el negocio fue pasado al Tribunal Seccional del ramo, entidad esta que con fecha 27 de octubre del año pasado dictó su sentencia definitiva y por medio de ella confirmó la de primer grado.

EL RECURSO

Contra la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo se ha interpuesto el recurso de casación, y como ya se ha tramitado en forma legal, llega el momento de decidirlo, lo que se hará por medio de la presente providencia, mediante el examen de la demanda de casación que el apoderado del demandante ha remitido a esta corporación.

LA DEMANDA

Después de relatar los hechos antecedentes del negocio, el recurrente se expresa así:

"Acuso la sentencia proferida por el H. Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, con fecha veinticinco de octubre de mil novecientos cuarenta y siete, en el juicio social de Carlos Valdés contra el Municipio de Medellín, porque es violatoria de la ley sustantiva, puesto que quebrantó los preceptos contenidos en las siguientes disposiciones: artículo 63 del Acto Legislativo número 3 de 1910; artículo 180 de la Ley 4ª de 1913; artículo 2º del Decreto Ejecutivo 895 de 1934; artículos 1º, 5º y 120 del Acuerdo del Concejo de Medellín, número 33 de 1939. Por tanto alego la causal del ordinal 1º del artículo 520 del C. J., en armonía con el ordinal 6ª del artículo 3º de la Ley 75 de 1945."

Luégo el recurrente hace una síntesis de la sentencia acusada y en la tercera parte concreta la acusación bajo el mote: UNICO FUNDAMENTO.—ERROR EVIDENTE DE HECHO.—Y dice: "La sentencia que ataco estimó que mi mandante era empleado de supervigilancia. Esta apreciación es errónea, porque da por cierto este hecho en persona que desempeñaba funciones de simple vigilancia; tuvo incidencia en la parte resolutive del fallo, pues de otra manera hubiera sido condenatorio; e indujo al fallador a violar la ley sustantiva".

En seguida entra la demanda a discurrir acerca de la diferencia que hay entre los vocablos **supervigilancia** y **vigilancia**, tanto desde el punto de vista gramatical como desde el referente a la aplicación práctica que se le ha dado, especialmente en las disposiciones de los Decretos sobre Policía, nacionales y municipales.

Termina diciendo que el fallo violó el artículo 63 del Acto Legislativo número 3º de 1910 que determina que los acuerdos de los Municipios son obligatorios mientras no sean anulados, lo mismo que el 180 de la Ley 4ª de 1913. Que se violó asimismo el Acuerdo número 33 de 1939, del Concejo de Medellín, que establece para los trabajadores del Municipio una jornada de cuarenta y ocho horas semanales, exceptuando a los que ocupen puestos de supervigilancia o dirección, confianza o manejo, que son las mismas excepciones que consagra el Decreto 895 de 1934. Que el artículo 2º (sic) de este Decreto 895 se infringió también en el fallo, porque esa disposición excluye únicamente a los empujados que ocupen los puestos enumerados antes. Por último, afirma que la violación de tales disposiciones tiene como base la no aplicación del artículo 5º del Acuerdo 33 de 1939, del Concejo Municipal de Medellín.

El señor Procurador General de la Nación, presentó su alegato de oposición, en defensa de los intereses del Municipio de Medellín, y expuso lo siguiente: "1ª El recurrente en la tercera parte de su demanda expresa que ella tiene un fundamento único, el error evidente de hecho, que consiste en que la sentencia estimó que su mandante era empleado, de supervigilancia, cuando lo era de simple vigilancia.

"Es cierto que ahí reside todo el problema del juicio: en decidir si un agente de policía ejerce o nó funciones de supervigilancia. El actor tiene un concepto distinto al de la sentencia; pero la discusión es de conceptos, no de hechos; de interpretación jurídica, no de apreciación de pruebas. El demandante no acusa la sentencia porque en ella se hubiera dejado de estimar alguna prueba sobre los hechos, o se hubiera estimado alguna de modo manifiestamente equivocado. Se sabe que el señor Valdés fue agente de la policía de Medellín por cierto lapso y que trabajó cierto número de horas y se debate si las funciones de agente eran o nó de supervigilancia. Sobre los hechos, pues, no hay controversia. El problema —se repite— versa exclusivamente sobre si un agente de policía es supervigilante, caso en el cual no tiene derecho a salario por horas extras, de conformidad con un acuerdo del Concejo de Medellín. Por tanto, la acusación por error de hecho carece de toda base y la sentencia así debe declararlo.

"2ª Las disposiciones sustantivas que el recurrente considera violadas son las siguientes:

"a) Artículo 63 del Acto Legislativo número 3 de 1910, que declara obligatorios los acuerdos de los Concejos mientras no hayan sido anulados por la autoridad judicial.

"Fácilmente se contesta que la sentencia acusada no contiene con-

cepto alguno que contradiga el precepto constitucional citado. En ningún momento se ha debatido la legalidad del acuerdo del Concejo de Medellín que concedió ciertas prestaciones sociales a los trabajadores.

"b) Artículo 180 del Código de Régimen Político y Municipal, que repite lo dicho por el constituyente en la disposición que acaba de mencionarse. Cabe, por consiguiente, la misma respuesta.

"c) Artículo 2º del Decreto 895 de 1934 que consagra las excepciones a la regla general sobre jornada máxima de trabajo, "en las empresas industriales". Es evidente que un agente de policía municipal no es trabajador de una empresa industrial.

"d) El acuerdo municipal de Medellín expedido en 1939 bajo el número 33. El recurso de casación sólo tiene cabida cuando la sentencia viola disposiciones de la ley sustantiva. Un acuerdo de un municipio no es una ley. Esta sólo puede ser expedida por el Congreso, y, en casos excepcionales, por el Gobierno Nacional. Teniendo por objeto principal la casación, unificar la jurisprudencia nacional, sería contrario a ese fin, casar sentencias por violaciones de normas exclusivamente locales."

Planteada en estos términos la cuestión, para resolver, SE CONSIDERA:

Violación del artículo 63 del Acto Legislativo número 3 de 1910, que corresponde hoy al 196 de la Codificación Constitucional.

Dice así su texto: "Los Acuerdos Municipales son obligatorios mientras no sean anulados por la autoridad judicial."

¿En qué forma se ha violado esta disposición?

El recurrente invoca como causal para fundar su demanda la del ordinal 1º del artículo 520 del C. J. Pero acontece que esa causal reviste varias y distintas modalidades; porque una cosa es la violación directa de la ley y otra la indebida aplicación, lo mismo que la errónea interpretación responde a un concepto diverso de esa violación. Y de conformidad con lo que dispone el artículo 531 del C. J. la demanda de casación debe contener fuera del señalamiento de la norma violada, el concepto de la violación. De manera que el recurrente ha debido puntualizar en forma precisa y clara la manera como se produjo la violación del precepto citado, y no limitarse a citarlo escuetamente. Por este aspecto, la demanda que se tiene a la vista no se conforma con las exigencias de la técnica de la casación, razón por la cual no puede hacerse un examen de fondo, en relación con la disposición que se dice violada, sin que sea inútil decir, que **prima facie**, no se advierte ninguna infracción de este texto, pues en parte alguna de la sentencia recurrida se desconoce la obligatoriedad del

Acuerdo número 33 del Concejo Municipal de Medellín, y muy al contrario, se le da aplicación, en la forma que el Tribunal considera acertada.

El cargo por lo que hace a esta disposición y la del artículo 180 de la Ley 4ª de 1913 resulta inocuo, con mayor razón si se considera que, según las voces de la demanda, el “único fundamento” del recurso es el de “error de hecho evidente”, y es sabido que cuando se alega esta modalidad de la violación legal es necesario que ella se haya producido por mala apreciación de las pruebas, y no es este el caso.

La demanda señala asimismo como violado el artículo 2º del Decreto 895 de 1934.

En primer lugar debe observarse que el aludido decreto no tiene artículo 2º. A menudo se cita mal la disposición que se pretende, que no es otra que la del artículo 2º de la Resolución número 1º de 1934, que fue aprobada por el Decreto 895.

El señor Procurador General de la Nación al referirse a esta parte de la acusación se limita a observar que “es evidente que un agente de policía no es trabajador de una empresa industrial.”

Esta observación del señor Agente del Ministerio Público plantea por modo definitivo y precisa la cuestión relativa al derecho que puedan tener los agentes de policía y otros funcionarios de la administración pública a cobrar horas extras. Si la limitación de la jornada legal que contienen las disposiciones de la Resolución número 1 de 1934, dictada en acatamiento a los compromisos nacidos de la Convención adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en Washington, y aprobada por la Ley 129 de 1931, puede aplicarse a trabajadores distintos de los de los establecimientos industriales de que allí se habla, y especialmente a los empleados del orden administrativo; si las entidades de derecho público pueden asumir el carácter de patronos, y en qué casos, y en fin, las diferencias entre el contrato de trabajo, propiamente dicho y la relación de servicio público, esto es, la que se deriva del ejercicio de funciones públicas, en virtud de nombramiento hecho al respectivo empleado, para fines de la administración, son todos temas de gran interés, pero que, en el presente caso no deben ser materia de examen en esta providencia, desde luego que, como muy bien lo advierte el señor Procurador, la acusación se ha formulado por error de hecho, y éste no puede producirse sino al través de las probanzas aducidas en el juicio, lo que no hizo el recurrente. Por esta causa tampoco puede prosperar el cargo.

Por último, la acusación referente a las disposiciones del Acuerdo municipal número 33 de 1939, del Concejo de Medellín, no puede ser objeto de análisis por esta corporación, porque, como ya se ha dicho, en repetidas providencias, el recurso de casación está instituido con la finalidad primordial de unificar la doctrina laboral en asuntos nacionales; lo que quiere decir que para que pueda prosperar una acusación referente a disposiciones de ordenanzas o acuerdos municipales, es necesario que al mismo tiempo se formule contra la ley sustantiva del orden nacional. Y, con respecto a esta acusación, es de una gran pertinencia la anotación del señor Procurador General de la Nación, cuando afirma que no puede haber error de hecho cuando se trata sencillamente de un punto de mera interpretación, la de la disposición del acuerdo municipal que señala las excepciones a la jornada legal para los trabajadores municipales, en relación con las funciones que desempeña el agente de policía, pues que al paso que la sentencia las reputa como de supervigilancia, el actor las considera de mera vigilancia.

Quiere decir todo lo anterior que la demanda de casación que se ha examinado equivocó el camino cuando expresó que el "único fundamento" es el de "error evidente de hecho", desde luego que, como ya se ha expresado, y es elemental en la materia, este evento de la infracción legal no tiene lugar sino cuando el Tribunal juzgador ha dejado de apreciar o ha apreciado equivocadamente alguna o algunas pruebas, en forma tal que esa mala o falsa apreciación le haya conducido a incurrir en un error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos, según lo expresa claramente el artículo 520 ordinal 1º del C. Judicial.

"La acusación por error de hecho evidente, se lee en la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia de 27 de febrero de 1946, tiene que contraerse a concretos y determinados elementos porbatorios y en forma alguna fundarse en una crítica general de todos los elementos que condujeron al Juez a definir en determinado sentido la controversia entre las partes."

En el caso de que se ocupa la demanda no se trata de establecer ningún hecho, sino, como ya se dejó dicho, todo gira al rededor de un problema de interpretación de una disposición municipal. Concretamente lo que ha dado lugar a este recurso es el alcance que el Tribunal Seccional le da al vocablo supervigilancia en relación con las funciones que desempeña un agente de policía, y si bien el recurrente examina este punto, únicamente lo hace en relación con la disposición del acuerdo municipal que cita, por lo cual según se expresó

atrás, no puede considerarse en casación. Pero el Supremo, dentro del ámbito propio del recurso extraordinario de la casación y teniendo que ceñirse a los términos de la acusación, no podrá entrar a pronunciarse sobre la cuestión debatida, según se expuso antes.

Sin necesidad de hacer más 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 Medellín, que ha sido objeto de este recurso.

Sin costas, pues no aparece que se hayan causado.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la "Gaceta del Trabajo" y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

CASACION

Nuestra Suprema Corte de Justicia ha reafirmado en innumerables sentencias que no debe confundirse la casación con una tercera instancia; que la labor del juzgador cuando se ejercita este recurso de casación se limita a confrontar la sentencia acusada con los textos legales que se señalen como violados, y que no le es dable a la Corte efectuar una revisión del proceso, pues no se trata de una instancia, como a menudo se le considera.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía).

Bogotá, julio catorce de mil novecientos cuarenta y ocho.

La sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, con fecha veintiséis de agosto del año pasado, en el juicio adelantado por Juan Deulofeu contra la empresa Eternit Colombiana, por diversas prestaciones sociales, ha sido recurrida en casación por el apoderado de la empresa, por no hallarse conforme con ella.

El negocio fue fallado en primera instancia por el Juez 4º del Trabajo de Bogotá. Dispuso la sentencia que la empresa demandada pagase al actor el valor correspondiente a la sobrerremuneración de noventa días (90) trabajados y no compensados, y ordenó que la liquidación se hiciera conforme al artículo 553 del C. J. Absolvió de las demás peticiones de la demanda.

El demandante había solicitado el pago de cesantía correspondiente a dos años y cinco meses de servicio, durante el tiempo comprendido entre el quince de abril de mil novecientos cuarenta y cuatro y el veintiuno de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis. Pidió igualmente que le pagase el valor de 90 domingos trabajados. También solicitó que la empresa pagara la cantidad de cien pesos, con ochenta centavos (\$ 100.80), por concepto de alojamiento, y,

asimismo, el valor de los sueldos desde el día de la terminación del contrato hasta aquel en que se le hiciera el pago efectivo, de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945.

Como hechos primordiales señaló estos: que celebró un contrato verbal con la sociedad demandada, por tiempo indefinido, para servir en los talleres en calidad de ingeniero; que se ajustó como sueldo la suma de \$ 320.00 mensuales, con derecho a habitación; que ese sueldo se elevó hasta \$ 450.00; que trabajó durante noventa domingos sin tomar descanso compensatorio.

La parte demandada se opuso a las pretensiones de la demanda.

Apelada la providencia de primer grado para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, esta entidad en sentencia de 26 de agosto siguiente, confirmó el numeral primero de aquélla, relativa a la sobreremuneración de los 90 días, y modificó el segundo en el sentido de ordenar el pago de la suma de veinticuatro pesos con cuarenta y ocho centavos (\$ 24.48), por razón de alojamiento.

LA CASACION

Ambas partes interpusieron el recurso de casación contra esta última sentencia, y como ya se ha ventilado en forma legal se va a decidir por medio de la presente providencia.

DEMANDA DEL APODERADO DEL DEMANDANTE

El apoderado del señor Juan Deulofeu presentó un escrito, como demanda de casación, en el cual después de relatar los hechos antecedentes de la controversia, entra en materia, sin acomodarse en forma alguna a las exigencias del artículo 531 del C. J., que señala los requisitos que debe llenar aquélla.

Esta corporación ha dicho ya en numerosos fallos que para que pueda ser considerada como tal, la demanda de casación debe contener, fuera de la relación de los hechos, el señalamiento de las disposiciones que se consideran violadas, muy especialmente, el concepto de la violación. Dentro de la causal 1ª del artículo 520 del C. J. hay diversas modalidades de la violación legal, pues no es lo mismo la infracción directa de la ley, que la indebida aplicación o su errónea interpretación; por lo cual cuando se invoca esta causal, es indispensable, para señalar el concepto de la violación, indicar exactamente en qué forma se operó la infracción que se alega. Nada de esto ha hecho el recurrente, pues fuera de que cita el artículo 530 de la mencio-

nada obra, equivocadamente, en el comienzo de su escrito, se extiende después en consideraciones referentes al artículo 52 del Decreto 2127, para afirmar que la sentencia incurrió en grave error, sin ensayar demostrarlo. Luego dice que impugna la sentencia por violación del inciso 2º del numeral 2º del mismo decreto, relativo a las causas de terminación del contrato de trabajo, y de los artículos 19 de la Ley 10 de 1934 y 11 del Decreto 2127 de 1945 (hoy sustituido por el artículo 1º del Decreto 2615 de 1946) referentes a irrenunciabilidad de los derechos emanados de las leyes sociales, todo ello en forma conjunta, sin acomodarse, como ya se dijo, a las exigencias de la técnica de casación, cosa que no es de recibo cuando de este recurso se trata.

En estas condiciones la corporación no tiene derrotero cierto para examinar la demanda del actor y, por lo mismo, se ve en el caso de estimarla como improcedente.

LA DEMANDA DEL APODERADO DE LA EMPRESA DEMANDADA

El recurrente ha presentado como demanda de casación un escrito, en el cual, después de relatar los antecedentes del negocio, formula los cargos contra la sentencia, en dos diferentes capítulos. En el primero hace la consideración de que se violó la ley sustantiva, sin señalar la disposición que estima infringida, por no haberse dado valor a determinados testimonios en relación con el descanso compensatorio de que el actor disfrutó; en el segundo dice que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones de la demanda.

Dice así la primera parte del escrito de que se trata:

“Considero que se ha violado la ley por parte del H. Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá en la sentencia recurrida, en la apreciación errónea de las pruebas de que trata el inciso 2º del Código Judicial, en vista de que tanto el Juez Cuarto del Trabajo de Bogotá que conoció en primera instancia, aceptó como prueba suficiente y plena la declaración de una sola persona, o sea la rendida por el chofer Méndez, para acreditar el hecho de que el doctor Deulofeu trabajó todos los días de la semana sin hacer uso de descanso compensatorio, y rechazó la prueba contraria, esa sí plena de acuerdo con la ley, consistente en las declaraciones contextes de los señores Efraín González y Eduardo Laverde, quienes afirmaron que Deulofeu sí hizo uso de los descansos compensatorios. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 696 del Código Judicial. “La declaración de un

testigo no forma por sí sola plena prueba, pero constituye presunción más o menos atendible, según las condiciones del declarante y la sinceridad y claridad de su exposición. El declarante Méndez fue retirado de la empresa, no con beneplácito de aquél, y por lo mismo guarda resentimiento contra ésta, como ocurre con todos los trabajadores que dejan de prestar sus servicios. Además el doctor Deulofeu, ya retirado también del servicio, certificó en favor de Méndez, con anterioridad a la declaración de éste, que había trabajado el citado chofer un buen número de horas extraordinarias las que pagó la empresa en vista de tal certificado. Por lo mismo existen motivos de gratitud de parte de Méndez para su antiguo jefe, los cuales hacen presumir parcial tal declaración. Pero de todos modos, de acuerdo con el texto del artículo 696 del C. J., antes transcrito, este único testimonio no forma plena prueba. Pero tanto el Juez Cuarto como el honorable Tribunal Seccional de Bogotá le dieron el valor de prueba plena, violando así la ley en esta materia."

Se considera:

Se ha visto el Tribunal Supremo del Trabajo, en repetidas ocasiones, en presencia de escritos como el que ha presentado el señor apoderado de la empresa Eternit Colombiana, a guisa de demanda de casación, que no son otra cosa que simples alegatos de instancia. Y por lo mismo ha tenido que recordar a los recurrentes que existe para este recurso extraordinario una técnica especial, señalada en el artículo 531 del Código Judicial, un tanto rigorista, pero que se explica por la misión esencial que a esta corporación le corresponde, que no es otra que la de unificar la jurisprudencia en materia laboral, primordial razón de ser de la casación.

Nuestra Suprema Corte de Justicia ha reafirmado en innumerables sentencias que no debe confundirse la casación con una tercera instancia; que la labor del juzgador cuando se ejercita este recurso de acusación se limita a confrontar la sentencia acusada con los textos legales que se señalan como violados, y que no le es dable a la Corte efectuar una revisión del proceso, pues no se trata de una instancia, como a menudo se le considera. Solamente cuando se acusa por error de hecho o de derecho, que aparezca de manifiesto en los autos, cabe el examen de las pruebas que sean señaladas por la demanda. Pero la acusación así formulada, con señalamiento determinado de las pruebas que se consideren mal apreciadas, debe desembocar en la violación directa o indirecta de algún precepto legal de carácter sustantivo, porque de lo contrario la acusación se queda, por así decirlo, en el camino, y no avanza hasta su finalidad que es la de

presentar la norma legal sobre la cual debe sentarse la doctrina correspondiente.

Para no citar sino una de las decisiones de la H. Corte, en la de doce de marzo de mil novecientos cuarenta y seis, se pronunció así: "Los Tribunales son soberanos en la apreciación de las pruebas y la Corte tiene que respetar tal apreciación; porque el recurso no se dirige a la revisión del pleito o de la controversia planteada en las dos instancias, ni a provocar un nuevo análisis de las pruebas. El recurso de casación no es una tercera instancia, sino que se limita al examen de la sentencia en sus relaciones con la ley. Sólo cuando aparezca un error manifiesto en los autos que envuelva una violación de la ley, o un error de derecho que implique ese mismo quebrantamiento, el recurso de casación prospera".

En el cargo que se estudia, el recurrente se limita a sostener que el fallador de primer grado, lo mismo que el Tribunal Seccional, le dieron el valor de plena prueba a la declaración del chofer Méndez y desestimaron las de otros señores; es decir, un problema de tarifa legal, que como es bien sabido en los juicios del trabajo no cuenta, porque ella no es estrictamente obligatoria, de acuerdo con el artículo 3º de la Ley 75 de 1945. Pero aun cuando se señalan las pruebas, no se acusó por error de hecho, y no se dijo qué disposición sustantiva fue violada. De donde resulta que el cargo, por haberse formulado mal, no puede prosperar.

SEGUNDO CARGO

"Por no estar la parte resolutive de la sentencia recurrida en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, según el numeral 2º del artículo 520 del mismo Código."

"En los cinco puntos del libelo de la demanda la parte actora pide lo siguiente: 1º) Auxilio de cesantía correspondiente a dos años y cinco meses de servicio; 2º) la remuneración correspondiente a noventa días trabajados y no pagados; 3º) pago de 21 días de arrendamiento de un apartamento que ocupó en Bogotá el demandante; 4º) pago del sueldo correspondiente al tiempo comprendido entre el 21 de agosto hasta el día en que se cancelen las prestaciones reclamadas; y 5º) se condene en costas a la entidad demandada. Con gran sorpresa el honorable Tribunal modificó la sentencia del Juez Cuarto del Trabajo en el ordinal segundo, en el sentido "de condenar a la empresa a pagar la suma de veinticuatro pesos cuarenta y ocho centavos por razón del complemento de los seis días de salario que se

adeudaban al actor en el momento de hacerse la liquidación final tomando en cuenta el valor de alojamiento de que disfrutaba el demandante, suma que se pagará...". Como se ve, el honorable Tribunal violó expresamente lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 520 del Código Judicial, al condenar a Eternit Colombiana, S. A., a una prestación que no figura ni siquiera en el libelo de demanda."

Aquí la acusación es por violación del numeral segundo del artículo 520 del Código Judicial.

Se examina el cargo.

Lo que se dijo con respecto al capítulo primero de la llamada demanda de casación puede decirse de este último. Porque el numeral segundo del artículo 520 no es disposición sustantiva, sino que señala una de las causales en que puede basarse un recurso de casación. Por lo mismo una sentencia no puede violar el artículo 520 del Código Judicial en ninguno de sus numerales, que no son otros que las mismas causales o motivos de casación.

La demanda de casación debe ceñirse a lo preceptuado en el artículo 531 del C. J., porque el recurso es por esencia formalista. De consiguiente es preciso determinar la disposición violada y el concepto de la violación, en forma clara y expresa. Por eso resulta de todo punto inadmisibile que se cite todo un estatuto legal, como lo ha hecho el recurrente cuando dice en uno de los párrafos de su escrito:

"Fundamento en derecho las Leyes 6ª de 1945 y 75 del mismo año y sus decretos reglamentarios, y los artículos 520 y 696 del Código Judicial y sus concordantes."

Esta sola transcripción habría sido suficiente para que el Supremio se eximiera de examinar la demanda, pues no puede darse nada más contrario a la técnica que señala el referido artículo 531 del C. J., que en modo alguno fue tenido en cuenta por el memoria-lista; que esta referencia global a todo el estatuto del trabajo contenido en la Ley 6ª de 1945 y a las disposiciones de la 75 del mismo año, con todo y sus decretos reglamentarios, sin individualizar la disposición o disposiciones que se estiman infringidas, y el concepto de la violación, si por infracción directa, aplicación indebida o errónea interpretación.

La demanda, en suma, no llena los requisitos que la ley señala para fundar el recurso de casación, por lo cual es imprescindible para este Tribunal desestimarla como tal, y por lo mismo no es posible entrar a analizar las cuestiones que se plantean en el escrito del apoderado de la empresa demandada, por falta del punto de referencia necesario en esta clase de acusaciones, que no es otro que la norma

legal sustantiva que se considera violada, por lo cual habrá de dejarse en firme la sentencia recurrida.

Por estas breves razones, 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 de Bogotá, objeto del presente recurso.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese, 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.

DERECHO DE OPCION. IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS DEL TRABAJADOR. JUBILACION

Para que pueda tener lugar la opción consagrada a favor del trabajador por el artículo 28 del Decreto 652 de 1935, entre el auxilio de cesantía y la pensión de jubilación, es necesario que existan estos dos derechos, o se espere ciertamente que por lo menos uno habrá de existir. No puede haber opción si uno de ellos no existe, ni se espera que exista, ni podrá en ningún caso existir.

Los derechos conferidos por las leyes sociales a los trabajadores son irrenunciables. Por tanto, no puede reconocérsele valor a un documento en el que vaya implícita esa renuncia.

Si el trabajador, sin tener derecho a la pensión de jubilación y sin que hubiera tenido derecho al auxilio de cesantía, recibe el valor de este auxilio, cuando se cumplan los requisitos para tener derecho a aquella pensión, puede solicitarla, pero el patrono no tiene obligación de pagársela sino cuando le haya reintegrado el trabajador, en un solo pago, sin descuentos de ninguna naturaleza, todo el valor del auxilio de cesantía que recibió sin título para ello. Lo contrario, sería sanear un título ilegal, autorizar la retención de dineros indebidamente recibidos y hacer coexistir las sumas recibidas por cesantía con las pagadas por jubilación, contrariando el texto expreso del artículo 28 del Decreto 652 de 1935. El pago del auxilio de cesantía no puede considerarse en ningún caso como un anticipo de la pensión de jubilación.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla).

Bogotá, julio catorce de mil novecientos cuarenta y ocho.

Oswaldo Castro demandó a The Santa Marta Railway Company, Limited, como arrendataria del Ferrocarril Nacional del Magdalena, para el pago de una pensión mensual vitalicia de cincuenta y cuatro pesos con cuarenta centavos (\$ 54.40) moneda legal, desde el 15 de mayo de 1945.

Como hechos dijo que había servido a la empresa demandada desde el 7 de agosto de 1910 hasta el 26 de enero de 1941, cuando renunció; que en el último año de servicios devengó un sueldo mensual de sesenta y un pesos con cincuenta centavos (\$ 61.50); que el 15 de mayo de 1945 tenía más de cincuenta años de edad; que actualmente tiene más de 55 años de edad; que en dos ocasiones ha solicitado a la empresa el pago de su pensión, sin resultado favorable; y que no tuvo en 1945, ni tiene en el momento de la demanda renta, sueldo ni pensión.

Al contestar la demanda, el apoderado de la sociedad dijo que eran ciertos los dos primeros hechos acerca del tiempo de servicios, la renuncia del demandante y la cuantía de su remuneración. Los demás fueron negados o manifestó que no le constaban.

El Juez del Trabajo de Santa Marta dictó su fallo por el cual condena a la empresa a pagarle al actor una pensión mensual vitalicia de cincuenta y cuatro pesos con diez centavos (\$ 54.10) moneda corriente, a partir del 20 de diciembre de 1945. Además, dispuso que el demandante quedaba obligado a reintegrar a la compañía la suma de cuatrocientos sesenta y siete pesos con siete centavos (\$ 467.07) moneda corriente, mediante descuentos que ésta le haría del pago de las pensiones, que no excederían del veinte por ciento (20%) de cada una.

Interpuesto por ambas partes el recurso de apelación, fue decidido el 15 de septiembre último por el Tribunal Seccional del Trabajo de Santa Marta, en el sentido de confirmar el fallo recurrido, salvo en cuanto al reintegro, que dispuso fuese de mil cien pesos con noventa centavos (\$ 1.100.90), y mediante descuentos del diez por ciento de cada pensión mensual de jubilación.

El apoderado de la empresa interpuso el recurso de casación contra esta última sentencia, el que fue concedido, admitido y fundado oportunamente.

Por lo tanto, se procede a decidir a cerca de él.

EL RECURSO

Propone el recurrente dos cargos. No obstante que habrá de prosperar el segundo, el Tribunal Supremo los analizará ambos por la estrecha conexión que existe entre ellos y también por elementa-

les consideraciones de carácter doctrinal, dada la importancia del problema debatido.

PRIMER CARGO

Para mayor claridad se transcribe. Dice así:

“De conformidad con el artículo 28 del Decreto 652 de 1935 “si la empresa o establecimiento tuviere establecida pensión de jubilación, el empleado tendrá derecho a optar entre el auxilio de cesantía y la pensión de jubilación”. De esta disposición se desprende claramente que no pueden coexistir ambas prestaciones: si se escoge la cesantía, no puede exigirse la jubilación. Ahora bien: según se vio, el demandante, al retirarse de la empresa, recibió lo que le correspondía por concepto de auxilio de cesantía. Así consta en el documento citado en el número 2 de la presente demanda. De aquí se infiere que el actor carece de derecho para exigir pensión de jubilación.”

“En el fallo acusado se dice que como el retiro del demandante fue voluntario, no tenía derecho a auxilio de cesantía y que, por tanto, no era el caso de optar entre éste y la pensión de jubilación.”

“Esta apreciación del Tribunal es errónea. En efecto: si cuando el empleado tiene derecho al auxilio de cesantía puede optar por recibir éste y prescindir de la pensión de jubilación, con mayor razón en el caso de que no exista obligación para la empresa de pagar dicho auxilio. En este caso, el demandante prescinde de un derecho condicional a cambio de que se le pague inmediatamente un auxilio de cesantía, a que estrictamente no tiene derecho. En otros términos: si el trabajador puede escoger entre un derecho eventual, la jubilación, y un derecho exigible, la cesantía, no hay razón ninguna para que no pueda escoger entre un derecho eventual y un derecho no exigible. Incurrió, pues, el Tribunal en manifiesto error al no reconocerle al convenio citado el valor que le atribuye la citada disposición del Decreto 652 de 1935.”

“La aceptación de la tesis del Tribunal conduciría al absurdo de colocar en mejor situación al trabajador que recibe la cesantía, sin tener derecho a ella, que al que la recibe con perfecto derecho. En efecto: el último quedaría inhabilitado para obtener pensión de jubilación y en cambio el primero podría recibir dos prestaciones.”

“De lo expuesto se desprende que la sentencia viola las siguientes disposiciones legales:

“a) Artículo 28 del Decreto 652 de 1935, por no haberlo aplicado siendo aplicable y por no haber decidido, con base en él, que el demandante carece de derecho a la pensión de jubilación.

“b) Artículo 1602 del Código Civil y 38 de la Ley 153 de 1887,

por no haberlos aplicado, siendo aplicables, y por no haberle reconocido el convenio celebrado entre el demandante y la empresa el valor que le corresponde conforme a tales disposiciones."

Se examina el cargo.

En verdad; el Tribunal Seccional de Santa Marta dice en su fallo acusado que el demandante no tenía derecho a cesantía por haber renunciado voluntariamente su cargo. En efecto, se expresa así en su sentencia: "Del certificado de separación del servicio, expedido por la empresa (folio 12), aparece que el demandante se retiró del servicio por renuncia voluntaria. Este hecho ocurrió en enero de 1941. Y conforme a la legislación vigente en esta época, el empleado particular que presentaba renuncia de su cargo perdía el derecho al auxilio de cesantía. Entonces, mal puede hablarse de opción en el presente caso, ya que el demandante no tenía derecho a cesantía por haber renunciado su cargo. Optar significa escoger o preferir una cosa entre varias y aquí no existían legalmente dos prestaciones (cesantía y jubilación) entre las cuales Castro Rada pudiera escoger".

"Por esta razón entiende el Tribunal que el demandante no optó por la cesantía, por lo cual no puede aceptarse ahora que esta opción inexistente lo prive de su derecho a la jubilación."

Entre los dos razonamientos, el del recurrente y el del fallo recurrido, el Tribunal Supremo encuentra que el acertado en este último, por cuanto el trabajador Osvaldo Castro se retiró voluntariamente en enero de 1941 cuando las leyes vigentes no reconocían en Colombia auxilio de cesantía por ese hecho. Luego mal podía optar entre un derecho inexistente y otro en suspenso. Para optar, de acuerdo con la más simple lógica, entre dos derechos o dos objetos, es necesario que ambos existan, o se espere ciertamente que por lo menos uno habrá de existir. Pero no puede haber opción si uno de ellos no existe, ni se espera que exista, ni podrá en ningún caso existir.

Cuando el trabajador se retiró no tenía derecho a cesantía y apenas contemplaba la posibilidad de jubilación. Luego mal podía ejercitar el derecho de opción de que trata el artículo 28 del Decreto 652 de 1935, si el derecho a cesantía no existía. Por consiguiente, la suma que recibió a este último título, de la compañía, carece de causa y no sirve tampoco para fundar una opción, ni menos para negarle al trabajador su derecho a la pensión, cuando por razón de la edad lo hubiera adquirido.

Si con posterioridad al pago de esa suma el trabajador por haber cumplido la edad requerida consolidó en su favor el derecho de jubilación que tenía en suspenso, puede con toda razón legal reclamar este último, sin que sea dable afirmar que por haber recibido aque-

lla suma se operó la opción de que trata el artículo 28 citado, y perdió, por lo tanto, el derecho a la jubilación. Y como así ocurrió con el trabajador Castro, porque con posterioridad a su retiro cumplió la edad legal requerida para adquirir plenamente su derecho a la jubilación —lo que no se ha discutido—, síguese que lo lógico es que se le reconozca esa prestación y devuelva a la compañía la suma que sin ningún título recibió bajo la imputación de una inexistente cesantía, tal como con toda justicia y legalidad lo resolvió el fallador de segunda instancia. En lo que sí habrá de discrepar el Tribunal Supremo del Seccional es en la forma como deberá efectuarse esa devolución, según se verá al estudiar el segundo cargo.

Y como el Tribunal de Santa Marta entendió rectamente que por no haber optado el trabajador, no había perdido el derecho a la jubilación, es evidente que no quebrantó el artículo 28 del Decreto 652, citado por el recurrente.

También acusa como infringidos en este cargo los artículos 1602 del Código Civil, según el cual todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y 38 de la Ley 153 de 1887, que dispone que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. El recurrente dice que fueron violados por no haberlos aplicado, siendo el caso de hacerlo, y por no haberle reconocido al convenio celebrado entre el demandante y la empresa el valor que le corresponde conforme a tales disposiciones.

No dice el recurrente a cuál convenio se refiere, ni lo menciona siquiera, pero por amplitud quiere entender la corporación que se trata del recibo firmado por el trabajador, por la suma de \$ 1.110.90, por concepto de cesantía (folio 19 del cuaderno 1º), en el cual se dice que ese dinero se recibe por tal concepto y “en lugar de pensión de jubilación a que tendría derecho al cumplir los 55 años de edad”. Pero ya se dejó expresado que no pudo existir esa opción, entre la cesantía y la jubilación, porque el retiro del trabajador fue voluntario y no tenía derecho a la primera de esas prestaciones. Darle pleno valor legal a esa presunta opción, con base en las disposiciones legales que cita el recurrente, equivaldría a hacerle renunciar al trabajador un derecho como el de jubilación, a que se hizo acreedor con todos los requisitos legales, para concederle en su lugar uno al cual no tenía derecho según la legislación. Es decir, un manifiesto absurdo jurídico.

Y como los derechos conferidos por las leyes sociales a los trabajadores son irrenunciables, no puede reconocérsele valor a un documento en el que va implícita esa renuncia. De allí que no aparezcan

violadas las dos últimas disposiciones citadas en el cargo.

No está acreditado este primer motivo de casación.

SEGUNDO CARGO

Dice así esta acusación:

"La sentencia que es objeto del recurso, al reconocer al demandante el derecho a cobrar la pensión de jubilación, determina que la suma recibida por él por concepto de cesantía debe ser devuelta a la empresa por cuotas extraídas del valor mensual de la pensión de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 64 de 1946."

"Por este aspecto, el fallo es también absolutamente equivocado:

"Porque el procedimiento adoptado en él conduce necesariamente a la coexistencia de las dos prestaciones —jubilación y cesantía— cosa contraria al espíritu y a la letra de la ley;

"Porque el pago del auxilio de cesantía no puede ser considerado en ningún caso como un anticipo de la pensión de jubilación;

"Porque la disposición legal citada en el fallo, o sea la del artículo 12 de la Ley 64 de 1946, se refiere única y exclusivamente a los casos en que se hayan hecho entregas de dinero al trabajador por razones de liquidaciones parciales de cesantía, préstamos o anticipos durante la vigencia del contrato de trabajo pero no al pago que se le haya hecho a un trabajador, una vez terminado el contrato de trabajo, con el ánimo de extinguir todas las consecuencias provenientes de tal terminación. En el caso a que se refiere este juicio, no se hizo ningún anticipo de la pensión de jubilación, préstamo o liquidación parcial de cesantía mientras estuvo vigente el contrato de trabajo; simplemente se efectuó un pago del auxilio de cesantía con el ánimo de dejar definitivamente liquidada la situación del trabajador por razón de los servicios prestados a la empresa.

"En consecuencia, la sentencia viola las siguientes disposiciones legales:

"a) El artículo 28 del Decreto 652 de 1935, por falta de aplicación;

"b) El artículo 12 de la Ley 64 de 1946, por haberlo interpretado erróneamente y haberlo aplicado, a consecuencia de esa errónea interpretación, al caso del pleito, no siendo aplicable."

Se estudia el cargo.

En verdad, el fallo recurrido ordena restituir la suma total recibida por el trabajador, por concepto de cesantía, pero en la forma de descuentos mensuales de un diez por ciento (10%) de cada pensión, para lo cual invoca lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 64 de 1946.

Se considera:

Dice así esta disposición en su inciso 2º que es el pertinente: "Redúcese al diez por ciento (10%) el descuento hecho a las pensiones para el pago de la cesantía anticipada, préstamos u otros conceptos". Y dice que se reduce a ese porcentaje, porque la Ley 49 de 1943 lo había fijado en su artículo 4º en un veinte por ciento (20%).

Es de observar, como bien lo afirma el recurrente, que ese descuento de que trata la Ley 64 de 1946 sólo tiene lugar cuando se ha hecho un préstamo, una liquidación parcial de cesantía o un anticipo al trabajador, pero no puede entenderse que se refiera al pago equivocado de una inexistente cesantía, porque aparece así recibida esta suma sin título ninguno y su devolución debe verificarse, por lo tanto, íntegramente y no por cuotas o partes.

Cuando esa misma ley habla en el artículo transcrito de devolución por "otros conceptos", no puede referirse a la devolución de sumas no debidas que por serlas deben reintegrarse en su totalidad, sino a pagos reales y ciertos, a entregas de dinero autorizadas por la ley y con justa causa. Lo contrario sería sanear un título ilegal, autorizar la retención de dineros indebidamente recibidos, es decir, consagrar un principio inmoral. Por otra parte, sería hacer coexistir las sumas recibidas por cesantía con las pagadas por jubilación, contra el texto expreso del artículo 28 del Decreto 652 de 1935, como lo afirma con razón el recurrente. Y como este mismo lo dice, el pago de cesantía no puede considerarse tampoco en ningún caso como anticipo de la pensión de jubilación.

Está probado este cargo y deberá casarse la sentencia recurrida parcialmente, en cuando ordenó devolver la suma recibida por cesantía, por cuotas del diez por ciento (10%) de las sumas mensuales que se paguen por concepto de jubilación, para disponer, en su lugar, que esa devolución sea por el total, en forma completa, sin deducciones de ninguna clase.

Al reformar en ese sentido la sentencia de instancia, también se dispondrá que la pensión de jubilación sólo se principiará a pagar desde el momento en que la devolución de la suma recibida por cesantía se produzca, pues de lo contrario se violaría el artículo 28 del Decreto 652 tantas veces citado, al hacer coexistir las dos prestaciones que esa norma —y la Ley 6ª de 1945— han excluido y quieren excluir mutuamente.

Se ordena pagar la pensión desde ese momento únicamente, porque aun cuando no tenía derecho a cesantía recibió una suma de dinero por tal concepto o con esa intención, y porque el artículo 17 del

Decreto 1471 de 1932 dice que deberá pagarse la pensión vitalicia de jubilación desde el día en que el empleado u obrero haga la solicitud correspondiente, pero "siempre que tal día se reúnan las condiciones para adquirir tal derecho". Y en el presente caso, no se habían reunido completamente esas condiciones, porque tenía y tiene en su poder un dinero recibido por cesantía que hacía y hace incompatible la jubilación con la retención de dicha suma.

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 PARCIALMENTE la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, en cuanto ordenó que el demandante Osvaldo Castro Rada reintegrarse a la compañía The Santa Marta Railway Company, Limited, la suma de un mil ciento diez pesos con noventa centavos (\$ 1.110.90), moneda corriente, mediante descuentos del diez por ciento (10%) de cada pensión mensual de jubilación, y, en su lugar, dispone que la devolución de dicha suma se verifique de una vez, en un solo pago, sin descuentos de ninguna naturaleza, y que sólo cuando esa suma íntegra haya sido devuelta en esa forma por el actor a la compañía demandada, tendrá ésta la obligación de pagarle al demandante la pensión mensual de jubilación de que trata la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Santa Marta de fecha 15 de septiembre de 1947, que ha sido materia del presente recurso.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese, 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.

CASACION. LIBRE APRECIACION DE PRUEBAS

El recurso de casación en materia del trabajo, ha dicho esta corporación, tiene como finalidad esencial la unificación de la jurisprudencia nacional al respecto, y apenas, por modo incidental, colateral, por así decirlo, incide en la reparación del agravio recibido por los litigantes. Como es obvio, tratándose de una verdadera acusación del fallo, y no de una revisión del proceso, la labor del juzgador se limita a la confrontación que de aquél se hace con las disposiciones que se dicen quebrantadas.

Los Tribunales son autónomos en lo relativo a la apreciación de las pruebas y en casación no puede desestimarse esa apreciación, sino en el caso de que haya llevado al fallador a incurrir en error ostensible de hecho o de derecho.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía).

Bogotá, julio quince de mil novecientos cuarenta y ocho.

Se va a decidir el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Luis A. Orjuela contra la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Ibagué, de fecha diecisiete de septiembre del pasado año, dictada en el juicio que adelantó aquél contra las Empresas Municipales de la mencionada ciudad para el reconocimiento y pago de horas extras.

La demanda, que fue propuesta ante el Juez del Trabajo de Ibagué, se fundó en los siguientes hechos primordiales:

- a) Que el actor ha venido trabajando en las Empresas Municipales de manera continuada por un espacio de más de veinte años;
- b) Que el cargo que desempeñaba era el de vigilante de la boca-toma del acueducto municipal, dependiente de las Empresas Municipales;

c) Que los deberes anexos al cargo consisten en mantener en completo estado de limpieza la bcca-toma y los desarenaderos; cuidado del funcionamiento del trincho; limpieza del canal desde el trincho hasta donde termina el canal nuevo; atender llamadas telefónicas de todas horas; y, en fin, todos los relativos al mantenimiento en buen estado de la dependencia referida;

d) Que el actor trabajó permanentemente en la labor encomendada, tanto en época de verano como en invierno; fuera de las ocho horas de la jornada legal (24 horas en verano y 18 en invierno).

e) Que no se le ha reconocido su trabajo extraordinario, a pesar de que el reglamento de la empresa desde el 4 de septiembre de 1940 ordena terminantemente que la jornada de trabajo sea de ocho horas y establece sobre-remuneración para las que se trabajen fuera de la jornada legal.

La parte demandada se opuso a las pretensiones del actor.

Tramitado el negocio, el Juzgado del conocimiento dictó su sentencia con fecha 3 de junio de 1947, y en ella decidió absolver a las Empresas Municipales de los cargos de la demanda, por no hallar mérito legal a las peticiones del actor.

Mas habiéndose interpuesto el recurso de apelación contra la providencia del Juzgado, correspondió al Tribunal Seccional del Trabajo de Ibagué ventilar la segunda instancia, y en sentencia de dieciséis de septiembre confirmó la de primer grado.

LA CASACION

El apoderado del demandante ha recurrido en casación, y como el recurso se ha tramitado en forma legal, es el momento de decidirlo.

LOS CARGOS

Dice el recurrente:

"Acuso el fallo recurrido por violación directa del artículo 2º del Decreto Ley número 895 de 1934.

"En el fallo recurrido, dice el Tribunal: ... "De acuerdo con la Resolución número 1 de 1934, que fue aprobada por el Decreto 895 del mismo año (artículo 2º) están excluidos de la jornada máxima no sólo los trabajadores de supervigilancia y dirección y los de confianza y manejo, **que no es el caso de autos** (subrayado), sino también las labores de naturaleza intermitente, como la del señor deman-

dante, interpretación que ha sido admitida por la jurisprudencia judicial y administrativa y que el Tribunal prohija.”

“Como expresamente lo reconoce el fallo del Tribunal, las funciones del demandante no están incluidas en ninguna de las excepciones consagradas por el artículo transcrito. Luego lógicamente ha debido aplicar dicha disposición legal en cuanto ella limita la jornada máxima de trabajo. Empero, sin fundamento ninguno legal ni probatorio, sino por una simple interpretación acomodaticia, se le ocurrió al Tribunal decir que las funciones de mi representado son de naturaleza intermitentes, por lo cual no le asiste derecho legal alguno para reclamar el pago de las horas extras que ha trabajado.”

Termina el cargo afirmando que hubo aplicación indebida del principio general sobre jornada máxima de trabajo, tanto por virtud de la primera parte del texto legal citado como por fuerza del contrato de trabajo de las Empresas Públicas Municipales, de Ibagué, artículo 51, pues su representado no estaba obligado a trabajar más de las ocho horas legales que hubo interpretación errónea tanto de las excepciones como de la norma general del artículo 2º porque aplicó las últimas en lugar de aplicar la primera.

Se examina el cargo.

En primer lugar debe observarse que el Decreto 895 de 1934 por el cual se dio aprobación a la Resolución número 1 del mismo año, sobre jornada legal de trabajo, no tiene artículo 2º. El recurrente incurrió en confusión pues se refiere al artículo 2º de la Resolución, que es el que consagra la jornada de ocho horas, y establece las excepciones a ella.

Sostiene el recurrente que las funciones de su representado no caben dentro de las excepciones consagradas por el citado artículo 2º de la Resolución número 1º de 1934; pero que el Tribunal, sin fundamento legal, ni probatorio, afirma que esas funciones son de naturaleza intermitente.

Se considera:

El recurso de casación en materia del trabajo tiene como finalidad esencial la unificación de la jurisprudencia nacional al respecto, y apenas, por modo incidental, colateral, por así decirlo, incide en la reparación del agravio recibido por los litigantes. Como es obvio, tratándose de una verdadera acusación del fallo, y no de una revisión del proceso, la labor del juzgador se limita a la confrontación que de aquél se hace con las disposiciones que se dicen quebrantadas. Por eso, cuando se trata de la apreciación que haya hecho el Tribunal de instancia de las pruebas allegadas al juicio, si la acusación no

deriva sobre el error de hecho o de derecho, el fallo resulta intocable en casación.

Se dice lo anterior porque según las propias palabras del recurrente se le ocurrió al Tribunal que las funciones del actor fueron de carácter intermitente "sin fundamento legal **ni probatorio**". Y como es natural, para llegar a esa conclusión el fallador debió examinar y examinó el haz de pruebas que le fue presentado, pues la naturaleza de esas funciones es una cuestión de hecho que no puede ser apreciada sin al través de esas pruebas. Luego para que esta superioridad pudiera entrar a examinar si en verdad esas funciones revisten o no la calidad de intermitencia que el Tribunal advirtió en su fallo, habría sido necesario que la acusación se hubiera producido al través de determinadas pruebas, que hubieran conducido a un error de hecho manifiesto, de conformidad con el artículo 520 del Código Judicial, cuya causal 1ª parece ser la invocada por el recurrente (pues no la citó).

Pero, como lo tiene establecido la jurisprudencia, en forma copiosa, los Tribunales son autónomos en lo relativo a la apreciación de las pruebas y en casación no puede desestimarse esa apreciación, sino en el caso de que haya llevado al fallador a incurrir en error ostensible de hecho o de derecho. Por lo tanto, es claro que el cargo no podrá prosperar porque para determinar si las funciones del trabajador fueron o nó intermitentes, habría que apelar al examen de los elementos probatorios aducidos al proceso, y ello no es posible sino mediante la determinación de las pruebas que se estimaron mal apreciadas, toda vez que no es laboral del Tribunal de casación efectuar la revisión total del juicio, por no tratarse de una tercera instancia.

Por estas breves razones, no prospera el cargo.

SEGUNDO CARGO

En este cargo la acusación se produce contra el párrafo de la sentencia que analiza el artículo 3º de la Ley 6ª de 1945, también relativo a la jornada legal y a sus excepciones, el cual comenta de la siguiente manera:

"Acreditado como está de autos que en el ejercicio de su cargo mi representado trabajó más de ocho horas al día y a veces durante muchas horas más, otras durante todo el día y toda la noche, es apenas de elemental justicia que se le debe dar la remuneración correspondiente por ese trabajo extraordinario, toda vez que las funciones por él desempeñadas no son discontinuas o intermitentes, ni de

simple vigilancia, ni las desarrolla en ninguno de los casos previstos en el párrafo primero del precitado artículo 3º de la Ley 6ª."

"Es absurdo catalogar las funciones de un trabajador por el lugar donde él resida. De ahí que sea jurídicamente inadmisibile que el Tribunal diga en el fallo recurrido que por el hecho de que mi representado habita en la casa de las Empresas Municipales a cuyo servicio trabaja, sus funciones son de vigilancia e intermitentes. El domicilio no imprime categoría a las funciones del trabajador."

Como se ve, el cargo es exactamente el mismo que se analizó antes, con la diferencia de que se refiere no ya a la disposición del artículo 2º de la Resolución número 1 de 1934 sino al artículo 3º de la Ley 6ª de 1945. Pero, en el fondo, vuelve sobre la cuestión de la no intermitencia de las funciones del trabajador, que es de hecho, y que no puede examinarse sino al través de las pruebas del expediente. No hay, pues, base alguna para poder enfrentar la sentencia acusada con la ley. Lo que quiere decir que la demanda de casación se resiente de falta de técnica y no podrá dar el resultado que el recurrente ha perseguido.

Por las mismas razones se declara inadmisibile el cargo.

TERCER CARGO

"Finalmente acuso el fallo recurrido por violación directa del artículo 31 del Código Civil."

"El Tribunal al aplicar con carácter retroactivo las disposiciones que consideró aplicables, pero que, como se ha dejado demostrado no lo eran, de la Ley 6ª de 1945, violó el artículo preanotado, como quiera que deliberada y expresamente tomó en cuenta lo desfavorable y odioso de dicha ley, en su artículo 3º, para negarle, aun para épocas anteriores al momento de la vigencia de la Ley 6ª a mi representado todo derecho a reclamar las horas extras servidas a la entidad demandada."

Este último cargo se endereza a establecer que el fallador aplicó la Ley 6ª de 1945 a una situación anterior, es decir, que se le dio efecto retroactivo. Pero el artículo citado como infringido, que lo es el 31 del C. C. se refiere a la interpretación de la ley, cuando expresa que lo favorable u odioso de ella no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su sentido.

No cree esta superioridad que por el hecho de que se ocupe la sentencia del artículo 3º de la Ley 6ª de 1945 se haya aplicado con retroactividad esta disposición, pues bien claro se ve que tanto el fa-

llador de primera instancia como el Tribunal Seccional analiza el problema a la luz de las disposiciones de la Reolución número 1 de 1934 y de la mencionada Ley 6ª, entre otras cosas porque se trata de trabajo ejecutado en parte bajo la vigencia de aquélla y también bajo el imperio de esta otra. De suerte que tampoco se advierte violación alguna de la disposición del artículo 31 del Código Civil, a que se refiere el cargo, que entre otras cosas nada tiene que ver con el problema de la retroactividad de la ley, sino que es una norma de interpretación legal encaminada a fijar el sentido de normas oscuras. No hay, en este caso, ningún punto de interpretación legal, sino que, como se ha repetido al través de este fallo, se trata de una cuestión de hecho, cuya apreciación está fuera del radio de la casación.

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 del Tribunal Seccional del Trabajo de Ibagué, objeto de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, 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.



DERECHO DE OPCION. CESANTIA. JUBILACION.

Para optar entre dos derechos o dos objetos, es necesario que ambos existan, o se espere ciertamente que por lo menos uno habrá de existir. No puede haber opción si uno de ellos no existe, ni se espera que exista, ni podrá en ningún caso existir. De modo que para que pueda tener lugar la opción a que tiene derecho el trabajador entre el auxilio de cesantía y la pensión de jubilación, es indispensable que existan ambos derechos. Cuando el trabajador, sin tener derecho todavía a la pensión de jubilación y sin que hubiera tenido el de auxilio de cesantía, recibe el valor de éste, al cumplir los requisitos para tener derecho a la pensión de jubilación, puede solicitarla. Pero el patrono sólo está en la obligación de pagársela cuando el trabajador le haya reintegrado, de una vez en un solo contado, el valor del auxilio de cesantía que recibió sin justo título para ello.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO (Magistrado ponente' Dr. Jaramillo Arrubla).

Bogotá, julio quince de mil novecientos cuarenta y ocho.

Luis Guillermo Cueto demandó, por medio de apoderado, a la compañía Santa Marta Railway Company Limited, ante el Juez del Trabajo de Santa Marta, para el pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación de ochenta y tres pesos con diez centavos (\$ 83.10) desde el 10 de abril de 1946.

Dijo, para fundamentar su acción, que estuvo al servicio de la empresa The Santa Marta Railway Company Limited desde el 11 de noviembre de 1913 hasta el 30 de mayo de 1933, cuando presentó renuncia voluntaria de su cargo; que el 10 de abril de 1946 tenía más de cincuenta años de edad; que en el último año de servicio devengó un sueldo (debe de ser mensual) de ciento tres pesos con cincuenta

centavos (\$ 103.50) moneda legal; que no tiene renta, sueldo ni pensión; que la sociedad demandada es cesionaria de todos los derechos y obligaciones de The Santa Marta Railway Company Limited y tiene el carácter de arrendataria del Ferrocarril Nacional del Magdalena; que le solicitó a dicha compañía el pago de pensión de jubilación el 10 de abril de 1946 y se negó a reconocerlo; y que recibió de The Santa Marta Railway la suma de tres mil pesos (\$ 3.000.00) como indemnización por un accidente de trabajo en que perdió una pierna y en virtud de transacción o arreglo.

La compañía, por medio de su apoderado, contestó la demanda aceptando el hecho y el tiempo del servicio prestado por el actor; que éste le había solicitado pensión de jubilación pero que se le había negado por no tener derecho a ella y que la suma de \$ 3.000.00 se le pagó por cesantía principalmente, pues se le dio también una bonificación por sus buenos servicios y por un accidente de trabajo ocurrido en 1925, mas sin haberse verificado transacción o arreglo.

El Juzgado del Trabajo del conocimiento, ya expresado, dictó sentencia condenatoria de la compañía, obligándola a pagar ochenta y dos pesos con ochenta centavos (\$ 82.80) moneda legal, una vez ejecutoriada esa providencia y a partir del 20 de diciembre de 1945, fecha en que entró en vigencia la Ley 53 de dicho año. Al mismo tiempo declaró que el demandante tiene derecho a la suma ya recibida de cuatrocientos cincuenta y un pesos noventa y cuatro centavos (\$ 491.94) moneda legal, por concepto de cesantía por mayor tiempo de servicio. Y también ordenó al actor Cueto reintegrar a la compañía demandada la suma de mil novecientos ochenta y cinco pesos (\$ 1.985.00) moneda corriente, mediante descuentos que la empresa le hará del pago de las pensiones y que no excederán del diez por ciento (10%) de cada pensión.

Como el apoderado de la compañía apelara de ese fallo, el Tribunal resolvió en sentencia de 23 de julio de 1947, en el sentido de confirmar la condenación sobre pensión mensual vitalicia de jubilación y de revocar las restantes declaraciones de la providencia del Juez, para, en su lugar, disponer que debía restituir el actor a la empresa la suma de tres mil pesos (\$ 3.000.00) con descuentos del diez por ciento (10%) de la pensión mensual de jubilación.

Contra esta sentencia interpuso el representante judicial de la sociedad demandada el recurso de casación, que es el momento de decidir.

EL RECURSO

El recurrente propone en su demanda solamente dos cargos o motivos, que se estudiarán a continuación y en el mismo orden en que han sido planteados, es decir, por separado, no obstante la conexión que existe entre ellos.

PRIMER CARGO

Se plantea así:

“De conformidad con el artículo 28 del Decreto 652 de 1935 “si la empresa o establecimiento tuviere establecida pensión de jubilación, el empleado tendrá derecho a optar entre el auxilio de cesantía y la pensión de jubilación.”

“De esta disposición se desprende claramente que no pueden coexistir ambas prestaciones: si se escoge la cesantía, no puede exigirse la jubilación. Ahora bien: según se vio, el demandante, al retirarse de la empresa, recibió lo que le correspondía por concepto de auxilio de cesantía. Así consta en el documento citado en el número 2 de la presente demanda. De aquí se infiere que el actor carece de derecho para exigir pensión de jubilación.”

“En el fallo acusado se dice que como el retiro del demandante fue voluntario, no tenía derecho a auxilio de cesantía y que, por tanto, no era el caso de optar entre éste y la pensión de jubilación.”

“Esta apreciación del Tribunal es errónea. En efecto: si cuando el empleado tiene derecho al auxilio de cesantía puede optar por recibir éste y prescindir de la pensión de jubilación, con mayor razón en el caso de que no exista obligación para la empresa de pagar dicho auxilio. En este caso, el demandante prescinde de un derecho condicional a cambio de que se le pague inmediatamente un auxilio de cesantía a que estrictamente no tiene derecho. En otros términos: si el trabajador puede escoger entre un derecho eventual, la jubilación, y un derecho exigible, la cesantía, no hay razón ninguna para que no pueda escogerse entre un derecho eventual y un derecho no exigible. Incurrió, pues, el Tribunal en manifiesto error al no reconocerle al convenio citado el valor que le atribuye la citada disposición del Decreto 652 de 1935.”

“La aceptación de la tesis del Tribunal conduciría al absurdo de colocar en mejor situación al trabajador que recibe la cesantía, sin tener derecho a ella, que al que la recibe con perfecto derecho. En efecto: el último quedaría inhabilitado para obtener pensión de ju-

bilación y en cambio el primero podría recibir las dos prestaciones.”

“De lo expuesto se desprende que la sentencia viola las siguientes disposiciones legales:”

“a) Artículo 28 del Decreto 652 de 1935, por no haberlo aplicado siendo aplicable y por no haber decidido, con base en él, que el demandante carece de derecho a la pensión de jubilación.”

“b) Artículos 1602 del Código Civil y 38 de la Ley 153 de 1887, por no haberlos aplicado, siendo aplicables, y por no haberle reconocido al convenio celebrado entre el demandante y la empresa el valor que le corresponde conforme a tales disposiciones.”

Se estudia el cargo.

Es cierto que el Tribunal Seccional de Santa Marta, en su fallo acusado dice que por haberse retirado voluntariamente el trabajador, dentro del régimen de la Ley 10 de 1934, no tenía derecho a cesantía, por lo cual tampoco podía optar entre esa prestación y la jubilación. En sentir de esa corporación, a Cueto no le quedaba más que esperar a que cumpliera la edad para obtener la pensión mensual vitalicia, pues ya había reunido al momento del retiro el requisito de los años de servicio. Por lo cual concluye en su fallo que no podía escoger entre un derecho inexistente como el de cesantía y el que estaba en suspenso sobre jubilación.

Entre los dos razonamientos, el del recurrente y el del fallo acusado, el Tribunal Supremo encuentra que el acertado es el último, porque el trabajador Cueto se retiró voluntariamente de la empresa en mayo de 1938, cuando las leyes vigentes en ese momento no reconocían auxilio de cesantía por ese retiro espontáneo. Luego mal podía optar entre un derecho inexistente y otro en suspenso. Para optar, de acuerdo con la más simple lógica, entre dos derechos o dos objetos, es necesario que ambos existan, o se espere ciertamente que por lo menos uno habrá de existir. Pero no puede haber opción si uno de ellos no existe, ni se espera que exista, ni podrá en ningún caso existir.

Ya en providencia de fecha de ayer, dictada por esta corporación en un recurso igual al presente, fundado por el mismo recurrente en idénticas razones, dijo sobre el particular lo que sigue:

“Cuando el trabajador se retiró no tenía derecho a cesantía, y apenas contemplaba la posibilidad de jubilación. Luego mal podría ejercitar el derecho de opción de que trata el artículo 28 del Decreto 652 de 1935, si el derecho a cesantía no existía. Por consiguiente, la suma que recibió a este último título, de la compañía, carece de causa y no sirve tampoco para fundar una opción ni menos para negarle al

trabajador su derecho a la pensión, cuando por razón de la edad lo hubiera adquirido."

"Sin con posterioridad al pago de esa suma el trabajador por haber cumplido la edad requerida consolidó en su favor el derecho de jubilación que tenía en suspenso, puede con toda razón legal reclamar este último, sin que sea dable afirmar que por haber recibido aquella suma se operó la opción de que trata el artículo 28 citado, y perdió, por lo tanto, el derecho a la jubilación. Y como así ocurrió con el trabajador, porque con posterioridad a su retiro cumplió la edad legal requerida para adquirir plenamente su derecho a la jubilación —lo que no se ha discutido—, síguese que lo lógico es que se le reconozca esa prestación y devuelva a la compañía la suma que sin ningún título recibió bajo la imputación de una inexistente cesantía, tal como con toda justicia y legalidad lo resolvió el fallador de segunda instancia. En lo que sí habrá de discrepar el Tribunal Supremo del Seccional es en la forma como deberá efectuarse esa devolución, según se verá al estudiar el segundo cargo."

"Y como el Tribunal de Santa Marta entendió rectamente que por no haber optado el trabajador, no había perdido el derecho a la jubilación, es evidente que no quebrantó el artículo 28 del Decreto 652, citado por el recurrente."

También acusa como infringidos en este cargo los artículo 1602 del Código Civil, según el cual todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y 38 de la Ley 153 de 1887, que dispone que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. El recurrente dice que fueron violados por no haberle reconocido al convenio celebrado entre el demandante y la empresa el valor que le corresponde conforme a tales disposiciones.

No expresa el recurrente a qué convenio se refiera, pero por amplitud entiende la corporación que se trata del recibo por tres mil pesos (\$ 3.000.00) firmado por el trabajador Cueto y que consta a folio 24 del cuaderno principal. El recurrente, al sintetizar los hechos del litigio, dijo, bajo el punto 2º, que ese pago se le había hecho "por razón de auxilio de cesantía", aunque analizado detenidamente ese recibo no consta expresamente que fuese dada esa suma por dicho concepto, ni por cuál de tantos que allí se mencionan se le entregó al asalariado. Es verdad que éste dice allí, entre otras cosas, que queda a paz y salvo con la empresa por concepto de cesantía, pero el Juez de primer grado entendió que sólo debía reintegrar por dicho concepto la suma de mil novecientos ochenta y cinco pesos (\$ 1.895,00)

por la liquidación que hace de esa prestación, según el tiempo de servicios de Cueto y el promedio de su remuneración. Mas el sentenciador de segunda instancia no parece haber acogido esa tesis por cuanto dijo sobre el particular apenas lo siguiente:

“Como Cueto recibió la suma de tres mil pesos (\$ 3.000.00) que no pudo ser por concepto de cesantía pero tampoco a título gracioso, es lógico que tiene que reembolsarlo de la pensión de jubilación y de acuerdo con lo estipulado en el segundo inciso del artículo 12 de la Ley 64 de 1946. Dicha prestación la liquidó conforme a la ley el Juez de primera instancia.”

Esta última apreciación y la consiguiente decisión del Tribunal Seccional de ordenar devolver por Cueto a la empresa la suma de tres mil pesos (\$ 3.000.00) quedaron en firme por cuanto el trabajador, que era a quien le afectaban, no recurrió en casación y de allí que el aspecto del monto total de esa devolución no pueda ya discutirse.

Por la razón anotada atrás, no pudo existir opción entre cesantía y jubilación, pues el retiro voluntario del trabajador no daba derecho a la primera de esas prestaciones. De lo contrario, se llegaría al absurdo de hacerle renunciar al trabajador un derecho cierto como el de jubilación, a que se hizo acreedor por haber reunido los requisitos legales. Es decir, un manifiesto absurdo jurídico.

Y como los derechos conferidos por las leyes sociales a los trabajadores son irrenunciables, no puede reconocérsele valor a un acto que implique esa renuncia.

No está probado este cargo.

SEGUNDO CARGO

Dice así esta acusación:

“La sentencia que es objeto del recurso, al reconocer al demandante el derecho a cobrar la pensión de jubilación, determina que la suma recibida por él por concepto de cesantía debe ser devuelta a la empresa por cuotas extraídas del valor mensual de la pensión de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 64 de 1946.”

“Por este aspecto, el fallo es también absolutamente equivocado.”

“Porque el procedimiento adoptado en él conduce necesariamente a la coexistencia de las dos prestaciones —jubilación y cesantía— cosa contraria al espíritu y a la letra de la ley.”

“Porque el pago del auxilio de cesantía no puede ser considerado en ningún caso como un anticipo de la pensión de jubilación.”

“Porque la disposición legal citada en el fallo, o sea la del ar-

título 12 de la Ley 64 de 1946, se refiere única y exclusivamente a los casos en que se hayan hecho entregas de dinero al trabajador por razones de liquidaciones parciales de cesantía, préstamos o anticipos durante la vigencia del contrato de trabajo pero no al pago que se le haya hecho a un trabajador, una vez terminado el contrato de trabajo, con el ánimo de extinguir todas las consecuencias provenientes de tal terminación. En el caso a que se refiere este juicio, no se hizo ningún anticipo de la pensión de jubilación, préstamo o liquidación parcial de cesantía mientras estuvo vigente el contrato de trabajo, simplemente se efectuó un pago del auxilio de cesantía con el ánimo de dejar definitivamente liquidada la situación del trabajador por razón de los servicios prestados a la empresa."

"En consecuencia la sentencia viola, las siguientes disposiciones legales:"

"a) El artículo 28 del Decreto 652 de 1935, por falta de aplicación."

"b) El artículo 12 de la Ley 64 de 1946, por haberlo interpretado erróneamente y haberlo aplicado, a consecuencia de esa errónea interpretación, al caso del pleito, no siendo aplicable."

Se analiza este cargo.

Ya en providencia de ayer, de esta corporación, recaída en un recurso similar al presente, se dijo al analizar un cargo exactamente igual del mismo recurrente:

"En verdad, el fallo recurrido ordena restituir la suma total recibida por el trabajador, por concepto de cesantía pero en la forma de descuentos mensuales de un diez por ciento (10%) de cada pensión, para lo cual invoca lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 64 de 1945."

"Se considera:

"Dice así esta disposición en su inciso 2º que es el pertinente: "Redúcese al diez por ciento (10%) el descuento hecho a las pensiones para el pago de la cesantía anticipada, préstamos u otros conceptos". Y dice que se reduce a ese porcentaje, porque la Ley 49 de 1943 lo había fijado en su artículo 4º en un veinte por ciento (20%)."

"Es de observar, como bien lo afirma el recurrente, que el descuento de que trata la Ley 64 de 1946 sólo tiene lugar cuando se ha hecho un préstamo, una liquidación parcial de cesantía o un anticipo al trabajador, pero no puede entenderse que se refiera al pago equivocado de una inexistente cesantía, porque aparece así recibida esta suma sin título ninguno y su devolución debe verificarse, por lo tanto, íntegramente y no por cuotas o partes."

“Cuando esa misma ley habla en el artículo transcrito de devolución por “otros conceptos”, no puede referirse a devolución de sumas no debidas que por serlas deben reintegrarse en su totalidad, sino a pagos reales y ciertos, a entregas de dinero autorizadas por la ley y con justa causa. Lo contrario sería sanear un título ilegal, autorizar la retención de dinero indebidamente recibido, es decir, consagrar un principio inmoral. Por otra parte, sería hacer coexistir las sumas recibidas por cesantía con las pagadas por jubilación, contra el texto expreso del artículo 28 del Decreto 652 de 1935, como lo afirma con razón el recurrente. Y como éste mismo lo dice, el pago de cesantía no puede considerarse tampoco en ningún caso como anticipo de la pensión de jubilación.”

“Está probado este cargo y deberá casarse la sentencia recurrida parcialmente, en cuanto ordenó devolver la suma recibida e imputada por el fallador a cesantía, por cuotas de diez por ciento (10%) de las sumas mensuales que se paguen por concepto de jubilación, para disponer, en su lugar, que esa devolución sea por el total, en forma completa, sin deducciones de ninguna clase.”

“Al reformar en ese sentido la sentencia de instancia, también se dispondrá que la pensión de jubilación sólo se principiará a pagar desde el momento en que la devolución de la suma recibida por cesantía se produzca, pues de lo contrario se violaría el artículo 28 del Decreto 652 tantas veces citado, al hacer coexistir las dos prestaciones que esa norma —y la Ley 6ª de 1945— han excluido y quieren excluir mutuamente.”

“Se ordena pagar la pensión desde ese momento únicamente, porque aun cuando no tenía derecho a cesantía recibió una suma de dinero por tal concepto o con esa intención, y porque el artículo 17 del Decreto 1471 de 1932 dice que deberá pagarse la pensión vitalicia de jubilación desde el día en que el empleado u obrero haga la solicitud correspondiente, pero “siempre que tal día se reúnan las condiciones para adquirir tal derecho”. Y en el presente caso, no se habían reunido completamente esas condiciones, porque tenía y tiene en su poder un dinero recibido por cesantía que hacía y hace incompatible la jubilación con la retención de dicha suma.”

Mas el presente caso es bastante distinto del que se resolvió en la sentencia cuyos apartes acaban de transcribirse, por cuanto en el decidido de ayer se contempla la devolución de sumas recibidas por una inexistente cesantía y, por lo tanto, el trabajador conservó su derecho a la jubilación, al paso que en el que aquí se considera la suma que se ordenó devolver en el fallo recurrido, o sea la de tres mil

pesos (\$ 3.000.00) no se pagó exclusivamente por cesantía. No acató a observarlo así el recurrente y por eso en este segundo cargo dice que ese dinero se pagó por concepto de cesantía y sobre esta base construye parte importante de su acusación, especialmente la que ataca por infracción del artículo 28 del Decreto 652 de 1934. Pero como en el recibo de folios 24 del cuaderno principal, según se dejó claramente analizado en el estudio del primer cargo, no se hace constar que se hubiera pagado la cantidad expresada arriba y de que ese documento trata, por razón de auxilio de cesantía, no resulta infringido el artículo 28 del Decreto citado, que trata de la incompatibilidad entre esa prestación y la pensión de jubilación.

Y como el fallo recurrido ordenó devolver esa cantidad, aunque expresamente dijo en uno de sus párrafos finales, ya transcrito en la presente sentencia cuando se analizó el primer cargo, que Cueto "recibió la suma de tres mil pesos (\$ 3.000.00) que no pudo ser por concepto de cesantía pero tampoco a título gracioso, es lógico que tiene que reembolsarla de la pensión de jubilación y de acuerdo con lo estipulado en el segundo inciso del artículo 12 de la Ley 64 de 1946", esa orden de devolución quedó en firme por cuanto el trabajador, que es a quien afecta, se conformó con ella al no ejercitar el recurso de casación. Sólo, pues, es posible estudiar lo relacionado con este reembolso en lo que se refiere a la manera de afectarlo, mas no en cuanto a su legalidad o ilegalidad, porque únicamente en relación con el modo de llevarlo a efecto atacó la decisión del fallador la compañía recurrente.

Respecto a esa devolución por cuotas del diez por ciento (10%) de cada mensualidad que se pague como pensión, es decir, como descuentos de ésta, el recurrente dice que no era aplicable el artículo 12 de la Ley 64 de 1946 que para el efecto aplicó el fallador de instancia, porque esa disposición, en concepto de aquél, se refiere única y exclusivamente a los casos en que se hayan hecho entregas de dinero al trabajador por razones de liquidaciones parciales de cesantía, préstamos o anticipos durante la vigencia del contrato de trabajo pero no al pago que se le haya hecho al trabajador, una vez terminado el contrato. Y agrega el recurrente que en el caso en estudio no se hizo ningún anticipo de la pensión de jubilación, préstamo o liquidación parcial de cesantía mientras estuvo vigente el contrato de trabajo, sino que simplemente se efectuó un pago de auxilio de cesantía con el ánimo de dejar definitivamente liquidada la situación del trabajador por razón de los servicios prestados a la empresa.

En relación con este argumento, el Tribunal Supremo encuentra

que el artículo 12, inciso final, de la Ley 64 de 1946, que se dejó transcrito al principio del estudio de este cargo, y, según el cual, se redujo al diez por ciento el descuento hecho a las pensiones "para el pago de la cesantía anticipada, préstamos u otros conceptos", fue bien aplicado por el fallador de instancia por cuanto no imputó el pago de los tres mil pesos a cesantía, por no constar así en el documento o recibo correspondiente, sino que entendió que se habían entregado por los "otros conceptos" de que habla esa disposición al decir en su fallo que no se debía estimar que se hubieran pagado por cesantía ni tampoco a título gratuito, por lo cual ordenó devolverlos completamente y en la proporción que ese precepto señala.

Debe, pues, variar ese fallo del que se dictó ayer en un asunto sobre pensión de jubilación contra la misma empresa de que trata el presente, porque en aquél sí constaba que la suma recibida y ordenada devolver fue dada por cesantía y no podía ni puede hacerse coexistir esa cantidad con la pensión de jubilación; más en el caso de autos, que es distinto, por cuanto no consta que el dinero recibido por el trabajador fuese dado por cesantía exclusivamente, no puede subordinarse el pago de la pensión de jubilación a la devolución de dicha suma, pues al no aparecer que se hubiese entregado por concepto de cesantía, no resulta una coexistencia entre ésta y la jubilación. Por lo tanto, habrá de dejarse en firme la condena sobre pago de pensión, sin condicionarlo a la devolución de los tres mil pesos (\$ 3.000.00) en su totalidad, por no haberse demostrado claramente por qué concepto fueron pagados éstos y, concretamente, por no haberse acreditado que se hubiese pagado exclusivamente por cesantía.

No aparece tampoco demostrado este cargo.

Por lo expuesto, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Santa Marta el 23 de julio de 1947, que ha sido objeto del presente recurso.

Sin costas porque no aparecen causadas.

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. — Guillermo Martínez R., Secretario.

MANERA DE ACREDITAR EN JUICIO LA PERSONERIA JURIDICA DE UN SINDICATO

De acuerdo con los artículos 5º de la Ley 83 de 1931 y 4º del Decreto 1326 de 1922, es necesario que la Resolución en que se concede personería jurídica a un Sindicato se publique en el *Diario Oficial*, y no entra a surtir sus efectos sino quince días después de esa publicación. De manera que la sola copia de dicha resolución no es prueba suficiente, si por otra parte no aparece que se hubiera efectuado la publicación ordenada en la parte final de ella, o que se presente el ejemplar del *Diario Oficial* donde tal publicación se hizo, debidamente autenticado.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Bravo).

Bogotá, julio veintiséis de mil novecientos cuarenta y ocho.

El 13 de mayo de 1947 los trabajadores al servicio del matadero de Pereira decretaron el paro de solidaridad ordenado por la Confederación de Trabajadores Colombianos (C. T. C.) y, en consecuencia, dejaron de concurrir al trabajo ordinario en dicho día. La Junta de Empresas Públicas Municipales Delegadas se reunió en la misma fecha y por medio de la resolución número 26 suspendió a 48 trabajadores afiliados todos al "Sindicato de Matarifes de Pereira". El presidente de éste, señor Roberto Grisales, confirió poder al doctor Omar Henao Correa para demandar de la Junta de Empresas Públicas Municipales Delegadas el reintegro de todos y cada uno de los miembros del mencionado sindicato, despedidos colectivamente, y a la vez para pedir el pago de los salarios que hubieran dejado de percibir por efecto de la destitución.

Presentada la demanda correspondiente ante el Juez del Trabajo de Pereira, éste, después de darle el trámite propio del procedi-

miento verbal a que se refiere el artículo 1203 del Código Judicial, condenó a la entidad demandada a reintegrar al trabajo, con las mismas asignaciones devengadas en la fecha del despido, a todos los trabajadores pertenecientes al sindicato y también a pagar a cada uno de ellos el valor de los salarios por el tiempo comprendido entre el 14 de mayo de 1947 y la fecha en que se llevara a cabo el reintegro. La condenó a demás en costas.

Del fallo de primera instancia apeló el Gerente de las Empresas para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales, que en decisión del 23 de julio del año último confirmó en todas sus partes la providencia recurrida. Salvó su voto el Magistrado doctor Alberto Arias Gutiérrez.

Contra la sentencia del Tribunal Seccional interpusieron recurso de casación el apoderado de la parte demandada y el Fiscal del Tribunal Superior de Manizales, recurso que va a decidirse.

El recurrente alegó cuatro causales de casación, a saber:

"I.—Violación de ley sustantiva, por aplicación indebida, proveniente de errores de hecho y de derecho que constan evidentemente en los autos y que consisten en dar por existente una prueba inexistente y en errónea apreciación de una prueba.

"II.—Violación de ley sustantiva por aplicación indebida, interpretación errónea y falta de aplicación.

"III.—Habiéndose incurrido en algunas de las causales de nulidad de que trata el artículo 448 del C. J., el Tribunal fallador se abstuvo de estudiarlas y de declarar la nulidad de lo actuado.

"IV.—La sentencia recurrida es violatoria de ley sustantiva por infracción directa."

El Tribunal Supremo encuentra suficientemente acreditada la tercera de las causales alegadas y a ella concretará su examen, conforme al artículo 538 del Código Judicial.

El recurrente invoca tres motivos de nulidad de los cuales se transcribirá a continuación el primero, que es suficiente para aceptar el cargo:

"Primer motivo. No se comprobaron en el curso del juicio la existencia y la identidad del sindicato demandante, ya que no se allegó a los autos el ejemplar debidamente autenticado por el Ministerio de Gobierno del **Diario Oficial** en que apareció publicada la Resolución por medio de la cual se le concedió personería jurídica, o al menos una certificación del Ministerio de Gobierno sobre la existencia y contenido de esa resolución y su publicación en el **Diario Oficial**, indicando la fecha de éste.

“Es apenas natural que la vigencia de la personería jurídica de una asociación sindical se tenga que acreditar con la presentación de un ejemplar del **Diario Oficial**, o al menos con un certificado del Ministerio de Gobierno (hoy el de Justicia) en el que conste la existencia de la resolución y su publicación en el **Diario Oficial**, por cuanto que de acuerdo con el artículo 5º de la Ley 83 de 1931 y el Decreto 1326 de 1922, la resolución de personería debe publicarse en el **Diario Oficial** y no entra a surtir sus efectos sino 15 días después de esa publicación, ya que tal providencia era dictada antes por el Ministerio de Gobierno y hoy por el de Justicia. Es lo racional y jurídico que el despacho ministerial de donde emana la providencia que otorga la personería jurídica sea el que certifique sobre la existencia de tal personería y la publicación en el **Diario Oficial** de la resolución que la concede, o el que autentique este periódico en donde se haya hecho la publicación. Los documentos que obran a los folios 1º y 44 del expediente no pueden estimarse como suficiente prueba de la existencia del sindicato demandante.

“La falta de prueba respecto de la existencia e identidad del sindicato demandante no es un hecho nuevo que por primera vez se venga a plantear en casación, sino que fue planteado y debatido en las dos instancias del juicio.

“La falta de prueba a que me estoy refiriendo en este capítulo constituye una nulidad del juicio y también causal de casación de acuerdo con los artículos 520, ordinal 6º, 448 y 432 del C. J. Estimo quebrantados, por falta de aplicación, estos dos últimos artículos.”

Evidentemente en el juicio que se estudia no se encuentra el ejemplar del **Diario Oficial** en que debió aparecer publicada la resolución por medio de la cual se le concedió personería jurídica al sindicato demandante, ni obra tampoco constancia alguna oficial sobre el particular.

De acuerdo con los artículos 5º de la Ley 83 de 1931 y 4º del Decreto 1326 de 1922 es necesario que la resolución en que se concede personería jurídica al sindicato se publique en el **Diario Oficial** y no entra a surtir sus efectos sino quince días después de esa publicación.

El demandante sólo acompañó una copia de la Resolución ejecutiva número 21 de 1942 del 9 de febrero, por la cual se le reconoce personería jurídica al Sindicato de Matarifes de Pereira, pero no se dice en ella que se hubiera efectuado la publicación ordenada en la parte final de la misma resolución, ni menos aparece el ejemplar respectivo del **Diario Oficial**, debidamente autenticado.

Se está, pues, en presencia de la segunda de las causas de nulidad previstas en el artículo 448 del Código Judicial.

Por lo tanto, está demostrado el cargo y deberá casarse la sentencia recurrida.

Según el artículo 540 del Código citado corresponde a esta corporación declarar en qué estado queda el juicio. Y como la nulidad se inició con la primera actuación judicial habrá de declararse existente desde el auto admisorio de la demanda en adelante.

Es de anotar que el doctor Gabriel Escobar Sanín, apoderado del sindicato demandante en este recurso, solicita que se acoja la causal de nulidad invocada por el recurrente. Dice al respecto:

“En el Capítulo III el actor se acoge a la causal 6ª de casación por considerar que “no se comprobaron en el juicio la existencia y la identidad del sindicato demandante” ni “se acreditó debidamente la representación o personería adjetiva” del mismo, nulidad que finca en que no aparece prueba de que la resolución por medio de la cual se concedió personería en 1942 a la entidad actora haya sido publicada en el **Diario Oficial**, requisito éste que condicionó la vigencia del mismo acto; y porque no aparece en el expediente prueba de que las personas que se dijeron representantes del sindicato lo fueron legalmente.

“Planteada así la nulidad del juicio ha debido la demanda presentar esta causal como petición principal y las relativas al fondo del negocio como subsidirias, por oponerse aquélla y éstas y primar la de nulidad en importancia.

“Como se halla plenamente establecida la causal de nulidad invocada por el recurrente y el Tribunal Supremo debe estudiar y decidir el recurso según el orden lógico de las causales (artículo 537 del C. J.), acogiendo aquélla que excluya el estudio y la aplicación de las demás, yo me permito manifestar que acepto el cargo formulado al respecto y que, en consecuencia, el Tribunal Supremo lo acoga, decrete la nulidad de toda la actuación y disponga que vuelvan los autos al Tribunal Seccional de Manizales (artículo 540 ibídem) para que éste a su vez los remita al Juez a quo con el objeto de que pueda ser reiniciado el juicio. Considero que así podrían establecerse más claramente los derechos de mis poderdantes.”

Conforme al artículo 458 del Código Judicial se condenará en costas a los funcionarios responsables y a la parte culpable.

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 por el Tribunal

Seccional del Trabajo de Manizales, objeto del presente recurso, y, en su lugar, declarará nulo lo actuado en este juicio, a partir del auto de fecha veinte de mayo de mil novecientos cuarenta y siete, admisorio de la demanda, inclusive. (Artículo 231 del C. J.).

Condénase en la mitad de las costas de la primera instancia al doctor Guillermo Londoño L., quien actuó como Juez del Trabajo de Pereira, y en la mitad de las costas de la segunda instancia a los doctores Sergio Mejía Jaramillo y Carlos Alzate López, Magistrados del Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales, por partes iguales. Condánase en la otra mitad de las costas al sindicato demandante.

No se condena en costas al Magistrado doctor Alberto Arias Gutiérrez porque anotó los hechos constitutivos de la nulidad expresada y salvó su voto sobre ese particular.

Sin costas en el recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese, 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.

FUERO SINDICAL

El artículo 40 de la Ley 6ª de 1945 es suficientemente claro en el sentido de que la notificación, para efectos del fuero sindical, debe hacerse al patrón *por escrito*, ya sea directamente o por conducto de un Inspector, Juez o Tribunal del Trabajo. Asimismo es absolutamente claro en la ley que el fuero no puede ser efectivo sino a partir de la fecha de la notificación, hecha en debida forma. La información posterior al despido de un trabajador, encaminada a que se garantice el fuero sindical, no puede obligar al patrón a revocar el despido. Ni puede tenerse como notificación legal la simple copia de una carta de aviso, cuando no hay constancia alguna de que fuera recibida por el destinatario. Tampoco basta una simple información periodística.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

Bogotá, veintinueve de julio de mil novecientos cuarenta y ocho.

El apoderado del señor Martín Herrera pidió que se declarara ilegal e injusto su retiro del cargo de portero vigilante del Edificio Santa Fe, que desempeñó al servicio de la Compañía de Inversiones Bogotá; que se ordenara su inmediato reintegro; que se le impusiesen a la sociedad infractora las sanciones legales y que se decretaran las compensaciones e indemnizaciones del caso (pago del sueldo, etc.), desde la fecha del despido hasta la del reintegro. Como hechos indicó los siguientes:

"a) Hace cerca de doce años don Martín Herrera fue contratado para prestar servicios de vigilancia en el Edificio Santa Fe (carrera 6ªA entre calle 14 y avenida Jiménez) propiedad del antes BANCO DE BOGOTÁ, hoy COMPAÑIA DE INVERSIONES BOGO-

TA, que se está transformando nuevamente en BANCO MERCANTIL, con oficinas en la carrera 8ª, número 13-32 de esta ciudad, lugar del domicilio social.

“b) La Asamblea General del Sindicato SIMAVI, en sesión de 24 de noviembre de 1945 nombró como presidente de la Asociación al señor Martín Herrera, quien está actualmente en ejercicio de sus funciones.

“c) Por carta de julio 19 de los corrientes, la Compañía de Inversiones Bogotá notificó a don Martín Herrera, en forma intempestiva, que habían decidido prescindir de sus servicios, y solicitaron la entrega de los elementos (llaves, etc.) en poder del señor Herrera, orden que fue cumplida en forma violenta —ante la renuencia del señor Herrera— por uno de los empleados de la compañía demandada.

“d) El motivo del despido se basa en hechos no comprobados, maliciosamente deformados y agravados, y que, aun admitidos, no justifican el despido inmediato de todo el personal de servicio en el Edificio Santa Fe.

“e) El señor Martín Herrera, en su propio nombre y en su carácter de Presidente, y representante legal por consiguiente, del Sindicato de mecánicos de elevadores, ascensoristas, porteros, vigilantes, etc. (SIMAVI), me confirió poder.”

Fundó sus peticiones en el inciso segundo del artículo 40 de la Ley 6ª de 1945, que trata del amparo sindical.

Fracasado el intento de conciliación, el representante de la empresa demandada, al contestar la demanda, negó los hechos a), c) y d) y manifestó no constarle el hecho b). En consecuencia, se opuso a las peticiones, haciendo la siguiente declaración: “En cuanto al fundamento legal de esta demanda, la Compañía considera que el día que se llevó a término el despido del señor Herrera, éste no se hallaba amparado por el fuero sindical”.

El Juzgado Tercero del Trabajo de Bogotá, que conoció del negocio en primera instancia, declaró ilegal el despido del señor Herrera, ordenó a la empresa demandada efectuar inmediatamente su reintegro y pagarle los salarios dejados de devengar desde la fecha del despido hasta la del cumplimiento del fallo. Además la condenó en costas.

De la referida providencia apeló el apoderado de la empresa demandada ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, entidad esta que la revocó en todas sus partes.

Contra el fallo de segunda instancia interpuso recurso de ca-

sación el apoderado del actor, que esta corporación admitió por considerar que la sentencia acusada implica las cuestiones de interés doctrinario que señaló oportunamente el recurrente.

Procede a decidirse el recurso.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

La parte del fallo de segunda instancia, a que se refiere el recurso, dice así:

“El artículo 40 de la Ley 6ª de 1945 dispuso que del amparo denominado fuero sindical gozarían tanto los trabajadores que manifestaran al patrón su propósito de organizarse en sindicato y esto mientras se le concedía a la organización su personería jurídica sin pasar de tres meses, como a quienes tratándose de un sindicato de derecho o ya reconocido legalmente como persona jurídica, ocuparan los cargos directivos sin pasar de diez (y lo mismo en las sub-directivas autorizadas estatutariamente) por todo el término del mandato que no sería inferior a seis meses y tres meses más. Para gozar cabalmente de este amparo es preciso que al patrón se haga notificación formal, sea personalmente o sea por intermedio de una autoridad administrativa o judicial del trabajo. Esto último es obvio, porque como el Tribunal ha tenido ocasión de decirlo en varias ocasiones, el patrón no puede presumir la constitución de un sindicato de sus trabajadores y menos puede intuir quiénes forman parte de la directiva o quiénes han ingresado a él, de manera de poder estar listo a cumplir con las disposiciones de la ley sobre el particular.

“En el caso de autos se tiene que la mayor parte de los requisitos legales se llenaron cabalmente por parte del trabajador. Se dice que la mayor parte porque es necesario analizar la prueba fundamental que es la copia de la comunicación enviada a la empresa sobre la elección de directiva, a la cual se hizo mención. El apoderado de la empresa fue categórico al manifestar que la entidad demandada no recibió nunca la comunicación sobre elección de la junta directiva. Puso de presente que los libros y demás papeles de la compañía se encontraban a disposición del Juzgado para las averiguaciones que este despacho considerara necesarias, y a su turno el apoderado del actor, que había solicitado una inspección ocular sobre estos libros, renunció espontáneamente a la práctica de ella según consta de las audiencias verificadas. En realidad de verdad esta prueba, que era por excelencia la necesaria, ya que el sindicato no exhibió recibos ni constancias de ninguna clase emanadas de la empresa so-

bre el hecho de haber recibido la comunicación, no se produjo, quedando los elementos probatorios reducidos a la copia a que se ha venido haciendo mención. En relación con esta copia el Tribunal considera inconveniente darle valor de prueba plena de la comunicación, porque ella, tal como se encuentra en el juicio, apenas representa un hecho indicativo del ánimo de hacer conocer de la empresa la elección, pero no de que la empresa, cuya obligación en relación con el fuero de sus trabajadores se encuentra vinculada necesariamente a ese conocimiento, la hubiera recibido. Y es que debiendo esta comunicación hecha directamente tener consecuencias jurídicas de gran alcance tanto para el sindicato como para la empresa, pero principalmente para el primero, es indispensable que la organización que así quiere protegerse, se asegure por parte del patrono o frente a él, de elementos que en momento dado puedan servir para demostrar que cumplió fielmente con los requisitos de la ley. De ahí por qué sea de suma importancia que estas comunicaciones, cuando se hacen directamente, se obtenga recibo, sea por medio de carta respuesta, o de anotación en el sobre respectivo hecha por el empleado que recibe, o por otro medio cualquiera que no deje lugar a duda de que la empresa sí sabía oportunamente la constitución de sindicato o la elección de las personas que por ese solo hecho quedan amparadas por el fuero. Y aun cuando es verdad también que ésta no es una prueba necesaria en el sentido de que sólo mediante ella se pueda acreditar el conocimiento por parte de la empresa, es lo cierto que en el caso de autos, no existe ninguna otra que aun en forma indicaria convenza al Tribunal de que ésta obró, al despedir al actor, a sabiendas de que se encontraba amparado por el fuero sindical.

“Siendo esto así, es necesario concluir que la empresa se encuentra exonerada de responsabilidad en cuanto a las sanciones derivadas del desconocimiento del fuero sindical del trabajador demandante, porque no estando demostrado que ella hubiera conocido la elección de Herrera, no puede hablarse entonces de violación del artículo 40 de la Ley 6ª de 1945.”

EL RECURSO

El escrito en que el recurrente funda su recurso no llena los requisitos que exige el artículo 531 del Código Judicial, pues omite expresar el concepto por el cual estima que ha habido violación de la ley, esto es, no expresa si por infracción directa, por interpretación errónea o por indebida aplicación. Sin embargo, como cita las dispo-

siciones sustantivas que considera quebrantadas, esta corporación, para obrar con la mayor amplitud, procede a examinarlo.

Dos son los cargos que formula, a saber:

PRIMER CARGO

El Tribunal Seccional al avocar el conocimiento del negocio y revocar la providencia dictada por el Juez de primera instancia violó "los principios establecidos en el artículo 40 de la Ley 6ª y el lógico espíritu procedimental que ellos entrañan".

Sostiene el recurrente que la legislación social sustantiva carece de normas precisas para reclamar ante los órganos jurisdiccionales los derechos que reconoce, ya que no hay procedimiento del trabajo. El Juez, ante esta situación, debe aplicar los principios de la hermenéutica, de la jurisprudencia, de la sana lógica.

La intención del legislador al establecer el fuero sindical fue la de someter a una presunción legal de mala fe por parte del patrón el despido de los miembros de directivas sindicales.

Y agrega:

"Pero, si violada la ley, el restablecimiento del derecho debe operarse a través de un debate largo y enojoso, desaparecería el beneficio que trata de obtenerse; la protección estatal al trabajador se haría nula. Porque el espíritu de la ley es que, mientras se discute la legalidad e ilegalidad de esta clase de despidos, la parte más débil —el trabajador— quede a cubierto de los rigores del desempleo. Mal puede un trabajador cesante sostener un litigio de dos años para obtener el reintegro. Y si, el parágrafo 1º del artículo 40 de la Ley 6ª de 1945 establece un procedimiento sumario, rápido, para obtener el despido, y este procedimiento sumario se ha establecido en **BENEFICIO DEL PATRON** principalmente, ya que sería injusto obligarlo a mantener durante el tiempo eventual de un pleito largo a un mal trabajador, es elemental que el procedimiento judicial para hacer eficaz el **FUERO SINDICAL**, establecido para amparar a la parte más débil en la relación contractual de trabajo, tiene que ser necesariamente sumario, y el mismo establecido en el parágrafo citado como única disposición analógica aplicable al caso ante la ausencia de estatuto especial.

"Cuestión de lógica elemental: Si los juicios sobre fuero sindical se sometieran al complicado trámite de las instancias y de la casación, se sacrificarían los intereses de ambas partes: Se somete al trabajador a sostener un pleito mientras carece de salario. Y caso de

que triunfe; se somtería al patrón a pagar salarios durante largo tiempo durante el cual el trabajador no ha prestado servicio alguno.

“Avisado el Juez del Trabajo sobre el despido a un miembro de una directiva sindical; probada la calidad del empleado, dicta su fallo inapelable ordenando que el despido se haga mediante el procedimiento ordenado por la ley, que es también sumario. Es una especie de función administrativa del Juez del Trabajo. De otra manera, como expresé antes, se sacrificarían los intereses tanto del patrón como del trabajador. O mejor: El fallo tendría necesariamente que perjudicar a alguna de las partes.”

De allí deduce el recurrente que las providencias sobre fuero sindical no son apelables, y que en el presente caso, al admitir la apelación, el Tribunal Seccional violó, quizá por falta de aplicación, el artículo 40 de la Ley 6ª de 1945.

Se estudia el cargo:

Conforme al artículo 40 de la Ley 6ª de 1945 los trabajadores que estén en vía de constituir un sindicato y que lo hagan saber por escrito o directamente al patrono o por conducto de un Inspector, Juez o Tribunal de Trabajo, no pueden ser despedidos, trasladados o desmejorados en sus condiciones de trabajo, durante el tiempo comprendido desde la fecha de la referida notificación hasta aquella en que se les reconozca personería jurídica, sin pasar en ningún caso de tres meses, si no media justa causa, calificada previamente por el correspondiente Juez de Trabajo.

El mismo amparo se establece en favor de los miembros de las directivas sindicales, quienes tampoco pueden ser despedidos sin previa calificación judicial de la justa causa, durante el período a que se extiende su mandato, que no podrá ser menor de seis meses y tres meses más y que se hará efectivo desde el día en que se notifique la elección respectiva.

Sin embargo, el citado artículo en su parágrafo 1º establece lo siguiente:

“Lo dispuesto en este artículo no impide que el patrono pueda suspender provisionalmente a cualquier trabajador por justa causa, siempre que llene estos requisitos: que en el término de la distancia y 48 horas más, a partir del día de la suspensión, presente solicitud de autorización para el consiguiente despido definitivo, ante el respectivo Juez del Trabajo; y que, con dicha solicitud, deposite el valor de quince (15) días de salario del trabajador suspendido, como caución inicial que puede ser aumentada por exigencia del Juez, para garantizar que pagará al trabajador los salarios correspondientes al

período de la suspensión, si no prospera la autorización de despido definitivo. El Juez, dentro de los tres (3) días siguientes a la presentación de la solicitud, autorizará el despido definitivo si se comprobare la justa causa invocada por el patrono."

Bien claro se ve del párrafo transcrito que el procedimiento en él consagrado sólo es aplicable al caso de solicitud de autorización para despido definitivo, cuando ha precedido suspensión provisional de un trabajador.

Omitió la Ley 6ª de 1945 señalar procedimiento para el caso en que el patrono despidiera a un trabajador, lo traslade o desmejore sin pedir ni obtener previamente la calificación judicial correspondiente.

Insinúa el recurrente que ese vacío se llene aplicando por analogía el procedimiento de que trata el párrafo 1º del artículo 40 de la Ley 6ª de 1945 atrás reproducido. Pero, ¿cuál es la analogía que hay entre los dos casos? En el uno se presenta solicitud y en el otro no. En el uno se hace una calificación previa por el Juez del Trabajo y en el otro no.

Por tanto, la solución acertada es la que se le dió por el Juez del Trabajo en el asunto de autos, o sea la de someterlo a los trámites determinados en el artículo 3º de la Ley 75 de 1945, trámites que permiten la apelación y aun la casación.

Desde luego, ello es injusto y absurdo, pues es inexplicable que el patrono pueda conseguir autorización para despedir a un trabajador en cinco días y que en cambio el trabajador despedido con violación de preceptos legales de orden público, no pueda lograr la garantía de sus derechos sino en un juicio más o menos largo. Es esa irritante situación la que ha venido a remediarse en el Decreto 2158 del presente año al señalar igual procedimiento sobre fuero sindical, ya estén interesados el trabajador o el patrono, y además, al establecer expresamente la acción de reintegro, que antes no existía.

Considera, pues, esta corporación que no se ha violado por el fallador de segunda instancia el artículo 40 de la Ley 6ª de 1945, y en consecuencia se rechaza este cargo.

SEGUNDO CARGO

El Tribunal Seccional violó el artículo 40 de la Ley 6ª de 1945 por falta de apreciación de las pruebas allegadas al expediente, en el sentido de no haberles concedido mérito suficiente para declarar notificada a la compañía demandada.

Dice el recurrente que aún aceptando que el 19 de julio de 1946

la empresa no conociera la elección del señor Herrera como presidente del Sindicato SIMAVI, resultaría suficiente al efecto la carta enviada por el Sindicato, a raíz del despido, en la que le pone de presente tal hecho. Y agrega: "Aplicando la ley, desde esa fecha en adelante (la de la nota del sindicato) debe hacerse efectivo el fuero sindical. La disposición citada quiere decir que la notificación es indispensable para la **efectividad** del fuero, pero no para su existencia jurídica. Y que en el momento de proponer la demanda ante la jurisdicción del trabajo, podía "hacerse efectivo el fuero", puesto que ya se había suplido la notificación. Queda claro pues que, en el peor de los casos, la carta enviada por el Sindicato Simavi, de fecha 19 de julio, ES PRUEBA PLENA DE LA NOTIFICACION A LA COMPAÑIA."

Afirma también el recurrente que la ley no define de qué manera debe hacerse la notificación y que por consiguiente, conforme a la costumbre y a la lógica, basta probar que la empresa estaba enterada de la elección del señor Herrera o debía estarlo, por cuanto ese acto fue publicado en el diario "El Liberal", de esta ciudad, en el ejemplar que obra al folio 6 del cuaderno de pruebas.

Por último, dice que la copia de la carta enviada a la empresa el 26 de noviembre de 1945 en que se comunica la elección, y que la parte demandada negó haber recibido, es una prueba que no puede desestimarse, según el artículo 645 del Código Judicial, porque no fue objetada ni redargüida de falsa habiendo obrado en los autos con conocimiento del demandado. Al menos tendría el valor de un indicio necesario, si se le considera en armonía con el resto del material probatorio.

Se estudia este cargo:

El texto del artículo 40 de la Ley 6ª citada es suficientemente claro en el sentido de que la notificación, para efectos de fuero sindical, debe hacerse al patrón **por escrito**, ya sea directamente o por conducto de un Inspector, Juez o Tribunal del Trabajo. De igual manera está absolutamente claro en la ley que el fuero no puede ser efectivo sino a partir de la fecha de la notificación, hecha en debida forma.

En consecuencia, la información posterior al despido de un trabajador, dirigida a que se le garantice el fuero sindical, no puede obligar al patrón a revocar el despido. Ni puede tenerse como notificación legal la simple copia de una carta de aviso, cuando no hay constancia alguna de que fuera recibida por el destinatario. Tampoco basta una simple información periodística.

En cuanto a la invocación que del artículo 645 del Código Judicial hace el recurrente, se observa que de conformidad con la regla 4ª del artículo 3º de la Ley 75 de 1945, en los juicios del trabajo la tarifa legal de pruebas no es obligatoria.

No demostró el recurrente que el Tribunal Seccional hubiera dejado de apreciar alguna prueba ni que hubiera incurrido en error evidente de hecho que aparezca de manifiesto en los autos.

Por tanto, se rechaza también este cargo.

Por 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.

Sin costas, porque no aparece que se hubieren causado.

Cópiese, notifíquese, publíquese, 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.

LIBRE APRECIACION DE PRUEBAS. ERROR DE DERECHO

El Tribunal Supremo ha dicho en repetidas ocasiones que los Tribunales tienen facultades legales para apreciar libremente las pruebas en los litigios del trabajo, y que, por tanto, es lógico y natural que no pueda acusarse en casación esa 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.

El error de derecho en casación del trabajo —ha dicho también esta corporación repetidamente— no tiene lugar sino cuando se ha dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigirse al efecto una determinada solemnidad sustancial para la validez del acto, como en el caso del contrato de compra-venta de bienes raíces, que se forma y se prueba por escritura pública, y no de otra manera.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

Bogotá, treinta de julio de mil novecientos cuarenta y ocho.

El señor Marco Alvarez Duque demandó al señor Francisco J. Caldas para el pago de \$ 220.00 por concepto de accidente de trabajo y de \$ 56.54 por trabajo en horas extras.

Según la exposición de hechos de la demanda, el señor Alvarez, en virtud de contrato presuntivo de trabajo, prestó servicios al señor Caldas durante el lapso comprendido entre el 8 de enero de 1945 y el 8 de junio de 1946, en labores de mecánica en Ingenio de propiedad del demandado; a pesar de su prudencia y sin culpa suya sufrió un accidente durante las horas de trabajo que le determinó la pér-

dida anatómica y funcional de un segmento de la falange ungueal del dedo índice de la mano derecha; diariamente realizó las actividades propias de su cargo durante tres horas suplementarias, unas antes de las 12 de la noche y otras después, de las cuales sólo se le remuneraban dos; fue despedido por haberse sindicalizado y por recolectar algunos fondos para el sostenimiento del sindicato. Devengaba una remuneración de \$ 110.00 mensuales.

El demandado admitió que el señor Alvarez Duque trabajó en la empresa de su propiedad, pero en cuanto a la fecha de ingreso se remitió a las respectivas planillas. Negó los demás hechos de la demanda.

El Juez del Trabajo de Palmira, a quien correspondió conocer del negocio en primera instancia, condenó al demandado a pagar al actor la cantidad de \$ 220.00 como indemnización por accidente de trabajo, y la absolvió de los demás cargos.

Apelado el fallo de primera instancia por ambas partes, el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali lo confirmó en todas sus partes.

Contra la sentencia de segundo grado interpuso recurso de casación el apoderado de la parte demandada por considerar que implicaba cuestiones fundamentales de principios en el Derecho del Trabajo. El recurso fue admitido por esta corporación. Agotado el trámite correspondiente se procede a decidirlo.

El escrito en que el apoderado del recurrente fundó el recurso no reúne los requisitos de que trata el artículo 531 del Código Judicial, pues no señala la causal que aduce para pedir la infirmación del fallo, ni expresa con claridad el concepto de la violación, esto es, no dice si ocurrió por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea. No obstante, por amplitud, se examinará el único cargo formulado.

Dice el recurrente que el Tribunal apreció "mal" las pruebas allegadas por el actor. Anota al respecto que las declaraciones de los señores Ramón Jiménez y Luis Cardona no se refieren a hechos directamente presenciados por ellos sino conocidos de oídas, y que además no concuerdan en las circunstancias en que se produjo el suceso a que aluden. Especialmente observa que el testigo Cardona se contradijo porque manifestó que se había retirado de la empresa en marzo o abril, al tiempo que afirmó estar al frente del trapiche cuando ocurrió el accidente, que fue en el mes de mayo siguiente. En consecuencia, sostiene que tales declaraciones no hacen plena prueba conforme a los artículos 697 y 699 del Código Judicial.

Agrega que el oficio número 37 del 15 de julio de 1946, exten-

dido en un papel con membrete de la oficina médico-legal y con dos sellos de la misma, que contiene un informe del doctor Alfonso Alviar, es una copia en papel carbón, no lleva la firma del médico legista y que si está suscrita con una firma ilegible por alguien que se dice secretario, no se sabe de qué despacho lo es. Para el recurrente, un documento como este no es una prueba admisible. El actor ha debido presentar el oficio o informe original del médico legista con la firma debidamente autorizada por el jefe de la oficina respectiva, o en su defecto una copia solicitada y obtenida en legal forma. Sin estos requisitos el mencionado documento carece de valor probatorio, conforme al artículo 632 del Código Judicial.

Por otra parte, dice el recurrente, no se acreditó que el hecho "hubiese pasado con causa y ocasión del trabajo, ni sin culpa o falta o intención de la víctima, condiciones que son esenciales para que un accidente sea "accidente de trabajo" al tenor de la definición contenida en el inciso de la letra a) de la Ley 6ª de 1945".

De todo ello concluye que la "mala" apreciación tanto de la prueba testimonial como del documento mencionado, condujeron al Tribunal a violar "el artículo 12, letra a) inciso, de la Ley 6ª de 1945, en cuando ha dado por admitido un accidente del trabajo, sin tomar en cuenta que el hecho no fue probado, ni menos la relación de causa u ocasión con el trabajo, ni tampoco la ausencia de culpa o intención del operario, elementós todos estos cuya reunión, es lo que constituye esencialmente la figura jurídica del accidente de trabajo", y quebrantó también "el artículo 1755 del C. C., disposición sustantiva en materia probatoria, y que establece que las obligaciones o su extinción corresponde probarlas a quien las alega; y el artículo 593 del C. J., disposición sustantiva del procedimiento que exige para el fundamento de la decisión judicial el que la verdad de los hechos aparezca demostrada de manera plena y completa, según la ley".

Se examina el cargo.

Los artículos 632, 697 y 699 del Código Judicial le asigna determinado mérito a los instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones, el primero, y a las declaraciones de testigos, los otros dos. Esto es, señalan una tarifa legal para esa especie de pruebas. Y como en la regla 4ª del artículo 3º de la Ley 75 de 1945 se dispuso que "la tarifa legal de pruebas no será estrictamente obligatoria en la apreciación de las que se aduzcan ante la justicia del trabajo", es inadmisibles el cargo, ya que, de conformidad con lo que sostiene el recurrente, la infracción de dichos preceptos fue la que

condujo al Tribunal a la violación de las disposiciones sustantivas que cita el mismo.

Esta corporación ha dicho repetidas veces que los Tribunales tienen facultades legales para apreciar libremente las pruebas en los litigios del trabajo y que por tanto es lógico y natural que no pueda acusarse en casación esa 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.

En cuanto al error de derecho, éste no puede tener lugar sino cuando se ha dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigirse al efecto una determinada solemnidad sustancial para la validez del acto, como en el caso del contrato de compra-venta de bienes raíces, que se forma y se prueba por escritura pública.

Para que el cargo hubiese prosperado el recurrente ha debido demostrar que el Tribunal dio por establecido un hecho que no lo está en los autos o que no consideró como existente uno que sí está suficientemente acreditado. Pero ocurre que en lo relativo a las declaraciones de los testigos señores Jiménez y Cardona se limitó a aseverar que no coincidieron en la descripción de los hechos y que no estuvieron presentes en el momento en que sucedió el accidente. El Tribunal los encontró uniformes, y lo son evidentemente según se deduce de la transcripción que de lo pertinente se hace a continuación:

Dijo el señor Jiménez, al punto 5º: "En mayo de mil novecientos cuarenta y seis, a las siete de la noche estando yo de ayudante de calderas, se paró el trapiche, no caía bagazo a las calderas, entonces me retiré yo del puesto donde estaba y me asomé al conductor y encontré al señor Marcos Alvarez tensionando el breque que estaba dañado y por lo mismo no andaba, luego estando yo allí mismo al pie de él, de Alvarez, una cuchillita que lleva el breque le cortó una parte del dedo pero no sé de que mano, él me dijo: "hay hombre cómo me corté", y salió ahí mismo para fuera pero no sé a dónde llegó" (folio 54 vuelto).

Y el señor Cardone dijo, al punto 5º: "En mayo del año pasado, a eso de las siete y media u ocho de la noche, estaba el trapiche andando y en eso se desengranó el breque y entonces lo llamó el brequero a Alvarez. Alvarez cogió unas llaves y se fué para allá a arreglar el breque. Estaba él arreglándolo y nosotros estábamos al frente del trapiche y nos fuimos al trapiche con el fin de ver por qué no molían y al llegar donde estaba Alvarez dijo él "ay" y entonces nos dijo él "me corté el dedo", no recuerdo cuál fue el dedo

lesionado ni tampoco de qué mano. Alvarez me dijo que le apretara el dedo para que no le dejara echar sangre, yo le dije que fuera donde don Joaquín Delgado, el Gerente de la industria y él se fué para allá y don Joaquín le curó allí y él siguió trabajando”.

De este último testigo asegura el recurrente que se contradice porque declaró que se había retirado en marzo o abril y el accidente a que se refiere acaeció en mayo. El Tribunal observa que a continuación de la supuesta contradicción el señor Cardona dijo: “No estoy seguro si me retiré en marzo o en abril pero sí estoy seguro de que hace siete u ocho meses que me retiré”, de donde infiere que el testigo se reafirmó en su contestación a la primera pregunta “coincidiendo perfectamente la época en que ocurrió el accidente con la época que aún estuvo trabajando el deponente.

En cuanto al certificado de la oficina médico-legal se lee en la sentencia lo que sigue:

“En folio 37 del expediente figura el concepto médico-legal en la forma exigida por la ley y él presta todo su mérito para el caso de autos. Es claro que allí no figura la testificación de los señores médicos legistas sobre las condiciones y circunstancias en que ocurrió el hecho, porque eso no es de su resorte. Ellos se limitan a constatar el hecho visible en el accidentado, para clasificarlo según la tabla de valuaciones. Y corresponde al actor demostrar que esa constatación médico-legal fue ocurrida como accidente de trabajo”.

Dicho certificado aparece en copia que lleva el sello de la oficina central de medicina legal de Cali y autorizada por el Secretario de la misma. En las instancias no fue redargüido de falso.

Por último, el Tribunal tuvo en cuenta no sólo las pruebas de que se ha hablado acerca del accidente, sino la siguiente respuesta dada por el demandado al absolver posiciones, a la que le atribuye el valor de una confesión:

“Noveno. ¿Es cierto, sí o nó, que usted le adeuda a mi mandante el valor del accidente de trabajo sufrido al servicio de la industria? CONTESTO: “No es cierto, aclaro que nada le debo, porque las medicinas, curaciones y todo, se lo pagué al doctor Navia Cifuentes, primero doce pesos y centavos, y después veinticuatro o treinta y cuatro pesos, no recuerdo”.

El argumento de que el actor no demostrara que el accidente ocurrió sin culpa o sin intención de su parte es inaceptable, porque se trata de un hecho negativo, que por lo mismo no puede probarse. De consiguiente en este caso la carga de la prueba le corresponde al demandado, ya que implica una verdadera excepción.

En consecuencia, se rechaza el 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 objeto del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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. — Guillermo Martínez R., Secretario.

EN CASACION DEL TRABAJO EL TRIBUNAL NO PUEDE, DE OFICIO, ANALIZAR EL HAZ PROBATORIO

...De acuerdo con el artículo 520 del Código Judicial, cuando se acusa por error de hecho deben señalarse claramente las pruebas, deben singularizarse para que el cargo no quede fundado en forma vaga, sino concreta, y para facilitar también la labor de confrontación del Tribunal de casación por no tener éste la atribución de revisar de oficio todo el haz probatorio, sino de estudiar únicamente las pruebas que el recurrente le señale para demostrar el error de que se trate y que indique.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Redacta el Magistrado Jaramillo Arrubla).

Bogotá, agosto tres de mil novecientos cuarenta y ocho.

Luis Mejía Sánchez demandó por medio de apoderado a la compañía "Frontino Gold Mines, Ltd.", ante el Juez del Trabajo de Medellín, para el pago de, \$ 4.208.34 por prima dominical y festiva, trabajo en jornal nocturno, flete de bestias, leche, drogas, turnos, arrendamientos y transportes.

Expuso como hechos los siguientes: que trabajó al servicio de esa sociedad desde el 6 de febrero de 1944 hasta igual fecha del año de 1946, como asistente del molino. Que trabajó cumplida y periódicamente los siete días de cada semana, sin que se le pagara la prima dominical ni la de días feriados. Que cumplió normalmente jornadas nocturnas sin que se haya pagado prima por esas labores. Que de acuerdo con el contrato de trabajo la compañía debía transportarlo de la población de Segovia al sitio de labores, no obstante lo cual tuvo que pagar de su peculio fletes de bestias y transporte de su maleta, de dicha población a la mina de "María Dama". Que reemplazó al señor Bernardino Rojas el 5 de marzo y el 3 de octubre de 1945,

sin que se le pagara el valor de esos turnos o jornadas. Que se le debe el valor del arrendamiento de la casa que ocupó con su familia en veintiún meses, como el de la leche que consumieron él y sus familiares del 25 de junio de 1945 al 7 de febrero de 1946. Que gastó en la curación de su mujer drogas que deben reconocérsele según el contrato.

La compañía dijo no constarle los hechos expresados y propuso la excepción de inexistencia de las obligaciones que pretende imputarle el actor.

El Juez 2º del Trabajo de Medellín condenó a la compañía a pagarle al demandante \$ 453.33 como sobrerremuneración por trabajo ejecutado en domingos y días festivos; \$ 331.48 como prima por trabajo nocturno; \$ 13.32 como salario de dos jornadas de trabajo. No accedió a condenar por lo demás, ni impuso costas.

El apoderado de la sociedad interpuso el recurso de apelación contra ese fallo y el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín lo decidió confirmando, sin costas.

Interpuesto contra esa sentencia el recurso de casación por el apoderado de la compañía, y fundado en tiempo, pasa a decidirse. Se propusieron dos cargos, que se estudian en su orden.

PRIMER CARGO

Invoca la causal primera de casación, por violación de ley sustantiva por infracción directa o interpretación errónea.

Las disposiciones infringidas son el párrafo 3º del artículo 7º de la Ley 6ª de 1945 y los artículos 42 y 47 de la Resolución número 34 de 1937, del Departamento Nacional del Trabajo, sobre trabajo en las minas.

Este cargo lo sustenta así:

“El Tribunal de Medellín sin ningún argumento jurídico valedero desconoce las excepciones legales contenidas en el párrafo 3º del artículo 7º de la Ley 6ª de 1945, cuando dice: “Solamente se permite el trabajo durante los días de descanso obligatorio pagándolo o dando un descanso compensatorio remunerado, en aquellas labores que no son susceptibles de interrupción por su naturaleza, o por motivos de carácter técnico (el subrayado es nuestro) o por satisfacer necesidades inaplazables.”

“Este es precisamente el caso de ciertos cargos en las minas, señores Magistrados del Tribunal Supremo del Trabajo, en ellos la naturaleza del servicio implica el trabajo en día domingo, el sueldo

mensual, muy diferente a un salario diario, convenido por los contratantes, comprende también la remuneración de aquellos días sin que ello origine pago adicional alguno."

"Además, señor Magistrado, en el contrato de trabajo firmado por ambas partes se lee lo siguiente: "Cláusula segunda. Por esta incorporación de trabajo en las funciones ordinarias del empleado se estipula a su favor la compensación mensual y fija de doscientos pesos (\$ 200.00), que se considerará como equivalencia de su aporte en el trabajo ordinario y normal habiendo consultado los siguientes factores."

"A.—Naturaleza del trabajo."

"Esta cláusula contractual expresa la obligación de trabajar, por un sueldo fijo en el tiempo y condiciones exigidos por la naturaleza de la labor, organizada por el sistema de turnos ininterrumpidos, y el trabajador no tiene derecho de cobrar al patrono retribución suplementaria por este concepto."

"Insisto ante el señor Magistrado en que el trabajo de las minas por su índole técnica exige la permanencia, la continuidad; un solo día que se paralice el trabajo coordinado en ellas significa la pérdida enorme de dinero y de tiempo."

"Al concertarse los servicios que además de comprender normalmente el trabajo de los días domingos y de remunerarse por mensualidades, las partes han convenido expresamente en trabajar aquellos días. Si nada se ha dicho en contrario debe entenderse que de su ejecución no se deriva derecho a exigir el pago de salarios adicionales porque las normas comunes sobre la jornada de trabajo con aplicación a días festivos y a interrupciones y horarios no se aplica al caso de "los molineros", por precisa excepción de una norma sustantiva, declarada ya como tal recientemente por el H. Tribunal Supremo del Trabajo en el juicio de Alejandro Quintero contra la Compañía Frontino Gold Mines Ltda. me refiero a la Resolución número 34 de 1937 del Departamento Nacional del Trabajo. En este caso concreto, el H. Tribunal de instancia violó directamente, al no haberlos apreciado, los artículos 42 y 47 y relacionados de la misma."

Se estudia el cargo.

El Tribunal Seccional fundó sus condenaciones en las distintas pruebas que analiza, bien de testigos, inspección ocular, etc., y el recurrente basa este cargo en una cláusula del contrato de trabajo y en la naturaleza de la labor de "los molineros". Se trata, pues, de una situación de hecho, de apreciación de pruebas, o falta de estimación de otras, pero en este primer motivo no se acusa por error de

hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos, como consecuencia de mala apreciación o falta de apreciación de pruebas, como ha debido hacerse para poder estudiar el cargo.

El artículo 520, en armonía con el 531 del C. Judicial, dice cómo debe formularse una demanda de casación. Cuando se contempla una cuestión de hecho, como en el presente caso, en que se trata de saber en primer término cuál es el oficio de "los molineros", cuál el trabajo del demandante, según las pruebas del juicio, para determinar si sus labores "no son susceptibles de interrupción por su naturaleza, o por motivos de carácter técnico", como lo alega el recurrente y lo expresa la primera norma que señala en este cargo como infringida, es necesario que, de conformidad con el artículo 520 citado, se alegue sobre este punto por el recurrente, acusando por error de hecho o de derecho en la apreciación de pruebas o por falta de estimación de ellas, y ese primer error —el de hecho— debe constar de modo manifiesto en los autos.

Pero no lo hizo así en este motivo, pues no acusó el fallo recurrido por error de hecho o de derecho por falta de apreciación o equivocada estimación de pruebas, sino que entró a acusar por violación de la ley, por infracción directa o interpretación errónea, es decir, sin consideración a la situación de hecho o a la estimación de pruebas.

No obstante, la misma base de situación de hecho que el cargo envuelve no pudo dejar de influir en el recurrente, puesto que, sin acusar por esos errores —de hecho o de derecho— por razón de pruebas, mencionó y transcribió la cláusula segunda del contrato de trabajo suscrito por ambas partes, que fija el sueldo de \$ 200.00 "como equivalencia de su aporte (el del trabajador) en el trabajo ordinario y normal habiendo consultado los siguientes factores: "A. Naturaleza del trabajo...". Pero, como ya se dijo, no menciona las pruebas que sirvan al Tribunal Supremo para dilucidar cuál es la naturaleza del servicio del trabajador, sus verdaderas funciones, el oficio de los molineros. Porque es necesario advertir una vez más que la casación no es una tercera instancia, y que el Tribunal Supremo no puede revisar toda la controversia como los jueces de grado; toda vez que su labor se circunscribe a la acusación planteada en la demanda que sustenta este recurso extraordinario, a confrontar el fallo recurrido con la norma legal que se estima violada y sólo puede considerar las pruebas que señale el recurrente como no apreciadas o estimadas equivocadamente y como fundamento del error de hecho o de derecho que él mismo mencione.

Interpretando con amplitud la demanda de casación y en especial este primer motivo que se analiza, podría decirse que se quiso invocar un error de hecho como consecuencia de mala estimación o falta de apreciación —que no se dice— de la cláusula 2ª del contrato de trabajo, ya expresado. Más de esa cláusula que sólo fija el sueldo mensual por trabajo ordinario y normal, no expresa en qué consiste esa labor para poder deducir que no era susceptible de interrupción y que, por lo tanto, se violaron por el fallador de instancia los preceptos que cita.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 520 ya citado, del C. Judicial, cuando se acusa por error de hecho deben señalarse claramente las pruebas, deben singularizarse para que el cargo no quede fundado en forma vaga, sino concreta, y para facilitar también la labor de confrontación del Tribunal de casación por no tener éste la atribución de revisar de oficio todo el haz probatorio sino de estudiar únicamente las pruebas que el recurrente le señale expresamente para demostrar el error de que se trate y que indique.

Por las razones expuestas, no puede prosperar este cargo.

SEGUNDO CARGO

Se plantea así:

“Para este segundo cargo invoco también la causal primera de casación. En efecto, la sentencia violó la ley sustantiva por infracción directa e interpretación errónea como paso a explicarlo muy sucintamente y al decidir sobre un pago a cargo de la Frontino Gold Mines Ltd. por concepto de supuestas jornadas nocturnas de trabajo que se afirma que el actor laboró.”

“El concepto de jornada diurna y nocturna es especial para la minería en virtud de la Resolución número 34 de 1937 del Departamento Nacional del Trabajo en virtud de norma especialísima consignada en el artículo 42 que dice: “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... 3º b) “Los molineros”. El artículo 44 de la misma resolución también excluye de la jornada ordinaria a los empleados de confianza, entre los cuales se encuentran los vigilantes o asistentes.”

“Consta en autos que el actor labora por turnos fijos de duración de seis (6) horas, turnos rotativos y continuos, debidamente aprobados por las autoridades del trabajo y ceñidos a las normas que

regulan esta materia y que no fueron tenidas en cuenta por el fallador de instancia.”

Este cargo adolece de los mismos defectos de técnica que se anotaron al primero, y aún más, porque aquí no se menciona una sola prueba que indique que el oficio del molinero no es susceptible de interrupción, o que sus funciones son las de un empleado de confianza, como se alega, sino que, por el contrario, se dice en este segundo motivo que **“consta de autos** que el actor labora por turnos fijos...” ,etc., como si el Tribunal de casación debiera revisar todo el expediente para ver si **“consta de autos”** cuáles son las labores del recurrente. Ya se dijo que, de acuerdo con la ley, las pruebas que sirven para demostrar una situación de hecho, como la presente, deben ser señaladas claramente por el recurrente por no ser la casación una tercera instancia, y no sólo esto, sino alegarse un error de derecho o de hecho que aparezca de modo manifiesto, cosas que no se cumplen en la demanda de casación del presente recurso.

Tampoco sirve este segundo cargo.

Por 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 que ha sido objeto del presente recurso.

Sin costas porque no aparecen causadas en el recurso.

Cópiase, 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. — Guillermo Martínez R., Secretario.

LA CAPACIDAD EN DERECHO DEL TRABAJO. LA ACCION DEL BENEFICIARIO DEL SEGURO DE VIDA DE UN TRABAJADOR ASALARIADO PARA QUE LE SEA RECONOCIDO Y PAGADO, ES DE COMPETENCIA DE LA JURISDICCION DEL TRABAJO

La capacidad en la legislación colombiana del trabajo para celebrar contratos de esta naturaleza y ejercitar las acciones que de él se deriven, se adquiere a los 18 años, por mandato expreso del artículo 10 de la Ley 6ª de 1945. Basta que exista una acción que provenga del contrato de trabajo, que una persona sea titular de un derecho que de él se derive, para que adquiera, por mandato de la ley expresada, plena capacidad para hacer cumplir ésta, para ejercitar aquélla, cuando el sujeto del derecho llegue a la edad de los 18 años.

No es necesario que ese sujeto sea sólo el trabajador y no un tercero, porque la disposición en estudio no distingue en el caso de ejercicio de acciones. Como el precepto citado contempla las dos situaciones de celebración del contrato y de ejercicio de sus acciones, es claro que quien lo celebra es el trabajador y sólo a éste se refiere esa parte de la disposición; mas como puede suceder que un tercero derive derechos de ese contrato, es claro que adquiere facultad para ejercitar las acciones consiguientes a la edad señalada en esa norma, porque su texto no admite dudas ni otra interpretación. Y siendo obvio el sentido del artículo 10 nombrado, que es el que se deja expuesto, no es admisible interpretarlo de otro modo con el pretexto de consultar su espíritu, según conocida norma de nuestro derecho.

La jurisdicción del trabajo, según el artículo 58 de la Ley 6ª de 1945, inciso 1º, debe conocer de los litigios que emanen directa o indirectamente del contrato de trabajo. Esta es la regla general que estatuye esta norma, y cuando entra a ex-

plicar a continuación entre quienes pueden presentarse esas diferencias, no está haciendo otra cosa que citar algunos ejemplos, para mejor interpretación o entendimiento de sus disposiciones, pero no con el sentido de limitar a esos ejemplos o situaciones las controversias que emanen del contrato de trabajo, de fijar taxativamente esos litigios. Basta observar que esa regla general fija la competencia para conocer de las controversias que emanen no sólo directamente del contrato de trabajo sino también de las que surjan de manera indirecta y que, al final aclara, también por vía de ejemplo, que pueden presentarse, bien por razón de la interpretación o ejecución de sus cláusulas o con ocasión de la interpretación o aplicación de la legislación del trabajo, sin que esta enumeración tenga un carácter taxativo o limitativo, sino meramente declarativo o de simple explicación.

Por lo tanto, surgiendo de ese precepto la regla general de qué la jurisdicción especial conoce de las controversias que emanen directa o indirectamente del contrato de trabajo, no hay necesidad de entrar a analizar —cuando de este primer inciso se trate— entre quiénes se plantea un litigio, sino, de modo especial, si tiene origen —directo o indirecto— en el contrato de trabajo.

La demanda —y por tanto la controversia— que promueve el beneficiario del seguro de vida de un trabajador asalariado, contra el patrón de éste que se obligó a pagarlo, como asegurador de sus trabajadores, por emanar del contrato de trabajo es de competencia de la jurisdicción especial. Lo contrario sería no sólo ilegal sino consagrar el absurdo y la injusticia, porque la jurisdicción ordinaria no podría entrar a conocer de esa demanda por surgir del contrato de trabajo, en primer término, y por versar acerca de la interpretación o aplicación de la legislación laboral, en segundo lugar.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla).

Bogotá, agosto tres de mil novecientos cuarenta y ocho.

Blanca Lizarazo Jaimes demandó por medio de apoderado a la

Federación Nacional de Cafeteros, ante el Juez del Trabajo de Bogotá, para el pago de la suma de ochocientos cuarenta pesos (\$ 840.00) moneda legal o lo que resulte, por concepto de seguro de vida, o saldo de un seguro total por valor de mil doscientos pesos (\$ 1.200.00) a que tiene derecho como beneficiaria expresa de la señorita Axelinta Lizarazo Jaimes.

Se fundó en los hechos que se resumen así: Axelinta Lizarazo Jaimes fue empleada de la Federación por más de ocho años, como Secretaria-Tesorera del Comité de Cafeteros del Norte de Santander; el 19 de marzo de 1941 falleció por enfermedad profesional y antes de cumplirse seis meses de haberse retirado de su cargo; como beneficiaria del seguro de vida, había instituído a la actora; el monto del seguro equivale a un año de sueldo, según Acuerdo número 1 de 1939 del X Congreso Cafetero, de modo que el de la señorita Lizarazo es de mil doscientos pesos (\$ 1.200.00) por haber sido su sueldo mensual de cien pesos; por ser menor aún la demandante, su padre, el señor Anselmo Lizarazo, reclamó el pago del seguro a la Federación y ésta lo verificó con un descuento de ochocientos cuarenta pesos que la señorita Axelinta había recibido por concepto de cesantía; al aceptar el señor Lizarazo esa transacción equivalente a la renuncia de un derecho irrenunciable, sin previa autorización judicial por tratarse de menores, celebró un acto que está viciado de nulidad absoluta y no tiene efecto obligatorio para la demandante; y, por último, ésta es menor de diez y ocho años, por lo cual tiene capacidad para comparecer en juicio por medio de apoderado según la legislación social.

La entidad demandada contestó, por medio de apoderado, lo siguiente: la señorita Axelinta Lizarazo trabajó al servicio del Comité Departamental de Cafeteros de Norte de Santander desde 1943 (sic) hasta el 27 de diciembre de 1940; no falleció a causa de enfermedad profesional; designó como beneficiaria del seguro de vida a su hermana Blanca María; es cierto el hecho de la demanda relacionado con el monto del seguro de vida establecido por la Federación; y no es cierto que se hubiera descontado del valor del seguro de la señorita Lizarazo la suma de \$ 840.00. Por eso se opuso a que fuesen hechas las declaraciones de la demanda. Y propuso las siguientes excepciones: declinatoria de jurisdicción, por tratarse de un asunto en el cual hubo transacción y porque de acuerdo con el artículo 58 de la Ley 6ª de 1945 la jurisdicción del trabajo no conoce de esta clase de litigios; ilegitimidad de la personería de la parte actora, por ser aún incapaz; y transacción, que oportunamente establecerá.

El Juzgado Segundo del Trabajo de Bogotá decidió el litigio condenando a la entidad demandada a pagarle a la actora la suma de ochocientos veintiocho pesos con ochenta y cinco centavos (\$ 828.85) moneda legal, por concepto de valor insoluto del seguro de vida reclamado.

Apelado ese fallo por la parte demandada, el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, lo confirmó; aunque con una ligera modificación en cuanto a la suma que se ordena pagar, que según el fallador de segunda instancia es la de ochocientos veintiocho pesos con veinticinco centavos moneda legal (\$ 828.25).

Interpuesto el recurso de casación por la Federación, contra esta última sentencia; que lleva fecha 25 de agosto último, concedido, admitido y fundado; es el momento de decidirlo.

PRIMER CARGO

El Tribunal Seccional violó, por aplicación indebida, el artículo 10 de la Ley 6ª de 1945.

Dice así el recurrente:

"Se estableció en el informativo que la señorita Blanca María Lizarazo Jaimes es una mujer adulta menor de edad. Tanto el Juzgado como el T. Tribunal de Cundinamarca así lo reconocen y aceptan. Con base en tal hecho procesal, sustenté la excepción de ilegitimidad de la personería de la parte demandante, por no ser hábil para comparecer en juicio por sí misma, de acuerdo con el ordinal 1º del artículo 332 del Código Judicial. Pero se dijo en los fallos atacados que al caso de autos no le es aplicable la norma del artículo 1504 del Código Civil, ni las del 240 y siguientes del Código Judicial, relativas a los incapaces y a la manera de comparecer en juicio, sino que debía aplicarse el artículo 10 de la Ley 6ª de 1945, que dice: "Los menores de edad que tengan de 18 a 21 años, pueden celebrar contratos de trabajo y ejercer las acciones que nazcan de tal contrato y esta ley, sin autorización de su representante legal..." Y sostienen —continúa el recurrente— que aunque el beneficiario de un seguro de vida sea una persona mayor de 18 años y menor de 21, puede ejercitar las acciones provenientes de su calidad de beneficiario, pues la norma legal no debe entenderse únicamente para quienes teniendo tal edad, hayan celebrado contrato de trabajo. Es decir, sostiene la sentencia que para tal caso el sujeto de derecho, aun menor de edad, es capaz judicialmente."

"Considero que ese artículo da la capacidad judicial plena a

quien ha celebrado un contrato de trabajo para ejercer todas las acciones que pueden derivarse de ese vínculo. Pero no a quien es un tercero en ese contrato, como lo es un beneficiario del seguro de vida. La capacidad de éste no puede regularse por aquella disposición legal, que no lo cobija, sino por las normas ordinarias que arriba indiqué. Tampoco puede aplicarse por analogía tal norma, porque la capacidad de las personas sólo puede establecerse por medio de normas expresas."

Se analiza este cargo.

Se estudiará si el fallador de segunda instancia violó, por aplicación indebida, el artículo 10 de la Ley 6ª de 1945 por ser el único que cita como infringido, pues aun cuando en la sustentación de este motivo, el recurrente menciona otras disposiciones de los Códigos Civil y Judicial, no las incluyó dentro de la acusación ni dijo siquiera que hubieran sido violadas, ni el concepto de la infracción.

Dice el artículo 10 que estima infringido:

"Los menores de edad que tengan de diez y ocho a veintitún años, pueden celebrar contratos de trabajo y ejercer las acciones que nazcan de tal contrato y esta ley, sin autorización de su representante legal. Los menores de edad que tengan más de catorce años y menos de diez y ocho, pueden celebrar contratos de trabajo y ejercer las acciones mencionadas, con autorización del Juez o del Magistrado Seccional del Trabajo del lugar en donde piense concertarse, pero únicamente para prestación de servicios en establecimientos u oficios de los cuales no puedan derivarse perjuicios morales o fisiológicos para el menor."

"Los menores de diez y seis años no podrán ser admitidos sino en trabajos adecuados a su edad y para una jornada máxima de seis horas diarias."

El Tribunal Seccional en su fallo acusado estimó que la demandante tenía capacidad para comparecer en juicio solicitando el pago del seguro de que fue instituida beneficiaria, porque en nuestra legislación laboral se ha cambiado el sistema de la capacidad procesal, pues todos los trabajadores y personas vinculadas en una u otra manera a la relación de trabajo, mayores de 18 años, no necesitan autorización de sus padres o representantes legales ni requieren ser asistidos por curadores o guardadores cuando intenten reclamar ante la justicia los derechos emanados directa o indirectamente del contrato de trabajo. Agregó el fallador que por derivarse el seguro de vida del contrato de trabajo, la empresa, cuando ella misma es aseguradora, asume dos obligaciones, una para con el asalariado direc-

tamente y otra para con el beneficiario. Y concluye diciendo que por esas razones la capacidad para comparecer en juicio no tiene por qué someterse a las normas del Código Civil, pues es suficiente la que contiene la legislación del trabajo, de modo que la señorita Blanca Lizarazo, por tener 19 años, podía comparecer por sí misma al juicio sin necesidad de autorización especial de sus padres o guardadores.

El Tribunal Supremo considera:

La capacidad en la legislación colombiana del trabajo para celebrar contratos de esta naturaleza y ejercitar las acciones que de él se deriven, se adquiere a los 18 años, por mandato expreso del artículo 10 de la Ley 6ª de 1945. En el Código Civil, la plena capacidad, o capacidad civil para celebrar contratos de esa naturaleza y ejercitar las acciones que de ellos emanen se adquiere a los 21 años (artículos 1502, 1503 y 1504 del Código Civil, en relación con el 34 del mismo estatuto).

Quiso la legislación del trabajo modificar esa capacidad porque a los 18 años se supone que ha adquirido un desarrollo físico e intelectual suficiente la persona humana, que la hace apta para prestar sus servicios a otra y porque el nuevo Derecho no puede oponerse sino reconocer la realidad que impone a un inmenso número de individuos la necesidad de trabajar desde esa edad, y aún desde una inferior, para sustentarse a sí mismo y a los miembros de su familia.

Por ese mayor desarrollo y por esa necesidad se otorga la plena capacidad de trabajar, y por consiguiente la de celebrar el contrato de trabajo y ejercitar las acciones que de él emanen, desde los 18 años. Se autoriza, en casos de excepción, a los menores de esta última edad para prestar su fuerza de trabajo, celebrar el contrato respectivo y ejercitar las acciones judiciales consiguientes, con las restricciones y previos los requisitos que el artículo transcrito establece, para proteger al menor en todo sentido.

Pero esa capacidad plena que se otorga a los 18 años se entiende para dos cosas: para celebrar el contrato y para ejercitar las acciones que de él se deriven. Para el asunto en estudio, no ofrece ninguna dificultad la primera facultad. La segunda debe entenderse en forma general, es decir, que se concede esa capacidad absoluta a todas aquellas personas que sean sujetos de un derecho emanado del contrato de trabajo, o mejor dicho, que tengan una acción derivada de ese convenio. Lo contrario sería establecer una distinción que la

ley no ha hecho y que de acuerdo con conocidas normas de hermenéutica jurídica no le es dable al intérprete estatuir.

Basta, pues, que exista una acción que provenga del contrato de trabajo, que una persona sea titular de un derecho que de él se derive, para que por mandato de la ley expresada adquiera plena capacidad para hacer cumplir ésta, para ejercitar aquélla, cuando el sujeto del derecho llegue a la edad de los 18 años.

No es necesario que ese sujeto sea sólo el trabajador y no un tercero, porque la disposición en estudio no distingue en el caso de ejercicio de acciones. Como el precepto transcrito contempla las dos situaciones de celebración del contrato y de ejercicio de sus acciones, es claro que quien lo celebra es el trabajador y sólo a éste se refiere esa parte de la disposición; mas como puede suceder que un tercero derive derechos de ese contrato, es claro que adquiere facultad para ejercitar las acciones consiguientes a la edad señalada en esa norma, porque su texto no admite dudas ni otra interpretación. "Los menores de edad que tengan de diez y ocho a veintiún años, pueden celebrar contratos de trabajo y ejercer las acciones que nazcan de tal contrato y esta ley, sin autorización de su representante legal". Siendo obvio el sentido de este artículo y que es el que se deja expuesto, no es admisible interpretarlo de otro modo con el pretexto de consultar su espíritu, según conocida norma de nuestro derecho.

En el asunto debatido, la interpretación del Tribunal Seccional estuvo bien encaminada cuando dijo que por derivarse el seguro de vida del contrato de trabajo, la empresa, cuando ella misma es aseguradora, asume dos obligaciones, una para con el asalariado directamente y otra para con el beneficiario, aunque quizás podría decirse con más propiedad que se trata de una sola obligación frente a dos personas y que, por ser condicional, se concreta a una sola cuando sucede el acontecimiento futuro previsto, esto es, la muerte del asegurado. Mas el sentido que tiene la tesis del fallador de segunda instancia, de que la compañía cuando es aseguradora también se obliga, por virtud del contrato de trabajo, con el beneficiario, que viene a ser un tercero en ese convenio, es exacto y de allí que ese beneficiario adquiere con la muerte del trabajador asegurado un derecho que emana del contrato laboral, y, por consiguiente, la acción para hacerlo efectivo es también de esa naturaleza y se rige en cuanto a su existencia y ejercicio por las normas de la legislación del trabajo.

Por lo tanto, se desestima este cargo.

SEGUNDO CARGO

Acusa el fallo recurrido por aplicación indebida del artículo 10 de la Ley 6ª de 1945, que lo condujo a violar directamente los artículos 1504 del Código Civil y 240 del Código Judicial.

Y lo sustenta diciendo que al suponer una capacidad judicial para una persona menor de edad, con base en el artículo 10 citado, violó directamente los restantes sobre incapacidad de los menores para comparecer en juicio por sí mismos. Y que como esa incapacidad constituye una ilegitimidad de personería, que alegó como excepción y no fue considerada en la parte motiva aunque sí rechazada en el fallo recurrido, se violaron las normas procesales que cita, y, además, los artículos 330 y 342 a los cuales hace también extensivo el cargo.

Se considera:

Este motivo no es otro que el anterior, ya analizado detenidamente, de modo que por lo expuesto ya se deduce también que este segundo cargo no puede prosperar.

TERCER CARGO

Dice que hubo aplicación indebida del artículo 58 de la Ley 6ª de 1945 y violación del artículo 331 del Código Judicial. Aunque no dice si la infracción de este último ocurrió por cualquiera de los medios que señala la ley (artículos 520 y 531 del C. J.), bien por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea.

Expone esta acusación diciendo que la excepción de declinatoria de jurisdicción la basó en que el artículo 58 citado, al establecer la jurisdicción especial del trabajo, la limitó a "decidir las controversias que suscité, directa o indirectamente, la ejecución del contrato de trabajo, entre patronos y asalariados". O sea que toda diferencia proveniente del contrato de trabajo debe resolverla esa jurisdicción cuando surja entre el patrono y el trabajador. Mas no puede extenderse a los casos en que ocurra una diferencia entre el patrono y un heredero o causa-habiente de quien fue trabajador de aquél.

Se considera:

El artículo 58 de la Ley 6ª de 1945 estatuye en su primer inciso lo siguiente:

"La jurisdicción especial del trabajo se instituye para decidir las controversias que suscité, directa o indirectamente, la ejecución del contrato de trabajo, entre patronos y asalariados, entre asalaria-

dos solamente, entre las asociaciones profesionales de patronos y las de asalariados o entre los asalariados y sus asociaciones profesionales, ya con motivo de la interpretación o ejecución de las cláusulas del contrato de trabajo o de la convención colectiva, ya con ocasión de la interpretación o aplicación de la legislación del trabajo.”

Según el espíritu claro de esta disposición, la jurisdicción del trabajo debe conocer de los litigios que emanen directa o indirectamente del contrato de trabajo. Esta es la regla general que esta norma estatuye, y cuando entra a explicar a continuación entre quiénes pueden presentarse esas diferencias, no está haciendo otra cosa que citar algunos ejemplos, para mejor interpretación o entendimiento de sus disposiciones, pero no con el sentido de limitar a esos ejemplos o situaciones las controversias que emanan del contrato de trabajo, de fijar taxativamente esos litigios. Basta observar que esa regla general fija la competencia para conocer de las controversias que emanan no sólo directamente del contrato de trabajo sino también de las que surjan de manera indirecta y que, al final aclara, también por vía de ejemplo, que pueden presentarse, bien por razón de la interpretación o ejecución de sus cláusulas o con ocasión de la interpretación o aplicación de la legislación del trabajo, sin que esta enumeración tenga un carácter taxativo o limitativo, sino meramente declarativo o de simple explicación.

Por lo tanto, surgiendo de ese precepto la regla general de que la jurisdicción especial conoce de las controversias que emanen directa o indirectamente del contrato de trabajo, no hay necesidad de entrar a analizar —cuando de ese primer inciso se trate— entre quiénes se plantea un litigio, sino, de modo especial, si tiene origen —directo o indirecto— en el contrato de trabajo.

La demanda —y por tanto la controversia— que promueve el beneficiario del seguro de vida de un trabajador asalariado, contra el patrón de éste que se obligó a pagarlo, como asegurador de sus trabajadores, por emanar del contrato de trabajo es de competencia de la jurisdicción especial. Lo contrario sería no sólo ilegal sino consagrar el absurdo y la injusticia, porque la jurisdicción ordinaria no podría entrar a conocer de esa demanda por surgir del contrato de trabajo, en primer término, y por versar acerca de la interpretación o aplicación de la legislación laboral, en segundo lugar.

Y no debe aceptarse la tesis del recurrente cuando dice que no puede conocer la jurisdicción especial del trabajo de las controversias que se susciten entre un patrón y un heredero o causa-habiente de su trabajador, porque el artículo 474 del Código Judicial que comple-

menta el 473 del mismo Código, sobre cosa juzgada, expresa muy claramente que "hay identidad jurídica de personas siempre que las partes en el segundo pleito sean causa-habientes a título universal de las que figuran en el primero, o a título singular por legado, o por enajenación efectuada con posterioridad al registro de la demanda, si se trata de inmuebles, o a la notificación de ésta si de muebles". Aunque esta observación es ajena al asunto debatido en el litigio y en casación, y sólo por su interés doctrinario se formula, puesto que el beneficiario de un seguro no es —como parece entenderlo el recurrente con una obvia confusión— un heredero o causa-habiente universal del trabajador, porque su título no se deriva de la sucesión por causa de muerte, sino que es especial, no regido en nuestra legislación por las reglas comunes de la sucesión testada o intestada, sino por normas especiales, distintas de aquéllas, y de fines completamente diferentes.

No está probado este cargo.

CUARTO CARGO

En este motivo se ataca la sentencia recurrida por violación directa del artículo 1626 del Código Civil por error de hecho y de derecho en la apreciación del documento privado de folios 22 del juicio.

Y se sustenta así:

El señor Anselmo Lizarazo, padre de la demandante y por lo tanto, su representante legal, firmó un recibo el 10 de septiembre de 1941 en el cual consta que la Federación de Cafeteros le pagó la suma de \$ 1.200.00, valor del seguro de vida que se reclama en el juicio. Ese documento ha obrado en los autos sin ser tachado de falso, sino que, antes bien ha sido confirmado.

Para el recurrente la apreciación del fallador de que ese recibo sólo prueba el pago de parte del seguro, pues la restante se pagó por cesantía, equivale a un error de hecho por haberlo apreciado parcialmente, porque en verdad de ese documento consta el pago total de la cantidad debida por el seguro. Y también en el error de derecho "de apreciar la prueba en forma completa" (sic).

Se estudia el cargo.

En primer lugar, si la violación es directa, como dice el recurrente, no pudo ocurrir al través de errores de hecho o de derecho como consecuencia de la apreciación de pruebas, porque la infracción de la ley puede ser directa o indirecta, y sólo tiene lugar la última cuando ocurre por intermedio de esos errores del fallador, por mala apreciación o por falta de apreciación de elementos probatorios. De mo-

do que no pudo ocurrir infracción directa en el caso propuesto por el recurrente sino indirecta.

Al final de su acusación expresada, el recurrente dice que "hubo violación directa del artículo 1626 del C. C., porque se presentó la prueba de pago, y no se aplicó (se subraya) el precepto indicado, sino parcialmente". Es decir, la infracción la hace consistir en falta de aplicación.

Dice así esa disposición:

"El pago efectivo es la prestación de lo que se debe."

Naturalmente, para que la acusación hubiese sido completa, ha debido señalar quizás como infringida también la norma del artículo anterior, 1625, que incluye "el pago" entre los modos de extinguir las obligaciones.

Mas no obstante estos defectos de técnica, se analizará el cargo, por amplitud.

El recibo o prueba mal apreciado, o apreciado parcialmente, dice así:

"Yo, Anselmo Lizarazo V., cédula número 941061 y vecino de Cúcuta, en mi calidad de representante legal y padre legítimo de la señorita Blanca María Lizarazo Jaimes, beneficiario del seguro de vida de mi hija Axelinta, fallecida al servicio de la Federación, declaro que he recibido en la fecha y de la Federación Nacional de Cafeteros la cantidad de trescientos setenta y un pesos, quince centavos (\$ 371.15) moneda legal, los cuales sumados a la cantidad de ochocientos veintiocho pesos con ochenta y cinco centavos (\$ 828.85) que ya recibí, completan y saldan la cantidad de mil doscientos pesos (\$ 1.200.00) que corresponden a la menor Blanca María Lizarazo Jaimes, en su calidad de beneficiario. Declaro así mismo que con la suma que he recibido quedan canceladas todas las cuentas de mi hija Axelinta Lizarazo y de la menor Blanca María Lizarazo para con la Federación Nacional de Cafeteros y que por consiguiente no existe ninguna obligación de carácter social (cesantía, sueldos, auxilios, seguros, etc.) a cargo de la Federación y a favor mío o de mis hijos. Cúcuta, septiembre 10 de 1941. (Fdo.) Anselmo Lizarazo V."

Se considera:

El Tribunal Seccional, al estudiar no sólo la excepción de pago alegada por el recurrente y también la de transacción (problema este último que en casación no se ha propuesto) analizó detenidamente la situación que se presentó con motivo del retiro de la señorita Axelinta Lizarazo de la Federación y el posterior fallecimiento de ella. Expresa el fallador de segunda instancia que por haberse re-

tirado por enfermedad tenía derecho a la cesantía que le pagó la Federación y esta apreciación de la sentencia recurrida no ha sido atacada en casación por el recurrente, luego ha quedado en firme. Continúa el fallo acusado diciendo que también tenía derecho al seguro, de acuerdo con un estudio muy razonado sobre el particular, que se apoya en las leyes sobre la materia, y esta apreciación del fallo no ha sido tampoco atacada por el recurrente en casación. Y, por último, el Tribunal Seccional estudia si la solución dada entre la Federación y el padre de la beneficiaria al reclamo del primero por la suma total de seguro fue legal o no. Esa solución consistió en tener en cuenta la suma de \$ 828.85 que se dio por la entidad a la señorita Axelinta, como cesantía, cuando se retiró de la Federación, y pagar, como saldo, por concepto del seguro, la cantidad de \$ 371.15 que con aquella completaba la de \$ 1.200.00 que es el valor total de esta última prestación. La Federación y el señor Anselmo Lizarazo, según la sentencia acusada, convinieron en ese arreglo partiendo de la base de que la trabajadora fallecida no tenía derecho a cesantía.

Con fundamento en estas consideraciones, que no se han planteado en casación, el sentenciador de segundo grado estudia el recibo que estima mal apreciado el recurrente. Por lo tanto, y no obstante que aquellas consideraciones no han sido rebatidas por el cargo, ni en parte alguna de la demanda de casación, el Tribunal Supremo no puede analizar el recibo transcrito sin dejar de tener en cuenta los elementos de juicio que sirvieron al fallador de instancia para apreciarlo.

El Tribunal de Bogotá no acepta la transacción celebrada entre la Federación y el señor Anselmo Lizarazo, de que da cuenta el recibo mencionado, ni acoge la idea de que pudiera compensarse la suma de cesantía con la de seguro, porque encuentra que la señorita Axelinta tenía derecho a ambas prestaciones, de modo que ninguna de ellas podía ser disminuida o negada. Por eso concluye que sólo se pagó como seguro la suma de \$ 371.15 y condena a la Federación a pagar los \$ 828.25 restantes, que según el completan los \$ 1.200.00 valor de esa prestación, aunciando incurrió en error aritmético porque la diferencia es de \$ 828.85.

Para que la acusación hubiese sido completa ha debido atacarse la estimación de que la trabajadora fallecida tenía derecho a cesantía y que no podía compensarse la suma de \$ 828.25, que según el Tribunal Seccional, se pagó por concepto de esa prestación. Mas ese soporte del fallo recurrido está en pie, de modo que hace que el cargo en la forma incompleta propuesta sea tan débil que no sea suficiente

para invalidarlo. Ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de este Tribunal Supremo en el sentido de que el recurso de casación debe atacar todos los fundamentos de la sentencia acusada para que pueda destruirse su decisión o parte resolutive. Cuando sólo se acusa una de esas bases, y quedan vivas otras, fundamentales, el recurso es inoperante, incompleto, y no sirve para producir la infirmación del fallo.

Hubiera sido de mucho interés que la acusación se hubiera planteado en forma completa para tener oportunidad de analizar la importante cuestión, tampoco propuesta en casación, de si pueden coexistir la cesantía y el seguro.

Mas la situación que de este expediente parece surgir, ya ha sido analizada por especialistas como el doctor José Roberto Vásquez en un importante artículo publicado en la revista "Prestaciones", de Medellín, que titula "La muerte no determina la obligación simultánea de pagar auxilio de cesantía y seguro de vida" (número 10, septiembre de 1947), en el cual expone la tesis cardinal que sintetiza en este título. Pero el mismo comentarista claramente dice que sólo estudia la posibilidad de que por un único hecho —la muerte— puedan existir dos prestaciones distintas —cesantía y seguro—, lo que para él va contra el universal y conocido principio *non bis in idem*. Más, al final de su estudio, expresa: "Parece haber cierta confusión en casos como el siguiente: un trabajador es despedido, y recibe, o adquiere el derecho a recibir, auxilio de cesantía. Si luego muere, dentro de los tres (3), o dentro de los seis meses siguientes al despido, según se trate de enfermedad ordinaria o de enfermedad profesional, hay que pagarle también el seguro, pero es que en esta situación se producen, separada y sucesivamente, los dos hechos generadores de cada derecho, o sea, primero un desempleo, y luego la muerte". (página 516).

Tal parece que este caso de excepción fuese el de autos, según se colige del fallo acusado, más no de la acusación incompleta del recurrente, pero por no haberse planteado este importante y fundamental aspecto de la sentencia recurrida en el presente recurso, no habrá lugar a analizarlo con el detenimiento que hubiera deseado la corporación. Pero sí es de destacar que coincide la interpretación del fallador de instancia con la del autorizado comentarista expresado.

De modo, pues, que aun estando probado el cargo en estudio, no podrá casarse la sentencia acusada por subsistir otras bases fundamentales que la sustentan, que no fueron atacadas en casación y que por sí solas servirían para mantenerla en firme.

Se desestima el cargo.

Por 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 proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá que ha sido objeto del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiase, 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.

VIOLACION DE NORMAS PROCEDIMENTALES

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. La primera violación es de medio, pues la verdadera y efectiva es la de la norma laboral sustantiva.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía).

Bogotá, diecisiete de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho.

El Juzgado Cuarto del Trabajo de esta ciudad, desató el litigio promovido por el señor Pablo Rodríguez contra la Empresa de Productos Cerámicos Deltty Ltd. y "Cerámica Deltty", por incumplimiento de un contrato de trabajo, que en sentir del demandante fue terminado unilateralmente por la parte demandada, cuando faltaban cinco meses y medio para vencerse el plazo estipulado para su duración. La sentencia condenó a la empresa demandada al pago de la indemnización reclamada por el demandante por incumplimiento del contrato. Negó el reconocimiento de vacaciones y cesantía, que también había solicitado el actor.

Como hechos fundamentales adujo el demandante los siguientes:

Que celebró un contrato de trabajo con la empresa demandada, el 18 de junio de 1945, con los señores Enrique Gómez Campuzano y Jorge Mejía Ospina, por un término de dos años contados desde el 15 de abril del mismo año; que su remuneración fue de doscientos pesos mensuales (\$ 200.00); que el gerente de la sociedad demandada, en carta de septiembre de 1946, manifestó al actor que la empresa le cancelaría su contrato, por liquidación de la misma; que el 28 de octubre siguiente le comunicó que quedaba cesante desde el 1º de

noviembre del mismo año, por necesitar la empresa prepararse para producción en grande escala; que, en efecto, quedó cesante desde el 15 de noviembre, habiendo recibido el valor de la primera quincena de dicho mes. Agregó que había recibido de la parte demandada la suma de quinientos sesenta y dos pesos (\$ 562.00) por valor de las prestaciones, incluyendo la primera quincena de noviembre.

Proferida la sentencia de primer grado, la parte demandada interpuso el recurso de apelación para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, entidad que, con fecha 20 de octubre del año pasado confirmó en todas sus partes la providencia recurrida.

Contra esta decisión del Tribunal se interpuso el recurso de casación, y como ya se ha tramitado en forma legal, es el momento de decidirlo, lo cual va a hacerse, mediante el examen de la demanda presentada por el recurrente.

EL RECURSO

El demandante en este recurso ha formulado varios cargos contra la sentencia del Tribunal; pero lo ha hecho sin sujetarse a las prescripciones del artículo 531 del C. J., que en forma terminante expresa que la demanda de casación debe contener, fuera de la relación de los hechos, el señalamiento de la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, con indicación clara y precisa de los fundamentos de ella y con la citación de los textos legales que el recurrente considere infringidos. Como podrá verse, en seguida, la demanda se resiente de falta de técnica, pues no dice qué causales invoca, dejando a la interpretación del Tribunal Supremo esta parte esencial que debió contemplarse en la demanda.

PRIMER CARGO

“El Tribunal erró al no haber apreciado el recibo que obra al folio 15 del cuaderno primero, conforme al cual el demandante declaró expresamente a las empresas demandadas a paz y salvo para con él, **por todo concepto**. Tan evidente es ello que sí dio probado el pago de ciertas prestaciones que se indicaban en dicho recibo y para nada tuvo en cuenta una manifestación que destruía la acción del señor Pablo Rodríguez contra las empresas condenadas en el fallo recurrido. En ese recibo el demandante no protocolizó la renuncia a ningún derecho irrenunciable, ni se estableció que le correspondiera una suma mayor por concepto de prestaciones sociales, para que se pudiera pen-

sar que, pese a su manifestación se le estaba debiendo más de lo que se le pagó.

“Al incurrir el Tribunal en ese error de no apreciar la prueba en cuestión violó el artículo 593 del C. J. por infracción directa, al dejar de aplicarlo al presente caso y haber, por ende, conformado su fallo a la prueba exhibida por la defensa (las empresas demandadas) y demostrada de manera plena y completa en los autos.

“Violó igualmente el artículo 637 por aplicación indebida, ya que dejó de aplicar a un hecho claramente demostrado para la defensa de las compañías condenadas por él, esta disposición, conforme a la cual, ese recibo, firmado por el actor señor Pablo Rodríguez, implica una confesión de que la entidad demandada estaba a paz y salvo para con él, por todo concepto; no habiendo pues, lugar a que prosperara la acción instaurada.

“Violó también el artículo 645 del C. J. al desconocer como lo hizo, el reconocimiento de un documento privado, que obró en autos, que fue decretado como prueba y que no fue redargüido de falso, dejando de aplicar esa norma a un hecho probadamente existente cual era el recibo de paz y salvo suscrito por Pablo Rodríguez.

“Al violar esas disposiciones, el fallo tenía que ser ciertamente condenatorio, pues si bien, parecía haberse violado el contrato con las afirmaciones del actor, no se tuvo en cuenta lo expresado en contrario por éste, y que consta en el recibo en cuestión.”

Como puede observarse, son tres las disposiciones que este cargo señala como violadas; una de ellas, la del artículo 593 del C. J. por infracción directa, otra la del 637 de la misma obra, por aplicación indebida, y la del 645 también del C. J., no se sabe por qué concepto. Como es obvio, en este cargo se han agrupado varios conceptos de violación legal, que han debido formularse separadamente. Por vía de amplitud se le examina.

El artículo 593 del C. J. determina que toda decisión, 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 de los medios probatorios especificados en el Título respectivo del Código.

Dice el recurrente que esta disposición se infringió directamente, por no haberse aplicado al caso en estudio.

El 637 expresa que los documentos privados que contengan obligaciones a cargo de los otorgantes o de sus sucesores tienen la fuerza de confesión judicial acerca de sus estipulaciones, cuando hayan sido extendidos y reconocidos por las personas que deben cumplirlas.

Por último, el 645 dice que un documento privado se tiene por

reconocido cuando habiendo obrado en autos, con conocimiento de la parte obligada o de su apoderado, no ha sido objetado o redarguido de falso para que la parte que lo presenta pruebe su legitimidad.

Estas disposiciones del Código Procesal Civil, por sí solas no pueden ser objeto de un recurso de casación; mucho menos en la casación del trabajo, porque, como es sabido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 75 de 1945, los jueces del trabajo no están sometidos estrictamente a la tarifa legal de pruebas y forman su convencimiento con entera libertad. Solamente en el caso de que su apreciación sea ostensiblemente equivocada, en forma tal que conduzca a un error de hecho o de derecho, del cual se origine una violación legal sustantiva, puede entrar a examinarse y a rectificarse la apreciación del inferior. Pero es necesario que el error en la apreciación de la prueba, aparezca de modo manifiesto en los autos.

Por otra parte, para que prospere un cargo basado en estas disposiciones referentes a pruebas, es preciso relacionarlo con alguna disposición del C. Civil o, en este caso, con las que en cuestiones del trabajo señalan los derechos y obligaciones de las personas.

Por este aspecto resulta incompleta la formulación del cargo, pues no se cita disposición sustantiva alguna violada, por intermedio de las que el recurrente enumera, en materia de pruebas.

A este respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

“Las disposiciones del Código Judicial que tienen por sí el carácter de sustantivas, como las referentes a pruebas, 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, o no tuvo operancia 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 una 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.”

Por otra parte, en este cargo, el recurrente acusa por error en la apreciación de una prueba, pero no dice si de hecho o de derecho ese error —solamente al hablar en general de los cargos habla de error de hecho y de derecho— y en seguida dice que hubo infracción directa del artículo 593 del C. J. y aplicación indebida del 637. Por lo que resulta ciertamente equivocada la formulación de los cargos,

pues la violación de la ley al través de una falsa o errada apreciación de una prueba conduce a la infracción indirecta de ella; deficiencia esta de la demanda del recurrente, que no permite un examen acertado de esos cargos.

Pero aun suponiendo que el error de que se acusa al fallo del Tribunal Seccional fuese de hecho y, además, que estuviese probado, la demanda de casación no podría producir la infirmación de aquél, porque como condena a pagar salarios, ha debido, para que la acusación concluyese y no se quedase en mitad de camino, señalar como violada una norma expresa de la legislación del trabajo sobre el particular. Es decir, como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia y lo ha dicho en otra oportunidad este Tribunal Supremo, las disposiciones del Código Judicial sobre pruebas pueden dar lugar a fundar el recurso de casación como medio por el cual se llegue a la infracción de una disposición sustantiva, en este caso de la legislación del Trabajo. Y el recurrente en ninguna parte de su demanda de casación acusa el fallo del Tribunal Seccional por infracción de ninguna norma sustantiva de la legislación laboral, y sabido es que el objeto de este medio de impugnación extraordinario es precisamente el de unificar la jurisprudencia sobre ese particular. De modo que si no se indica como violada una disposición del trabajo, el recurso es incompleto, no ataca en la parte resolutive el fallo recurrido y no da margen a unificar la jurisprudencia laboral, es decir, a cumplir con el primordial deber de esta corporación.

En sentencia proferida con fecha 23 de julio del año pasado se dijo lo siguiente:

"...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." (Juicio de Rafael Villalobos contra Sociedad de Petróleos Ariguani). Se trataba de un caso análogo al que se está examinando, por acusación de violación de disposiciones sobre pruebas.

El artículo 520 del C. J. contempla la modalidad de la infracción legal por errónea apreciación o falta de apreciación de determinada prueba; pero exige que se alegue por el recurrente sobre este punto y que se demuestre que se ha incurrido en error de hecho o de derecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

Nada de esto se tuvo en cuenta al formular la demanda de casa-

ción, porque ni siquiera se expresa en qué consistió el error en que incurrió el Tribunal sentenciador, para poder hallar la incidencia de él en la parte dispositiva del fallo.

Por lo expuesto, el cargo no puede prosperar.

SEGUNDO CARGO

Dice así el cargo:

“Se violó directamente el artículo 1602 del C. C. al no aplicarlo al caso de autos. En efecto, conforme a la citada disposición, “todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Ahora bien, demostrado como está en los autos: a) que Pablo Rodríguez recibió una suma equivalente a una quincena de sueldo que no trabajó, pese a que en ese contrato, como dice bien el Tribunal, no regía el artículo 50 del Decreto 2127, el Tribunal erró al no estimar el recibo de esa suma por parte de Rodríguez, como una aceptación tácita de las razones que tenía la empresa para proponerle su retiro voluntario; pues de lo contrario, en materias contractuales no debe suponerse la idea de liberalidad; b) erró igualmente el Tribunal, y este error patente en los autos, lo llevó a infringir directamente el artículo 1602 del C. C., por abstenerse de aplicarlo, al no tener para nada en cuenta el recibo ya aludido, en el que se manifestaba en forma patente, expresa e indiscutible, la voluntad de Rodríguez de avenirse al retiro que le proponía la empresa, siempre que aceptó el pago de los auxilios a que tenía derecho y declaró a la empresa a paz y salvo para con él, por todo concepto.

“Esos errores hicieron que el Tribunal violara la disposición comentada, que consagra la libertad contractual, que no tiene otras excepciones que el orden público y tratándose de ese caso, la protección de los derechos irrenunciables de los trabajadores. Ahora bien, no siendo irrenunciable por parte de un trabajador el término estipulado en el contrato, pues el artículo 47 del Decreto 2127 establece entre las causales de terminación de un contrato “el mutuo consentimiento” de los contratantes, por motivo, repito, de los errores en que incurrió el Tribunal al no interpretar, ni siquiera examinar las pruebas que acreditan en los autos la voluntad expresa (los declaró a paz y salvó) y la técnica (aceptar el pago de una suma que se estilaba recibir a título de aviso previo de despido) de parte del actor, de aceptar el despido; esto es de convenir amistosamente en la terminación del contrato antes de tiempo.”

Este cargo tiene como base el mismo error alegado en el cargo anterior. Se afirma que en los autos está demostrado que el demandante recibió una quincena de sueldo, que no trabajó, y que el Tribunal erró al no estimar el recibo de esa suma por parte de Rodríguez, como una aceptación tácita de las razones que tenía la empresa para proponerle su retiro; pues no hay por qué suponer liberalidad en la empresa para donarle esa cantidad; que no se tuvo en cuenta el recibo antes mencionado, en el que se manifiesta la voluntad de Rodríguez de dar por terminado el contrato, desde luego que expresó quedar a paz y salvo con la empresa por todo concepto.

Se considera:

Si el recurrente estima que fue mal apreciada o dejó de apreciarse la prueba referente al hecho de haber recibido el demandante el valor de quince días de sueldo, sin haberlos trabajado, debió indicarla en su escrito, pues en él solamente se refiere a un recibo que no existe en los autos. Es posible que se trate de la prueba de confesión hecha en audiencia y entonces resulta mal formulado el cargo, desde el punto de vista de la técnica de casación, ya que de lo que se ocupa es de acreditar un error de hecho, cometido, según el recurrente al través de algunas pruebas, caso en el cual la violación legal sería indirecta.

El Tribunal Supremo comprende el alcance que quiere darle el recurrente a este cargo; pero acontece que una demanda de casación, para que pueda prosperar, debe ceñirse estrictamente a los requisitos que fija el artículo 531 del C. J., esto es, el señalamiento claro y preciso de la causal legal que se invoque, con la citación de las disposiciones que se estimen infringidas y el concepto de la violación. Cuando se alega la violación al través de las pruebas del expediente, es necesario determinarlas en forma clara, pues la casación no es una tercera instancia, como suele creerse muy a menudo, razón por la cual no le es dable a esta superioridad efectuar un examen completo del proceso para destacar las pruebas pertinentes a la demostración de cada hecho. Esa labor incumbe al recurrente; y en el presente caso debe advertirse que la demanda no se acomoda a los expresados requisitos de la ley, pues es el escrito que se viene examinando, más bien, un alegato que una verdadera demanda de casación.

Comprende el Tribunal Supremo que se quiere destacar un hecho en este negocio, para demostrar que hubo acuerdo de voluntades en cuanto a la terminación del contrato de trabajo existente entre las partes: el de haber recibido el trabajador el valor de una quincena de sueldo, sin haber trabajado. Que ese hecho indica, en sentir del

recurrente, que aceptó voluntariamente su retiro de la empresa, y por lo tanto, que no tiene derecho para reclamar el pago de los salarios que hubieran correspondido al tiempo faltante del plazo de duración estipulado en el contrato. Y es por lo menos un indicio vehemente de la intención de las partes resolver una de ellas entregar a la otra, y ésta aceptar, una suma determinada, que no se estaba debiendo. Más, no solamente por cuanto el cargo no se formuló de la manera que la técnica de la casación establece, de modo que permitiera a la corporación el examen de la prueba, que no se ha determinado exactamente, sino por la circunstancia de que el Tribunal sentenciador goza de una amplia autonomía en la apreciación de las que se le sometan, de conformidad con el artículo 3º de la Ley 75 de 1945, tal prueba indiciaria no es suficiente para producir la infirmación del fallo.

Tampoco prospera este cargo.

TERCER CARGO

“Como consecuencia de las omisiones anotadas respecto de la apreciación de ciertas pruebas claramente establecidas en autos, el Tribunal violó igualmente, el artículo 1618 del C. C., pues dadas las pruebas directas e indirectas que no apreció, sobre el retiro voluntario de Rodríguez, infringió directamente la disposición citada por omitir su aplicación y de esa manera, prefirió estarse a los términos del contrato, sin reparar que las partes, merced al ejercicio de su voluntad libre, había acordado terminarlo.

“Dicha infracción, como es obvio, trascendió en el fallo, pues precisamente, al no reparar en la voluntad de las partes, determinó que el contrato se había violado, y por ende, condenó a las empresas demandadas a reparar el desconocimiento que a juicio del Tribunal, éstas habían perpetrado.”

Este cargo se presenta en forma tan lacónica e imprecisa que tampoco puede examinarse en casación. Se refiere a las omisiones anotadas en los cargos anteriores con respecto a **ciertas pruebas**, directas e indirectas.

Debe repetirse que la casación no es una tercera instancia y por tanto no es dable revisar el proceso dentro de este recurso extraordinario de acusación en que se enfrenta la sentencia a la ley, para demostrar su quebrantamiento.

Como, por otra parte, es la misma argumentación presentada en el cargo anterior, tampoco se encuentra fundado éste.

CUARTO CARGO

Dice así:

“Por último, el Tribunal infringió el artículo 12 de la Ley 10 de 1934, por interpretación errónea, pues estimó que, debiendo a la existencia de un contrato a término fijo, las partes estaban en la obligación de continuarlo hasta su terminación, aunque ambas, de común acuerdo, quisieran darlo por terminado.

“Asimiló este contrato a un acto condición en que las partes, una vez ejecutado éste, libremente, deben atenerse por entero a sus consecuencias. Algo así como un “pequeño matrimonio” entre patrono y trabajador, dedujo el Tribunal de la existencia de ese término fijo.”

Afirma el recurrente que se interpretó erróneamente el artículo 12 de la Ley 10 de 1934, por haberse estimado que debido a la existencia de un contrato a término fijo, debía cumplirse hasta su vencimiento. Que se asimiló dicho contrato a un acto condición en que las partes, una vez ejecutado éste, libremente, deben atenerse por entero a sus consecuencias.

Se observa:

La interpretación errónea de una disposición legal, es la que se refiere a la manera como se entiende su contenido por el fallador, dando lugar a que se estime equivocadamente, esto es, en un sentido distinto al que rectamente indica su tenor literal o su espíritu. Como puede verse, no se está en presencia de ninguna interpretación errada del artículo 12 de la Ley 10 de 1934, porque el Tribunal Seccional no entró a considerarla ni el recurrente indica cómo esa corporación pudo incurrir en una interpretación equivocada de ella, cuando por otra parte tal disposición no se refiere a la cuestión que enuncia el párrafo de la acusación, pues, su contenido únicamente contempla la definición de empleado particular y de patrono, para los efectos de la misma ley, cosa perfectamente ajena a la cuestión debatida. Por otra parte, la acusación por violación del artículo citado no incide sobre la parte resolutive de la sentencia que sólo ha condenado por concepto de salarios.

En cuanto a que se haya asimilado a un acto condición el contrato de trabajo que existió entre las partes, ciertamente no es el caso de entrar a examinar esta apreciación del recurrente, pues la noción que de ese acto administrativo se esboza en el breve párrafo de la demanda no hace pertinente una digresión, así sea somera, sobre el particular.

Por las mismas razones dichas en referencia a los cargos ya examinados, tampoco es viable 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 objeto del presente 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. — Bertha Salazar Velasco, Oficial Mayor.

**ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL CONTRATO DE TRABAJO.
SUBORDINACION. PRESTACION PERSONAL DEL SERVICIO.
PARTICIPACION DEL TRABAJADOR EN LAS UTILIDADES DE
LA EMPRESA. LA PARTICIPACION EN LAS UTILIDADES Y
LAS PERDIDAS ELEMENTO DEL CONTRATO DE SOCIEDAD.
PROTECCION DEL SALARIO. INCOMPATIBILIDAD ENTRE LA
CALIDAD DE SOCIO DE UNA SOCIEDAD DE PERSONAS Y LA
DE EMPLEADO DE LA MISMA**

Los elementos o notas esenciales que, de acuerdo con la doctrina y nuestra legislación, configuran el contrato de trabajo, distinguiéndolo de los demás, son la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación. Los dos primeros son comunes, o se encuentran generalmente en todo servicio de una persona a otra; el último, es especial, sobresaliente y característico de dicho contrato. En forma tal es distintiva del contrato de trabajo la subordinación, que la teoría de este derecho ha considerado unánimemente que donde ella exista, se está en presencia de un contrato de esa naturaleza, siempre que se reúnan, por otra parte, los otros dos elementos, y donde no exista, se trata de uno de derecho común, bien civil o mercantil.

Muchas son las teorías que tratan de explicar el sentido de la subordinación, considerando unas que ella es de orden personal, técnico y económico; de carácter estrictamente jurídico, otras. Pero el Tribunal Supremo, siguiendo las orientaciones de las modernas sobre el particular, que suprimen aquella triple clasificación de personal, técnica y económica, estima que, como las relaciones de patrono y trabajador son de derecho, reguladas por la ley y el contrato, o sea jurídicas, es más adecuado denominar ese vínculo como la subordinación o dependencia jurídica, que consiste en la facultad de impartir órdenes al asalariado, de donde surge para éste, la obligación in-

eludible de someterse a ellas, acatarlas y cumplirlas.

Y como la Ley 6ª de 1945 y su Decreto reglamentario 2127 del mismo año, exigen que la dependencia sea continuada, esto es, prolongada y no instantánea ni simplemente ocasional, como lo expresa el artículo 2º del dicho decreto, debe entenderse que se trata de la permanente posibilidad o facultad del patrono de darle órdenes al trabajador y vigilar su cumplimiento. Mas esto no quiere decir que las órdenes se impartan constantemente, que las instrucciones sean ininterrumpidas, que la vigilancia sea a cada instante; no es un factor que mire al tiempo, sino que por ser la dependencia de orden jurídico, es continuada cuando existe la facultad o posibilidad de mando en cualquier momento de la ejecución del contrato, sin que sea necesario que permanentemente se ejercite ese derecho de dirección.

El elemento prestación personal del servicio se encuentra además del contrato de trabajo, en otros como el de mandato, en sus diversas formas o clases y en el de sociedad, principalmente cuando uno de los socios también trabaja o cuando se trata de socios industriales, de modo que no sirve por sí solo para clasificar un contrato como de determinada naturaleza, lo que hace que sea uno de los problemas más arduos del derecho del trabajo dilucidar o determinar cuándo se está en presencia de una prestación de servicios que configure un contrato o una relación de trabajo.

La participación en los beneficios de una empresa, otorgada al trabajador, es una forma de remuneración, hace parte del salario, considerado éste como la retribución del trabajo, porque esa participación se otorga en atención al servicio que se presta, a diferencia del contrato de sociedad, donde se da como requisito esencial de él, al igual que la participación en las pérdidas de la empresa. Por lo mismo, esta participación en las pérdidas de la empresa excluye la noción de trabajador asalariado y, por lo tanto, la de contrato de trabajo.

En forma unánime la doctrina y las legislaciones que regulan el trabajo humano están de acuerdo en que el salario por su especial carácter

vital, debe recibir una protección frente al patrono y a los acreedores en general, tanto del empleador como del mismo asalariado. Se otorga por la ley en diversas formas, de modo que el salario pueda llenar su noble fin, y así el patrón no podrá deducir, retener o compensar suma alguna que lo rebaje o disminuya.

De manera especial nuestra legislación consagra esa protección en el artículo 27 del Decreto 2127 de 1945, sobre contrato individual de trabajo, cuando prohíbe a los patronos pagar en especie, deducir, retener o compensar suma alguna del monto del salario o de las prestaciones en dinero, sin orden específica suscrita por el trabajador o sin mandamiento judicial, en cada caso.

El problema de si un socio puede ser al tiempo empleado de la sociedad, si son compatibles ambas situaciones, se presenta en el caso de las sociedades de personas, y especialmente cuando se trata del socio industrial, ya que en las de capitales, las anónimas, por ejemplo, un accionista puede ser al mismo tiempo asalariado de la empresa, con todos los derechos y beneficios que otorgan las leyes sociales. Los socios industriales son aquellos que no aportan en especie ni en numerario, en capital o bienes, sino simplemente su industria, su habilidad, sus conocimientos especiales, su trabajo personal. Por eso se denomina su aporte a la sociedad con los nombres de aporte de industria o aportación en industria.

Puede suceder que un llamado socio industrial esté sujeto a las órdenes del socio capitalista, de modo que aparezca clara la facultad de dirección de éste y la obligación de aquél de obedecerle, sin que, por otra parte, responda de pérdidas. En este caso se está en presencia de uno de los requisitos esenciales del contrato de trabajo como es la subordinación, de modo que si por ningún otro aspecto se presenta la configuración característica del contrato de sociedad —como la responsabilidad en pérdidas— puede decirse que se trata de un contrato de trabajo, por razón de esos servicios personales, porque el vínculo de dependencia así lo configura. Pero si en ese contrato surge también uno de los elementos que tipifican el contrato de sociedad, como la participación en los riesgos, no puede afirmarse que sea de trabajo sino de aquella naturaleza.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla).

Bogotá, agosto diez y siete de mil novecientos cuarenta y ocho.

I.—EL LITIGIO

Manuel F. Barcha V., vecino de Quibdó, demandó ante el Juez del Circuito Civil de Cartagena a “Ganem & Cía.”, sociedad colectiva domiciliada en dicha ciudad, representada por el señor Salomón Ganem, de la misma vecindad, para que, previos los trámites de un juicio verbal, fuese condenada a pagarle la cantidad de sesenta mil seiscientos ocho pesos con ocho centavos (\$ 60.608.08) moneda corriente, sus intereses legales y las costas, así:

Primero: Por concepto de horas extras las cantidades que se expresan a continuación:

a) Por seis horas diarias extras nocturnas en días comunes, durante ocho años, treinta y un mil ochocientos ochenta y tres pesos con cincuenta y dos centavos (\$ 31.883.52) moneda corriente;

b) Por tres horas diarias extras nocturnas, en días feriados, durante ocho años, cinco mil cuatrocientos cincuenta y tres pesos con setenta y seis centavos (\$ 5.453.76);

c) Por una hora diaria extra diurna, de días comunes, durante ocho años, tres mil novecientos quince pesos con cincuenta y dos centavos (\$ 3.915.52);

d) Por una hora diaria extra diurna, de días feriados, durante ocho años, mil trescientos cuarenta y un pesos con sesenta centavos (\$ 1.341.60);

e) En subsidio, lo que por horas extras, diurnas y nocturnas, de días comunes y feriados, durante ocho años, se probare en el juicio;

Segundo: Por concepto de doble remuneración de días feriados trabajados durante ocho años y ocho meses, “por un total de cuatrocientos noventa (490) días de descanso” (sic), diez mil doscientos cincuenta y tres pesos con cuarenta centavos (\$ 10.253.40) o, en subsidio, lo que por este motivo se probare en el juicio.

Tercero. Por vacaciones remuneradas no disfrutadas ni pagadas, correspondientes a ocho años de servicios, mil doscientos cuarenta y dos pesos con cuatro centavos (\$ 1.242.04), o, en subsidio, lo que se probare en el juicio.

Cuarto: Por auxilio de cesantía, por haber sido despedido sin justa causa, seis mil quinientos dieciocho pesos con veinticuatro

centavos (\$ 6.518.24) o, en subsidio, lo que se probare en el juicio; y

Quinto: Los intereses legales de la suma a que sea condenada la empresa demandada, desde que se causaron los respectivos derechos hasta el día en que se verifique el pago, y, además, las costas del juicio.

Fundó esas peticiones en los siguientes hechos:

Por medio de un contrato de trabajo firmado ante testigos en Cartagena el 20 de mayo de 1932, se comprometió con la sociedad anónima "Ganem & Cía. S. A.", de dicha ciudad, a administrarle como su empleado la sucursal comercial que tenía o iba a establecer en la ciudad de Quibdó. Desde esa fecha entró a ser su empleado particular con un sueldo fijo de ciento cuarenta pesos (\$ 140.00) más uno variable consistente en una participación del cuarenta y cinco por ciento (45%) de las ganancias líquidas de los negocios de la sucursal. En virtud de ese contrato, el señor Salomón Ganem, obrando como representante legal de la sociedad expresada, le confirió poder al actor para que como su factor pudiese desempeñar las funciones de administrador de la sucursal de Quibdó. El 2 de julio de 1936 pasaron el activo y el pasivo de la sociedad anónima expresada a la sociedad colectiva de comercio "Ganem & Cía.", domiciliada también en Cartagena y representada legalmente por el señor Salomón Ganem. En carta de 9 de julio de 1936 el demandante preguntó al gerente de la nueva sociedad si continuaba prestándole sus servicios de administrador de la sucursal mencionada, lo que aceptó en respuesta de 14 de julio siguiente que prorrogó el contrato de trabajo celebrado con su antecesora. El demandante desempeñó el cargo aludido en forma continua y satisfactoria hasta el 12 de febrero de 1941 en que se liquidaron los negocios de la sucursal por disposición de la sociedad demandada. El promedio de sueldo mensual devengado como remuneración ordinaria durante el lapso en que prestó sus servicios fue de trescientos diez pesos con cincuenta y un centavos (\$ 310.51) moneda corriente. Durante todo el tiempo que rigió el contrato de trabajo prestó sus servicios en las siguientes horas extras: en días comunes, hasta las siete de la noche, una hora diariamente y después de las siete de la noche, seis horas diarias; en días feriados, hasta las siete de la noche una hora diaria y desde la siete de la noche en adelante, tres horas diarias. En el mismo tiempo prestó sus servicios durante cuatrocientos noventa (490) domingos y días feriados en jornada de trabajo ordinario. Jamás disfrutó de vacaciones remuneradas, ni se le compensaron en dinero. Al liquidar la sociedad el 12 de febrero de 1941 los negocios de la sucursal de Quibdó, lo dejó ce-

sante en su cargo de Administrador de ella sin que por ese hecho le pagara suma alguna, por los conceptos de cesantía, horas extras, doble remuneración de días de descanso ni vacaciones. Y, no obstante que le ha reclamado a la sociedad demandada el pago de esos salarios y prestaciones, no ha podido conseguir que lo efectúe, como es lo legal y justo.

La compañía demandada contestó el libelo del actor, en la primera audiencia, en una extensa exposición de su apoderado, que se resume así: Principió alegando la prescripción de la acción incoada por el demandante "desde el punto de vista en que se considera el caso propuesto por el señor Barcha" y, luego, entró, "como cosa subsidiaria", a referirse a los hechos de la demanda, en la forma que se sintetiza a continuación:

Dijo que era cierto que entre la extinguida sociedad "Ganem & Cía. S. A." y el demandante se había celebrado el 20 de mayo de 1932 un contrato para la administración de los negocios de la sucursal de dicha compañía en Quibdó, pero que el señor Barcha no era empleado porque no se estableció el vínculo de subordinación o dependencia. Que la cláusula segunda de ese contrato obligaba al actor a soportar una tercera parte de las pérdidas que dejara la administración y no es concebible jurídica, ni legal, ni comercialmente que un mero empleado entre en pérdidas, por lo cual se trataba de una especie de compañía privada y un negocio de cuentas en participación, a la manera del que define el artículo 629 del C. de Comercio Terrestre. Lo mismo dice de la cláusula cuarta, que trata de la proporción en que debían partirse las utilidades y las pérdidas. Que el contrato, de fecha 20 de mayo de 1932, fue prorrogado apenas por dos años más de los dos pactados, en virtud de la cláusula final, por lo cual expiró el 20 de mayo de 1936, antes de formarse la sociedad demandada, que se constituyó dos meses después de esa última fecha. Que ha debido formarse un nuevo contrato con la nueva sociedad, lo que no se hizo, por lo cual, con un simple cruce de cartas no se podía dar continuidad a un contrato ya fenecido. Niega que Barcha hubiese entrado a servir con sueldo fijo de ciento cuarenta pesos a la sociedad anónima, porque el contrato ya aludido no sirve para demostrar que se pagaba uno y menos de esa cantidad, sino que le asignaba la de ciento veinte pesos para sus gastos particulares y esto no es sueldo ni es lo mismo que un sueldo, pues sería irrito que lo que se destina o asigna para dichos gastos se le fuera a computar al demandante entre las pérdidas. Negó que se le hubiera dado poder a Barcha para cumplir como factor sus obligaciones, pero a renglón

seguido dice que ese poder es el que menciona la escritura pública número 2 de 21 de mayo de 1932, y que fue violado por el actor. También negó que la nueva sociedad colectiva se hubiese hecho cargo del activo y el pasivo de la anónima, porque la escritura número 370 de 2 de julio de 1936 de la Notaría Segunda de Cartagena no dice nada sobre el particular. Dijo que no es cierto que Barcha hubiese desempeñado su mandato en forma satisfactoria para sus mandantes, pues, por el contrario, éstos le revocaron el poder por medio de la escritura pública número 181 de junio 26 de 1940 de la Notaría 3ª de Cartagena, que fue cuando concluyó definitivamente toda vinculación contractual entre el demandante y los demandados, por diversas violaciones de las instrucciones que recibió como factor y mandatario. Y que si acaso fue empleado, dejó de serlo desde el 26 de junio de 1940, y que si fue despedido, había razones más que suficientes para hacerlo en caso de que hubiese sido empleado y no un copartícipe de la sociedad. Negó que Barcha hubiese recibido como sueldo mensual un promedio de \$ 310.51 durante el lapso de sus servicios. También negó que hubiese trabajado horas extras; pues según las cuentas del actor no tenía momento de descanso ni aun para dormir, fuera de que la acción para cobrarlas se extinguió por prescripción de dos años. Igual prescripción alegó respecto de las acciones sobre vacaciones y trabajo en domingos, y, acerca de esta última, alegó que en el Chocó no se ha permitido ni se permite el trabajo en dichos días. También negó que el actor hubiese prestado servicios en días feriados. Agregó que no es cierto que el 12 de febrero de 1941 se hubiera dejado cesante al señor Barcha porque desde el 26 de junio de 1940 se le había revocado el poder y que de esta última fecha en adelante sus funciones fueron las de un agente oficioso, que no se rigen por los principios jurídicos de la relación de subordinación o dependencia entre patrón y empleado sino por los que consagran los artículos 2304, 2305 y 2306 del Código Civil. Y, finalmente, manifestó que no era cierto que el actor hubiese reclamado a los demandados el pago de prestaciones, ni tampoco tenía derecho a ellas, por lo cual no las solicitó.

El Juzgado del Trabajo de Cartagena, al que pasó el juicio, condenó a la compañía demandada a pagarle al demandante la suma de tres mil quinientos un pesos con setenta centavos (\$ 3.501.70) moneada legal por cuatro años de vacaciones no disfrutadas, y auxilio de cesantía durante ocho años, ocho meses y veintidós días que trabajó a órdenes de esa sociedad, y la absolvió de los demás cargos de la demanda, por no estar obligada a pagar las sumas de que ellos tratan.

Apelado el fallo por ambas partes, el Tribunal Seccional del Trabajo de Cartagena resolvió por medio del suyo revocar aquél y absolver a la compañía demandada de todos los cargos del libelo inicial, por falta de derecho para pedir por no haber existido entre las partes un contrato de trabajo.

Interpuso contra ésta última sentencia el recurso de casación el apoderado del actor y como fue fundado en tiempo pasa a decidirse.

II.—LA SENTENCIA ACUSADA

El Tribunal de Cartagena principia analizando las pruebas para dejar establecidos los hechos constitutivos de las situaciones jurídicas que va a estudiar en su fallo. Y llega a la conclusión de que están probados los siguientes hechos:

1º—La existencia de la sociedad “Ganem & Co. S. A.”, que entró a formar parte de la sociedad colectiva “Ganam & Co.” el 2 de julio de 1936 y fue liquidada posteriormente, fusionándose con la segunda. 2º La existencia de la sociedad colectiva “Ganem & Co.”, cuyos administradores con uso de la razón social son la señora Olga de Ganem y los señores Salón y Elías Ganem. 3º Que entre la sociedad anónima expresada y Manuel F. Barcha se celebró un contrato el día 20 de mayo de 1932, que fue prorrogado por las partes y luego aceptado por la sociedad colectiva mencionada, por carta comercial de 14 de julio de 1936. 4º Que Barcha estuvo ligado a esas compañías desde el 20 de mayo de 1932 hasta el 12 de febrero de 1941, fecha en la cual se liquidó la sucursal de Quibdó. 5º Que durante dicho lapso obtuvo una remuneración o ganancia el señor Barcha de \$ 71.405.26 entre la partida fija para sus gastos que autorizaba el contrato y las entradas eventuales del 45% de las utilidades líquidas del negocio, previstas en la misma convención. La descomposición de ese dato global puede verse, agrega el Tribunal Seccional, del dictamen pericial del folio 114 y siguientes del cuaderno principal. 6º Que sólo en 1936 vino a observarse en Quibdó el descanso dominical, acostumbrándose después que patronos y trabajadores convinieran en que se trabajase el domingo por ser mercado y el resto de la semana de poco o ningún movimiento. 7º Que Barcha trabajaba los domingos y fuera de la jornada legal un tiempo que no precisan los testigos, y 8º Que las sociedades arriba expresadas no han pagado al demandante prestaciones sociales por considerar que no están obligadas a hacerlo.

A continuación, y bajo el título “La cuestión fundamental”, el fallador entra a estudiar el que llama “problema medular del nego-

cio" y que no es otro que la clasificación del contrato celebrado entre las partes, la elucidación de si es contrato de trabajo o una conveni- ción mercantil. Pues, agrega, si es de aquella naturaleza, deben con- siderarse las solicitudes de la demanda y si es de carácter comercial, esas peticiones carecerían de fundamento jurídico aun cuando los he- chos en que se basan estuviesen probados.

Luégo analiza las definiciones de contrato de trabajo de la Ley 6ª de 1945 y su decreto reglamentario número 2127 del mismo año, destaca los tres elementos que según ellas lo constituyen, a saber: la actividad personal del trabajador, la dependencia de éste respecto del patrono y el salario, y agrega que esa dependencia se presenta de tres maneras: a) la obligación de atender las órdenes sobre la ma- nera de realizar el trabajo; b) la vigilancia sobre el desempeño de las tareas encomendadas; y c) de carácter económico en cuanto re- cibe del patrono el salario convenido y sólo ese, así sea fluctuante.

Después dice que la figura jurídica contrato de trabajo se ha formado a expensas de otras del derecho civil como el arrendamien- to de servicios y del comercial como el mandato en sus tres especies de comisión, preposición y correduría, a las cuales se han agregado otros elementos en su transformación como los de continuidad del servicio y estabilidad en el puesto.

De acuerdo con esa exposición analiza el contrato celebrado en- tre las partes el 20 de mayo de 1932 y encuentra algunas cláusulas que podrían configurarlo como de trabajo y son las siguientes: 1ª, 3ª, 6ª, 9ª, 10ª 12ª. Pero, al propio tiempo, expone que en esas mismas hay algo que desvirtúa fundamentalmente la dependencia; tanto en la dirección como en lo económico, y que en otras de las cláusulas res- tantes, 2ª, 4ª, 5ª, 13ª y 14ª constan estipulaciones de las que resultan para los contratantes facultades y situaciones especiales que deli- nean un vínculo distinto al de un contrato de trabajo.

Respecto de las cláusulas del primer grupo dice que "prima facie la existencia de estipulaciones como las transcritas configurarían un contrato de trabajo, pues hay convenio sobre prestación de un ser- vicio personal: administrar una sucursal de "Ganem & Co. S. A." en Quibdó, bajo la aparente dependencia continuada de "Ganem & Co. S. A." y por una remuneración". Y después de transcribir las del se- gundo grupo, las va analizando una por una, para destacar la facul- tad de Barcha para escoger, de común acuerdo con Ganem, los co- laboradores y fijarles su remuneración, lo que el fallador considera como una potestad que es exclusiva de los patronos. Luégo comenta la cláusula cuarta, sobre distribución entre los contratantes de las

utilidades líquidas o las pérdidas, lo que para el Tribunal Seccional constituye un elemento ajeno a la esencia del contrato de trabajo, pues un trabajador no puede, sin dejar de serlo, asumir el riesgo de pérdidas del giro de la empresa en donde labora, porque en tal caso se convertiría en empresario. El trabajador, agrega, debe prestar un servicio personal y sólo eso, y la única responsabilidad que puede exigírsele, de acuerdo con la esencia y la naturaleza del contrato de trabajo, es la de verificar las tareas convenidas en las condiciones estipuladas pero no que corra con la contingencia de pérdidas de sus haberes particulares, si su patrón verifica negociaciones ruinosas. Y concluye sobre el particular: "Cuando las partes decidieron exponerse ambas a las eventualidades anejas a toda explotación económica que tiene dos posibilidades: el triunfo o lucro y el fracaso o pérdida, se asociaron, se hicieron copartícipes en el negocio. Ya no hubo subordinación económica sino equiparación en el mutuo interés de ganar, en el interés de lucro de la empresa."

Después reconoce que una aspiración del proletariado en su lucha por la redención económica es participar en los beneficios de las empresas en donde prestan su aporte de trabajo, y que cuando así sucede se tiene una dualidad de vínculos, entre la industria y sus servidores, que consiste en estar ligados por un lado por un contrato de trabajo y por otro lado como copropietarios o asociados, de modo que cada uno de estos nexos daría a las partes los derechos y las obligaciones propias de ellos, independientemente el uno del otro.

Para el fallador existe un indicio grave, casi vehemente, de que se trataba en el caso de autos de un contrato distinto al de trabajo, y en virtud del cual se asociaban ambos litigantes para comerciar por cuenta y riesgos mutuos, y es el de "la ingente cuantía" de la participación que le correspondía a Barcha de las utilidades líquidas del negocio y como fruto de su actividad, o sea, un cuarenta y cinco por ciento (45%) y, en cambio, para Ganem un cuarenta por ciento (40%) pues el quince (15%) restante era para los otros colaboradores, lo que para el Tribunal Seccional "está indicando que no era empleado sino un copartícipe o socio en el negocio". Y agrega: "De aceptar la estimación que hace Barcha en su demanda de haber sido un empleado tendríamos (sic) el singularísimo caso de que un solo trabajador de una empresa, un factor, ganara de las utilidades líquidas por concepto de sueldo más que la empresa, que lo era un almacén de comercio. Las doctrinas más avanzadas sobre equidad en la valoración y retribución del trabajo dentro de la producción quedarían rezagadas ante esta forma de remuneración. Hablando en ci-

fras, que son siempre más dicientes, esa cláusula le valió a Barcha una ganancia de \$ 71.405.26, de 6 de junio de 1932 a 12 de febrero de 1941, según reza el dictamen de la inspección ocular sobre los libros”.

También encuentra el sentenciador una estipulación que “sólo es propia de la sociedad” y es aquella por virtud de la cual la participación de Barcha y otros colaboradores no podía ser retirada en su totalidad, sino el veinticinco por ciento (25%) en cada balance y el saldo al liquidarse el negocio. Para el Tribunal de Cartagena “esto no es posible en contrato de trabajo, porque equivale a retención del salario y aplicación de él por el empleador para su mayor beneficio en la explotación de la empresa”. Lo que “denota a las claras que se trataba de una sociedad entre Barcha y Ganem y Co. S. A., en la que parte de las ganancias de Barcha quedaban para ser convertidas en capital que a la vez produjera mayor ganancia, ciclo en el cual se beneficiaban ambas partes”.

Luégo analiza otras cláusulas y las declaraciones contenidas en la escritura pública número 68 de 12 de febrero de 1941, otorgada en la Notaría 2ª de Cartagena, sobre liquidación de la sucursal de Quibdó, que vienen a reforzar la convicción del sentenciador de instancia de que no estaba en presencia de un contrato de trabajo sino de uno de índole comercial. Asimismo estudia los poderes conferidos por Ganem a Barcha y dice que el mandato allí contenido era un contrato de medio para realizar una de las cláusulas del contrato principal.

Finalmente, transcribe las disposiciones del Código de Comercio Terrestre sobre contrato de cuentas en participación y manifiesta dudas acerca de dos aspectos del contrato de autos que no viene a configurar uno de aquella naturaleza, y son los de que si el gestor Barcha era reputado en realidad como único dueño del negocio y si las operaciones mercantiles las ejecutaba en su solo nombre y bajo su crédito personal. Y añade que si no fuese así, “estaríamos (sic) en presencia de una sociedad comercial irregular en el sentido legal por no haberse constituido por medio de escritura pública”. Y que si así no fuese, sería uno de “los llamados por la jurisprudencia y los expositores contratos innominados”. Pero, en todo caso, “nunca un contrato de trabajo”.

III.—EL RECURSO

En una muy razonada demanda de casación de 23 páginas, el apoderado del recurrente Barcha, doctor Adán Arriaga Andrade, sustenta el recurso. Y en un alegato, muy importante también de 43

páginas formula su oposición el apoderado de la compañía, doctor Carlos de Mendoza.

El Tribunal Supremo ha considerado detenidamente ambos escritos y pasa a resolver acerca de ellos, siguiendo, como es lo legal en esta clase de recursos; el derrotero trazado por la demanda que sus tenta la casación.

Varios cargos se formulan en esa demanda, que se estudiarán en el mismo orden en que aparecen propuestos.

PRIMER CARGO

Invoca la primera causal de casación, de violación de la ley sustantiva y concretamente por infracción directa. Y lo plantea de la siguiente manera:

“Acuso el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Cartagena, el 16 de junio del presente año, en el juicio de Manuel F. Barcha contra Ganem & Co., de infracción directa por falta de aplicación al hecho debidamente comprobado que ellas regulan, de las siguientes proposiciones jurídicas completas: artículo 12 de la Ley 10 de 1934, que define el contrato de trabajo de los empleados particulares; artículo 1º del Decreto 652 de 1935, que desarrolla la misma definición; artículos 1º de la Ley 6ª de 1945 y 1º, 2º y 3º, del Decreto 2127 de 1945, que aclaran y completan el concepto de contrato de trabajo; artículo 435 del Código de Comercio que define la preposición; artículos 436, 437, 444, 445, 453 y 454 del mismo Código, sobre funciones y prohibiciones de los factores de comercio; párrafo del artículo 23 del Decreto 652 de 1935 que declara empleados particulares a los factores de comercio; artículo 14 de la Ley 10 de 1934 sobre vacaciones remuneradas y auxilio de cesantía para empleados particulares; artículo 18 del Decreto 652 de 1935 sobre vacaciones de los mismos; artículos 24 y 25 de dicho Decreto 652 sobre auxilio de cesantía e incorporación de las remuneraciones eventuales para su liquidación; artículos 1º y 5º de la Ley 57 de 1926, y 1º de la 72 de 1931, sobre descanso dominical y remuneración por trabajo en domingos; artículos 4º, 8º y 9º del Decreto 1278 de 1931, reglamentarios de la misma cuestión; artículos 1º y 2º de la Ley 38 de 1937, 1º de la Ley 50 de 1938, y 1º de la Ley 35 de 1939, sobre descanso remunerado o sobrerremuneración del trabajo en días festivos nacionales. A tal infracción llegó el sentenciador como consecuencia del evidente error de hecho en que incurrió por apreciación equivocada de determinadas pruebas y por falta de apreciación de otras como paso a demostrarlo, no sin antes decir concretamente que las pruebas

erróneamente apreciadas son las cláusulas segunda, cuarta y sexta del contrato Barcha-Ganem de 20 de mayo de 1932, y las dejadas de apreciar son la de confesión implícita en la contestación de la demanda, las escrituras públicas números 2, de 21 de mayo de 1932, de la Notaría 3ª de Cartagena, 489, de 20 de agosto de 1936, de la Notaría 2ª del mismo Circuito y 181, de 26 de junio de 1940, de la Notaría 3ª ya citada, las declaraciones de los señores José Zaher, Epifanio Alvarez, José Matías Alvarez, Jorge E. Díaz, Alcibíades Garcés y Julio Figueroa, la diligencia de inspección ocular practicada en Quibdó el 9 de noviembre de 1945, el dictamen pericial que obra a folios 114 a 117 del cuaderno primero del expediente, y las cartas de Ganem para Barcha, de julio 14 de 1936, mayo 29 de 1940, junio 26 de 1940 y julio 10 de 1940, y de Barcha para Ganem, de julio 9 de 1936, y mayo 31 de 1940, todas las cuales figuran a folios 1 a 14 del cuaderno segundo (pruebas) del expediente."

A continuación y bajo el título "demostración del cargo", se extiende en distintas consideraciones para acreditar que se reunieron en el contrato entre los litigantes los tres elementos que configuran el de trabajo, la actividad personal, la continuada dependencia y la remuneración, para entrar luego a exponer, "por qué suerte de inducciones y deducciones equivocadas incurrió el sentenciador en el evidente **error de hecho** que he acusado, por mala apreciación de las cláusulas 2ª, 4ª y 6ª del mismo contrato Barcha-Ganem de 1932".

Refiriéndose a la **cláusula segunda** y a la interpretación que le dio el fallador, dice el recurrente que las locuciones reflejas "se han nombrado colaboradores", "se procederá a nombrarles reemplazos y a fijarles remuneración", etc., no significan forzosamente, como quiso entenderlo el Tribunal, que son **ambas partes** las que han ejecutado o han de ejecutar esos actos. Que iguales formas verbales emplean otras cláusulas y que siendo la sucursal de "Ganem & Co." es más racional entender que el propietario fue quien nombró los empleados y les fijó las remuneraciones. También dice que la atribución de nombrar subalternos y señalarles sus asignaciones es delegable, como lo admite el sentenciador, y que en el caso de Barcha no se trata de delegación sino de concurrencia de voluntades entre empresario y factor.

Con relación a la **cláusula cuarta**, sobre la manera de repartir las utilidades o las pérdidas, dice que su mala interpretación por parte del Tribunal de Cartagena lo hizo formular tres reparos que lo condujeron a negar la **subordinación económica** de Barcha y, por tanto a desconocerle la calidad de contrato de trabajo al que celebró en 1932, así: a) la participación en las pérdidas; b) la excesiva cuantía

de la participación de las utilidades; y c) la retención de dichas utilidades. Y pasa a estudiar en su demanda de casación esos tres aspectos de dicha cláusula en su orden, en la forma que se resume en seguida.

a) **La participación de las pérdidas.** Para el recurrente la tesis del Tribunal de instancia de que “un trabajador no puede, **sin dejar de serlo** para convertirse en empresario, pagar de su peculio las pérdidas que su patrono experimente en la actividad económica que ejerza”, carece de apoyo en la legislación vigente. La ley colombiana, expone, requiere que haya **salario** y en el caso de Barcha lo hubo en forma de un sueldo fijo mensual (cláusula 3ª). Y sí, **además del salario fijo**, las partes resuelven estipular una participación en las ganancias y las pérdidas eventuales, libres son de hacerlo, agrega el recurrente, pues la autonomía de la voluntad para contratar ha sido limitada pero no eliminada por las leyes laborales. Además, dice que son cuatro los requisitos que exige la ley para la validez jurídica de los actos de voluntad, capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos, y que, aunque no es aconsejable que los trabajadores participen en las pérdidas de la empresa en donde laboran, esa estipulación es válida porque no está prohibida por la ley, ni desvirtúa la esencia del contrato de trabajo. Y, por último afirma que “la simple **aleas** puede estimarse como salario” y da el ejemplo del mozo de café o restaurante que se contrata por las propinas únicamente de la eventual clientela, sin recibir nada del empresario, por lo cual juega sus proventos a la mayor o menor afluencia de parroquianos y está participando en las pérdidas y las ganancias del establecimiento, y, no obstante, es un trabajador asalariado sin duda alguna.

b) **Cuantía excesiva de la participación.** Acerca de lo afirmado por el Tribunal Seccional en relación con el indicio grave, casi vehementemente, que encontró en la estipulación del cuarenta y cinco por ciento (45%) de las utilidades líquidas para Barcha y sólo un cuarenta por ciento (40%) para Ganem, el recurrente expresa que olvidó el fallador que en la misma proporción; es decir, más que la empresa, participaba el factor en las pérdidas eventuales del negocio, lo que demuestra la errónea interpretación de esta cláusula cuarta.

Pero también considera este aspecto de esa cláusula en relación con la sexta del mismo contrato, que asimismo acusa por errónea apreciación, pues dice que el fallador no examinó cómo se deducían esas utilidades líquidas. Manifiesta que como el negocio de Ganem en Cartagena era de compra y venta de mercancías, que eran dueños de almacenes en dicha ciudad y grandes importadores y **vendedores**

mayoritarios, la cláusula sexta del contrato de 1932 que obligaba a efectuar todas las compras o pedidos de mercancías de la sucursal de Quibdó por intermedio de la oficina de Cartagena, que fijaba como precios de factura aquellos que rigieran en esta última ciudad para ventas al por mayor, y que estipulaba una tarifa especial para los fletes causados en los vapores de la "Empresa de Navegación Fluvial" para la sucursal de Quibdó, aunque no se fija allí mismo, pero que en todo caso serían inferiores a los que se cobraran a otros comerciantes de esta plaza, estaba indicando nada menos que Ganem vendía o cargaba a su sucursal de Quibdó sus propias mercancías **al mismo precio a que las vendía en Cartagena** a su clientela local, precio que ya entrañaba una utilidad normal de comerciante vendedor, o sea la utilidad de Ganem & Co. A quien le asegurara ese mercado de Quibdó, dice el recurrente, en esas condiciones, podía otorgarle Ganem el 100% de las "utilidades líquidas", pues aun sin recibir nada por concepto de ganancias de esa sucursal, ya las recibía por concepto de las utilidades en los precios de venta para Cartagena. Y si a esto se agrega, expresa el mandatario de Barcha, que Ganem & Co. **eran los propietarios** de la única línea de vapores entre Cartagena y Quibdó, y la sucursal pagaba "fletes" por transporte en esos barcos aun con "tarifa especial" o "inferior a la que se cobrara a otros comerciantes de aquella plaza", iba envuelta la utilidad de que viven todas las empresas de navegación. Y si en lugar de ceder el 100% de esas utilidades líquidas, encontró quién se contentara con el 45% y más aún, quién participara en las pérdidas eventuales, no es el caso de compadecer a esa sociedad, como lo hace el sentenciador, por haber celebrado un contrato verdaderamente leonino.

c) **La retención de las utilidades.**

La estimación del sentenciador de que la estipulación de la cláusula cuarta que sólo permitía retirar a Barcha el 25% de sus utilidades líquidas en cada balance y el resto al liquidarse el negocio, equivale a retención de salario, la estima errada el recurrente porque como el factor era partícipe no sólo de las utilidades sino de las pérdidas, apenas al liquidarse el contrato podría saberse si, en definitiva, hubo o no utilidades por repartir. Por lo tanto, para el apoderado del señor Barcha en el recurso, ese 75% restante de las utilidades de cada semestre venía a constituir una especie de fondo de garantía para atender, **sin afectar el peculio o el sueldo fijo mensual del empleado**, cualquier pérdida futura. Y, además, si fuera retención de salario, que no lo es para el recurrente, sólo sería nula en cuanto la retención pactada exceda de la cuota máxima embargable permitida por la ley, o sea la tercera parte del salario en la época

en que se celebró el contrato Barcha-Ganem, y la quinta parte del mismo, a partir del 24 de diciembre de 1941 en que entró a regir la Ley 165 de dicho año.

Acto seguido, el cargo continúa analizando las pruebas que se dejaron de apreciar.

La primera de esas no estimada que señala el recurrente es la de confesión implícita que aparece en la contestación de la demanda, que explica así: en la audiencia de 19 de junio de 1945 el apoderado del demandado alegó la prescripción de la acción por salarios y sólo "como cosa subsidiaria" entró a referirse a los hechos de la demanda. Y que como quien alega como argumento principal que está prescrita una acción, emanada de las leyes de trabajo, está confesando que se trata de una relación jurídica cobijada por la norma legal específica, sobre contrato laboral, al no apreciar esa confesión el fallador violó los artículos 603 y 607 del C. Judicial que ordenan estimarla.

A continuación hace algunas consideraciones acerca de esa prescripción.

La segunda de las pruebas no apreciadas por el sentenciador es la que emana de las escrituras públicas números 2 de 21 de mayo de 1932 de la Notaría 3ª de Cartagena; 469 de 20 de agosto de 1936, de la Notaría 2ª del mismo Circuito; y 181 de 26 de junio de 1940 de la Notaría 3ª de la misma ciudad, todas otorgadas con posterioridad al contrato de 20 de mayo de 1932 que sirve al Tribunal Seccional para fundar todos sus argumentos. En la primera de ellas, otorgada el día siguiente de este último contrato, se le da carácter de **factor** al señor Barcha por la sociedad anónima Ganem & Co. S. A., a pesar de todas las estipulaciones del convenio del día anterior. En la segunda escritura, de 1936, se repiten las mismas estipulaciones de la escritura anterior, después de cuatro años de funcionamiento de la sucursal y de aplicación del primitivo contrato. Y en la tercera se declara nuevamente que la sucursal de Quibdó pertenece exclusivamente a "Ganem & Co.", que el contrato de 1932 ha venido siendo prorrogado por acuerdo entre Barcha y la nueva sociedad y se reitera la calidad de **factor** de aquél y de mandatario revocable, sin dejar asidero para que él se estimara copropietario, codirector ni copartícipe. Y concluye el recurrente: "Ante estas manifestaciones inequívocas del entendimiento que Ganem & Co. S. A., primero, y Ganem & Co., después, tuvieron de cada una de las estipulaciones del contrato con Barcha, manifestaciones consignadas además en escrituras públicas, sobra el intento del Tribunal por adivinar lo que las partes quisieron expresar en aquel contrato". Por lo cual, en su concepto, la no apreciación

de esos instrumentos públicos viola los artículos 530 y ss. del C. Judicial.

La tercera prueba no apreciada por el sentenciador, con violación de los artículos 637, 638, 645, 668, 693, 697, 704, 705, 721, 723 y 730 del Código Judicial, es, para seguir empleando los propios términos de la acusación, "un conjunto de pruebas (sic) referentes a la manera como, **en el hecho**, durante casi nueve años, e independientemente de cualquier estipulación escrita, se desarrollaron las relaciones entre Barcha y las sociedades propietarias de la sucursal que administró". Ese conjunto lo forman: a) las declaraciones juradas de los testigos José Zaher, Epifanio Alvarez, José Matías Alvarez, Jorge E. Díaz, Alcibiades Garcés y Julio Figueroa Villa, que acreditan, según el recurrente, "la extenuante jornada de trabajo cumplida por Barcha todos los días hábiles y feriados y buena parte de las noches; el notorio y público conocimiento de su condición de empleado, administrador o factor de Ganem & Co.; y la circunstancia de que ese vínculo jurídico entre la sociedad y su factor subsistió, también en forma pública y notoria en la localidad, hasta febrero de 1941, época en que Ganem & Co. liquidó o "levantó" de Quibdó la sucursal que Barcha le administró durante nueve años"; b) la diligencia de inspección ocular practicada en Quibdó el 9 de noviembre de 1945 y el dictamen pericial de folios 114 a 117 del cuaderno principal, que acreditan que los libros de la sucursal eran llevados todos a nombre de "Ganem & Co." y no a nombre de la pretendida asociación Barcha-Ganem, y que, mes por mes, desde mayo de 1932 hasta febrero de 1941, Barcha recibió un sueldo fijo mensual, inicialmente de \$ 120.00, después de \$ 140.00 durante casi todo el tiempo, y, finalmente, en los últimos meses, de \$ 170.00, además de su cuota convencional en las utilidades líquidas de la sucursal; y c) las cartas de Barcha para Ganem, de julio 9 de 1936 y mayo 31 de 1940, y de Ganem para Barcha de 14 de julio de 1936, 29 de mayo de 1940, 26 de junio y 10 de julio de 1940, que demuestran, en concepto del recurrente, y no habiendo sido redargüidas de falsas, la voluntad de prorrogar el contrato de 1932; la naturaleza de ese convenio, denominado por Ganem "contrato de administración"; la facultad de dar órdenes a Barcha, ejercida por Ganem con todo imperio y aun con posterioridad a la revocatoria de los poderes de factor; y el control ejercido por Ganem y admitido expresamente por Barcha, sobre todos los actos y disposiciones de este último aun en relación con sus gastos de familia. Y concluye el cargo: "De haber sido apreciado este conjunto de pruebas por el Tribunal, no habría insistido en su empeño de negar, contra toda evidencia, a las relaciones man-

tenidas en la práctica, durante muchos años, por Barcha y Ganem & Co., la calidad de relaciones de trabajo dependientes y asalariado”.

Se analiza este cargo.

Como puede observarse fácilmente, el problema fundamental que surge de este cargo, en casación, y que se debatió desde un principio en el litigio, en las instancias, es el de saber si las relaciones que llevaron el recurrente señor Barcha y las dos sociedades de los señores Ganem, desde 1932 y por espacio de cerca de nueve años, hasta 1941, por razón de los negocios que se dejaron relatados atrás, configuraron un contrato de trabajo o uno distinto, de naturaleza exclusivamente mercantil, sociedad o cuentas en participación.

Debe, pues, el Tribunal Supremo, para analizar bien este motivo y dilucidar completamente el expresado problema, establecer previamente cuál es la noción de contrato de trabajo en la doctrina y en la legislación y cuál la de sociedad o asociación mercantil y todas las demás relaciones con éstas, que es necesario esclarecer para la decisión del presente recurso, como la de contrato de mandato mercantil y de modo primordial su especial, la preposición, y, dentro de ésta, la noción de “factor”; la de patrón o empresario; la de “altos empleados”; la de subordinación; la de salario y sus formas de pago, entre éstas la de participación en las utilidades; su protección; la posibilidad de que el trabajador asuma “los riesgos” de la empresa o patrono; la del socio-empleado; y la de “sucursal” en derecho comercial. Sólo así podrá analizar con presunción de acierto el contrato inicial Barcha-Ganem de 1932 y su desarrollo consiguiente, o, mejor dicho, la naturaleza jurídica de las relaciones que surgieron y se prolongaron entre el recurrente y las dos sociedades desde esa fecha y por cerca de nueve años.

Una vez hecho ese estudio doctrinario y legal, podrá considerarse el contrato inicial, en las tres cláusulas acusadas solamente, y las demás pruebas de que trata el cargo.

ESTUDIO PRELIMINAR. EL CONTRATO DE TRABAJO

1º—Noción de este contrato.

Sabido es que el siglo XIX no conoció esta denominación específica. Existió sí y desde el Derecho Romano el contrato de “arrendamiento” en sus tres formas clásicas de arrendamiento de cosas, arrendamiento de obra y de servicios. Y esta denominación y la consiguiente distinción tripartita se conservaron por los códigos civiles individualistas de aquel siglo, al través del Código de Napoleón.

Sólo al iniciarse el siglo XX vino a surgir a la vida jurídica la expresión "contrato de trabajo", que sustituyó en la mayor parte de la doctrina y de las legislaciones a la antigua denominación romana de "arrendamiento de servicios". Como lo recuerda Andrés Rouast, se adoptó primero, en forma oficial, en Bélgica, en la Ley de 10 de marzo de 1900 que se refiere al trabajo de los obreros, más tarde en Suiza en el Código Federal de las Obligaciones y posteriormente en Francia en el Código del Trabajo ("Tratado práctico de Derecho Civil", Planiol y Ripert, Tomo XI, con la colaboración de Rouast, Habana, 1940, página 4).

El Código Civil colombiano de la pasada centuria, informado en el napoleónico de clara ascendencia romanista, no podía dejar de considerar como "arrendamiento" y especialmente como "arrendamiento de servicios" al contrato que tiene por objeto la prestación de servicios por una persona a otra. Por otra parte, el Código de Comercio Terrestre de nuestro país, adoptado asimismo en el último siglo, continuó rigiendo diversos contratos mercantiles que regulaban también la prestación de servicios entre personas, como el mandato, principalmente en sus especies de comisión y preposición, y dentro de esta última sus dos clases sobre factores y dependientes de comercio.

Pero no podía la nación escapar a esta moderna corriente doctrinaria en el campo jurídico que hizo surgir una nueva rama de la ciencia del derecho que se conoce actualmente con el nombre de Derecho del Trabajo, y así, en 1934 se incorporó más notoriamente al movimiento renovador al sustituir con la Ley 10 de ese año y su Decreto reglamentario número 652 de 1935 la antigua concepción romana, napoleónica, individualista del contrato de "arrendamiento de servicios" del estatuto civil, por la reciente de "contrato de trabajo", aunque sólo se refirió al de los llamados entonces empleados particulares. Mas hoy, con la Ley 6ª de 1945 y su Decreto reglamentario número 2127 del mismo año, se completó la reforma al regularse de modo general, para todos los trabajadores asalariados, esta figura jurídica, denominándola concretamente en la ley por ese nombre y señalándole de modo claro sus elementos o notas características, los derechos y obligaciones generales que de él emanan, sus alcances y sus efectos.

Es obvio advertir que no parece necesario mencionar aquí la oposición entre la tesis contractualista y la anticontractualista sobre la prestación de servicios personales, ni exponer la teoría seguida últimamente por notables expositores acerca de la relación de traba-

jo, por oposición de la denominación de contrato del mismo nombre. Baste saber que nuestra legislación citada le da a esa nueva figura jurídica la clasificación clásica contractual, aunque el nuevo Código Procesal del Trabajo colombiano (Decreto legislativo número 2158 de 24 de junio de 1948) habla en algunas de sus disposiciones de la "Relación de Trabajo" como también de "contrato" del mismo nombre, pero emplea aquélla para referirse al vínculo jurídico existente entre patrón y trabajador, en forma genérica, más sin destruir la figura contractual como denominación específica.

La doctrina y aun la ley han tratado de definir con toda la precisión que es de desear este nuevo contrato y, aunque los diversos expositores dan de él distintas definiciones, la noción general más aceptable y que comprende las numerosas que se conocen, es la de que el contrato de trabajo es la relación jurídica existente entre quien presta un servicio personal remunerado y subordinado a otra persona, y quien lo recibe.

La Ley 6ª de 1945 dice que existe "entre quien presta un servicio personal bajo la continuada dependencia de otro, mediante remuneración, y quien recibe tal servicio". Y el Decreto 2127 del mismo año, reglamentario de esa ley, expresa que es "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".

De acuerdo con estas nociones de la doctrina y la legislación, que puede decirse son generales porque conservan los rasgos fundamentales de las que traen expositores y códigos extranjeros, se ha considerado que son tres los elementos o notas esenciales que configuran el contrato de trabajo y los distinguen de los demás, y que expresamente señala el Decreto 2127 citado. Y son: dos que se encuentran generalmente en todo servicio de una persona a otra, la labor realizada y la remuneración correspondiente, y uno especial, sobresaliente, característico de ese contrato cual es el de la subordinación.

Se ha estimado como "uno de los problemas más arduos del Derecho del Trabajo" este de definir, catalogar o clasificar una prestación de servicios y, más concretamente, decir con exactitud cuándo se trata de un contrato de trabajo. "No bastaría hacer referencia —dice De la Cueva— al trabajo que se presta en beneficio de otro, pues esto ocurre en muy variadas formas". Y agrega: "El socio

presta un servicio, que, si bien se ejerce en su provecho, redundará, en su mayor proporción, en beneficio de la sociedad y de sus coasociados; igual pasa con el mandatario o con la persona que presta un servicio profesional o con el comisionista o con el porteador en los casos de transportes. Y la existencia del requisito común, prestación de un servicio en beneficio de otro, no permite incluir todas estas relaciones en una sola denominación jurídica". ("Derecho Mexicano del Trabajo", Mario de la Cueva, México, 1943, páginas 394 y 395).

De allí que la teoría en este nuevo Derecho haya considerado unánimemente que la subordinación es la nota característica o distintiva, más aún, la esencia, del contrato de trabajo y que donde ella exista, se está en presencia de un contrato de esa naturaleza y en donde no exista se trata de un contrato de derecho común, bien civil o mercantil.

Antes de estudiar la noción de subordinación en este contrato, es necesario dejar esclarecida la de empresa o patrón, porque a más de los tres elementos constitutivos del contrato de trabajo expresados, es preciso tener en cuenta que la relación jurídica que él forma o que de él surge, se traba entre dos sujetos, el que presta el servicio y el que lo recibe.

2º.—Patrón o empresa.

La persona que presta el servicio se denomina trabajador, trabajador asalariado, asalariado simplemente, empleado, obrero, deudor de trabajo, prestador de servicios, etc., y aquella por cuya cuenta se realiza recibe el nombre de patrón, patrono, empleador, empresario, industrial, principal, acreedor de trabajo, locador de servicios, dador de trabajo y aún se emplea el de empresa o industria.

Un autor tan destacado y avanzado como de la Cueva emplea en su definición de dicho contrato la voz empresa, en el sentido amplísimo que, según él, le da Barassi, de sinónimo de organización de los factores de la producción, capital y trabajo, concentrada en una persona, quedando incluidas dentro de él tanto la empresa industrial como la agrícola y la comercial (obra citada, páginas 404 y 405). Es decir, con el mismo contenido o significado económico que le dio el I Congreso Brasileño de Derecho Social de 1943 y que le reconoce la Ley colombiana número 64 de 1946 en la definición que de ella da en su artículo 6º. En efecto, aquel Congreso dijo que "la empresa es una entidad autónoma, de fines económicos y de carácter institucional, en la cual se establecen relaciones de colaboración y subordinación entre el empresario y el personal de la empresa". (Revista "Derecho del Trabajo, Buenos Aires, septiembre de 1946, año VI, nú-

mero 9, página 437). Y la Ley 64, artículo 6º dice: "Para los efectos de las indemnizaciones y prestaciones sociales, se entiende por empresa o patrono toda unidad de explotación económica, o las varias unidades dependientes de una misma persona natural o jurídica, que corresponden a actividades económicas similares o conexas".

Armonizan, están perfectamente de acuerdo la doctrina del Derecho del Trabajo, expuesta por los tratadistas más acatados en esas materias, y la ley de nuestra patria sobre dicho particular.

3º—Trabajador. Qué clase de trabajo regulan el derecho del trabajo y el contrato del mismo nombre.

En primer lugar, se ha sostenido por algunos tratadistas que el Derecho del Trabajo es un derecho de clase en el sentido de que tiende a proteger a una clase social, la clase trabajadora. Y así dicen que fue aceptado por los Estados americanos en la Conferencia de Lima al postularse el principio de que "la legislación obrera tiene un carácter proteccionista de los trabajadores". La finalidad, para quienes sostienen esta teoría, no es otra que la de mejorar el nivel de vida del proletariado, por lo cual su aspiración es solamente transitoria. Es decir, mira a los económicamente débiles para suplir su desigualdad frente al patrón.

Por lo tanto, el Derecho del Trabajo, para quienes sostienen estas ideas, no tiende a beneficiar a las clases altas o privilegiadas de la sociedad, a los que por su elevada posición económica, bien por razón de su propio patrimonio o por ocupar destacada función en la empresa, no necesitan de la misma protección que los simples obreros o peones miembros de la clase inferior, desposeídos de bienes de fortuna y que viven sólo de su trabajo asalariado. Es decir, como expuso Marx, que se ven en la necesidad de producir para sí el salario, porque, como se sostiene por los expositores del nuevo derecho, el objeto del acto jurídico en el contrato de trabajo es el trabajo mismo.

Para los sostenedores de esta doctrina, el Derecho del Trabajo tiene un fundamental contenido económico porque sus normas tienden a dar satisfacción a necesidades vitales. No regula, por lo tanto, situaciones abstractas, con principios abstractos, aunque no por eso deja de tener un aspecto técnico. Y, como expone el tratadista mexicano ya citado, "es indudable que los propósitos del derecho del trabajo traducen un ideal de justicia y una idea moral, pero estos ideales morales y jurídicos son el deber de dar satisfacción a las necesidades que podrían llamarse vitales de una clase social; los ideales

jurídicos y morales son un reflejo de las necesidades económicas". (Obra citada, página 334).

En cambio, para otros expositores, no se trata de un derecho de clase por cuanto no tiene por objeto "la protección de los trabajadores" ni "el derecho a vivir" sino que "tiene fines mucho más amplios, esto es, que tiende a construir y organizar un derecho que garantice la colaboración constante de todos los que intervienen en el trabajo, llevando esta colaboración a la altura que exige el estado de cultura de la época". ("Instituciones del Derecho del Trabajo", Ernesto Krotoschin, página 7). Y cuando se habla de colaboración, se está diciendo que debe regularse y garantizarse la existencia de los dos grupos que deben guardar esa armonía, no de uno sólo. Es, pues, para quienes comulgan con estos principios, "un derecho de superestructura dirigido a superar la lucha de clases", como lo atestiguan, por ejemplo, la convención colectiva y los organismos bipartitos y tripartitos (que incluyen al Estado) encargados de conciliar o dirimir las diferencias entre capital y trabajo.

Quienes así razonan reconocen que el derecho laboral se ha iniciado como derecho de clase, en forma que es conocida para los estudiosos de estas disciplinas y que no es necesario exponer en un simple fallo, pero que tuvo origen remoto en el sistema de libertad de trabajo que dio nacimiento al régimen capitalista vigente y, por ende, a la aparición del proletariado y a su lucha por el mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo. "Pero ésta, expone Krotoschin, no es la finalidad última del derecho del trabajo. De la lucha debe llegarse, un día, a la paz, aunque no al quietismo. El derecho de lucha que favorece a un grupo, debe facultarlo, finalmente, para "luchar por el derecho" en un pie de igualdad para todos. Con otras palabras: el derecho del trabajo no puede tener como fin una formación transitoria para elevar el nivel de una clase, sino una regulación duradera que concilie los intereses de **todos** los que intervienen en el "trabajo" con los intereses de la sociedad entera (obra citada, página 8).

Por eso, quienes defienden esta teoría afirman que el Derecho del Trabajo persigue, en primer término, el mismo fin que se propone todo derecho, o sea **la justicia**.

Así, por ejemplo, en la nueva concepción española, el Derecho del Trabajo ha dejado de ser un derecho de clase para convertirse en la norma impuesta por el Estado para regular la justicia en el interior de la empresa. Basta leer las normas del Fuero del Trabajo de España para darse cuenta de que lo orientan estos principios.

Para otros "el Derecho del Trabajo nació para evitar el abuso que originaba la desigualdad de las partes contratantes, para suprimir la falsa libertad de contratación que defendía el liberalismo económico". Por eso surgió la doctrina conocida con el nombre de dirigismo jurídico o contractual, que, como lo expresa Josserand y lo expone el profesor Tissembaum "trata de evitar las desastrosas consecuencias del predominio de una de las partes sobre la otra, sin alterar la esencia del contrato, pues al contrario, trata de perfeccionarlo al incluir en el área contractual "todas aquellas obligaciones que las partes han debido querer". (García Martínez, "El contrato de trabajo", página 85).

No hay para qué hablar de las demás escuelas que tratan de explicar y dar soluciones a la llamada "cuestión social". Para los propósitos del presente fallo con lo anterior es más que suficiente.

Pero, independientemente de esta discusión es necesario saber cuál es el "trabajo" que regula el nuevo Derecho, pues si bien para aquéllos es el que presta una clase, la económicamente débil o proletaria, para éstos busca la armonía de quienes intervienen en el "trabajo", es decir, patronos y trabajadores.

Dos tesis parecen esbozarse sobre el particular. La primera, que por "trabajo" en el sentido del Derecho laboral se entiende aquella noción genérica, amplia, común y corriente, de "ocupación", "actividad" o "esfuerzo" humanos. Y la segunda, restringida, limitada, técnica, expuesta y compartida por la mayor parte de la doctrina, de que sólo debe entenderse por tal, para esos fines, aquel fenómeno de la vida social que **como elemento de la producción** consiste en la actividad dependiente o subordinada, prestada por determinadas personas, trabajadores, al servicio de otras, patronos. Esta última tesis, que es la predominante en la teoría y en las legislaciones, aun la nuestra, sostiene que el "trabajo" regulado por el Derecho social es el prestado por trabajadores al servicio de patronos.

Teniendo, pues, un contenido o naturaleza económica tanto el Derecho como el contrato de trabajo, la actividad que ellos regulan, el trabajo de que tratan, es aquel esfuerzo o labor tomado de un sentido económico, es decir, "como un factor de la producción que el industrial se procura de la misma manera que se procura las materias primas". (Exposición Orlando sobre definición de la relación de trabajo, "El Contrato de Trabajo", Luigi de Litala, Buenos Aires, 1946, página 21).

Y por eso dice Rouast, en la obra ya citada, que "el trabajador que acepta la situación de subordinación debe ser protegido por la

ley, como contrapartida del estado de inferioridad económica que resulta de esa situación". Lo contrario de lo que sucede con quien conserva su independencia, que debe soportar todas las contingencias de su profesión, labor u oficio, salvo que pueda afiliarse y se afilie a una institución de previsión social.

Comprende, pues, esa noción, toda prestación de servicios subordinados. Y de allí que se sostenga que el derecho del trabajo tiene a su favor la presunción de regir toda prestación de servicios. Quien desee destruirla, debe probar que el trabajo prestado, que los servicios de que se trata no son subordinados sino libres e independientes. Presunción que consagra en Colombia el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945.

Por lo tanto, trabajador es aquella persona natural, porque no pueden serlo las personas jurídicas, que presta servicios personales a un patrón mediante un contrato de trabajo. O más jurídicamente: "Es la persona física que libremente presta trabajo para un patrono mediante una relación de coordinación, pero con carácter dependiente". (Krotoschin, página 60).

Ese trabajo, esos servicios pueden ser de orden material o intelectual, pero en todo caso deben ser personales, es decir, prestados por el trabajador obligado y no por otra persona.

4º—Objeto del contrato. Fines perseguidos por el trabajador.

El objeto del contrato de trabajo es doble. Para el patrono consiste en los servicios del trabajador, en la fuerza de trabajo, en el resultado que persigue, en el trabajo mismo. Para el asalariado el objeto es el salario, con el fin de lograr su manutención o la de él y su familia, es decir, que constituye su único o principal medio de subsistencia.

Como todo contrato o acto humano, el contrato de trabajo tiene una finalidad, que para el trabajador no es otra, no puede ser otra que la de satisfacer sus necesidades vitales. La Constitución Nacional del Brasil, en su artículo 136 habla del trabajo "como medio de subsistencia del individuo". Para algún expositor, el trabajo debe ejecutarse regular o habitualmente o constituir el "modo de vivir" de la persona (Gallart Folch), que para otro es la nota de "profesionalidad" (Ramírez Gronda).

Por eso se ha definido al "proletario" como "el obrero asalariado —no sometido al régimen de los funcionarios— que encuentra en la prestación constante de su fuerza de trabajo la fuente única o al menos esencial de la renta necesaria para la conservación de la vida". Aunque se agrega que "desde entonces se halla comprometido en una

suerte o destino que lleva en sí mismo las causas suficientes de una perpetua reproducción de la condición de trabajador asalariado". ("Le proletariat industriel", Goetz Briefs, páginas 29 y 30).

5º—Dirección y subordinación en el contrato de trabajo.

a) Dirección.

Este contrato, por ser bilateral, impone obligaciones y deberes recíprocos, y por su esencia y también por su naturaleza otorga a cada uno de los sujetos que lo celebran o entre quienes se forma, derechos perfectamente claros y distintos.

Entre estos últimos y por lo que mira al patrón está el de dirección de la empresa o dirección de los negocios o actividades en las que presta sus servicios el asalariado. A su turno, este derecho hace surgir para el trabajador la obligación correlativa de acatar y obedecer al patrón en lo que atañe a ese poder de dirección.

Ese poder de dirección es exclusivo del patrón, y al trabajador no le corresponde intervenir en él sino acatar las instrucciones u órdenes del empresario. El mismo Rouast, ya citado, dice que "el obrero o empleado, aun cuando participe en los beneficios, no tiene derecho de dirección alguno en los negocios, sino que, al contrario, está obligado a seguir las órdenes del patrono, obedecerle". (Obra citada, página 22).

Ya se vio atrás cómo en la noción de empresa se contempla de modo primordial esta característica al decirse que una parte muy importante de las relaciones que en ella se originan consiste en "la unidad de dirección en manos del empresario", pues la otra se refiere a los riesgos y será motivo de estudio más adelante en el presente fallo.

Y esa dirección del patrono no es otra cosa que "su facultad de mando", que se gradúa de acuerdo con la índole del trabajo que se presta. Para de la Cueva, esa atribución es jurídica y real y debe mirarse más hacia la primera, en su sentido de simple **posibilidad jurídica** de que esa facultad exista, de que el patrono imponga su voluntad y el trabajador tenga la obligación de acatarla. Y para Castorena la voz tiene, en términos generales, un sentido más gramatical de "llevar o conducir una cosa o una persona a un fin determinado", por lo cual ejecutar un trabajo bajo dirección significa para él "que quien hace el trabajo es conducido en la ejecución misma a un objeto impuesto por aquélla".

Para el Decreto 2127 de 1945 esa dirección consiste en la facultad del patrono de imponerle al trabajador "un reglamento, darle

órdenes y vigilar su cumplimiento" (artículo 2º). Es decir, el poder jurídico de mando en todas sus formas, bien la de ordenar y controlar, la de dar órdenes y vigilar su cumplimiento. Aunque es bien difícil aplicar una noción tan estricta como la de ese precepto a algunos trabajadores, por su situación especial, bien a los intelectuales o a los que laboran fuera del local del patrón, que prestan sus servicios en su propia oficina o habitación, algunos profesionales y los llamados trabajadores a domicilio.

Para los sostenedores de la teoría de la "relación de trabajo", como el autor español Antonio Polo, son presupuestos necesarios de ella, estimada como "relación duradera y permanente de carácter eminentemente personal, establecida a base de lealtad y confianza recíprocas que une a todos los colaboradores de la empresa en una comunidad de intereses y fines, sintiéndose todos ellos solidarios en una obra común de interés nacional y colectivo", son presupuestos necesarios, se repite, de un lado, el principio de jerarquía o jefatura de empresa y de otro lado, el de **comunidad de explotación** que constituyen cuantos colaboran en la misma. ("Del contrato a la relación de trabajo", Madrid, 1941, páginas 61 y 62).

¶ Pero sea cual sea la teoría o escuela que estudie o analice el contrato o la relación de trabajo, es lo cierto que la doctrina, en forma general, le reconoce como elementos necesarios la dirección y su correlativa obligación de acatarla, la facultad de mando y su correspondiente deber de obediencia.

Concretamente, se ha estimado que el derecho de dirección se refiere más que todo al tiempo, al modo y a la cantidad de trabajo (Krotoschin; página 71). Y no hay duda de que es una síntesis clara y precisa de tan importante facultad o atribución.

b) La subordinación o dependencia.

Ya atrás se vio, al tratar lo relacionado con el contrato de trabajo y sus tres elementos o notas características, que la subordinación del trabajador al patrón es la sobresaliente, y, más aún, la esencia de ese contrato. Así se ha reconocido por los expositores y por nuestros Tribunales, de modo que resulta exacta la frase del autor que acaba de citarse, sobre el particular: "La doctrina, la legislación y la jurisprudencia, de un modo que puede llamarse universal, están de acuerdo en que el trabajador debe encontrarse en una relación de dependencia frente al empleador, y que esta dependencia constituye uno de los requisitos indispensables para que aquél pueda ser considerado trabajador en el sentido del Derecho del Trabajo". (Krotoschin, obra citada, página 70).

No obstante la aseveración anterior, la entidad sólo encuentra que el tratadista argentino Juan D. Ramírez Gronda se aparta de los demás sobre ese particular, pues considera que "la subordinación no es nota **exclusiva** del contrato de trabajo, porque, en mayor o menor grado, aparece contenida también en la locación de servicios y en el mandato". ("El Contrato de Trabajo", Buenos Aires, 1945, página 185). Y agrega al respecto: "Por eso, no basta por sí sola para caracterizar el contrato de trabajo, pero es indudable que constituye su elemento relevante e **inseparable** y, juntamente con las otras dos notas ya citadas (continuidad y profesionalidad) determina su propia individualidad jurídica, esto es, su peculiar manera de existir; lo que lo distingue de las otras figuras". (Páginas 185 y 186).

Para el Tribunal Supremo es nota distintiva del contrato de trabajo la subordinación no sólo doctrinariamente sino por disposición expresa de nuestras leyes, de modo que donde se encuentra debe considerarse que se está en presencia de un contrato de esa naturaleza, siempre que se reúnan también los otros dos requisitos de nuestra legislación y de la mayoría de la doctrina al respecto. Pero el de la dependencia aparece como el dominante, como el característico, el esencial.

Los franceses y belgas emplean indistintamente, los términos de dirección o vigilancia, los alemanes y españoles el de dependencia, los italianos el de subordinación y en América, los cubanos el de dependencia y los mexicanos el de dirección y dependencia. En nuestro país, la Ley 6ª de 1945 y su decreto reglamentario ya citado, le dan la denominación de "dependencia" simplemente.

Para quienes sostienen no sólo el origen clasista del Derecho del Trabajo sino que aún lo conserva en su naturaleza, la subordinación en este contrato surge de la distinta posición de las clases sociales, al verse obligada la clase trabajadora a poner su fuerza de trabajo a disposición de la otra. "En el fenómeno de la producción —dice de la Cueva— intervienen dos factores, Capital y Trabajo, y éste se ve obligado a subordinarse a aquél; por eso el contrato de trabajo es el relativo al trabajo subordinado". (Obra citada, pág. 395).

Para otros, como Barassi, hay que distinguir entre trabajo autónomo, libre, y trabajo subordinado o dependiente y sólo éste está tutelado por el Estado. Por ser para él la empresa la coordinación de los factores de la producción (capital, trabajo, técnica), en las manos del empresario, éste debe organizar esos factores y disponer de ellos según su criterio. De ahí nace la subordinación; que para ese tratadista no es sino una serie de relaciones jurídicas que se resumen

así: en un derecho de mando del empresario y en el correlativo deber de obediencia del trabajador. (Ver "El Contrato de Trabajo", de los señores García Martínez, páginas 174 y 175 y De la Cueva, páginas 403 y 404).

Sería interminable, y no cabe en una providencia judicial, el análisis o la simple exposición de las distintas teorías de los tratadistas acerca de este elemento del contrato de trabajo. Más importante es dilucidar su sentido, el verdadero significado de ese factor, pues, como es sabido, se ha considerado que la subordinación es de carácter personal, técnico o económico, al paso que para otros no debe ser sino estrictamente jurídica.

La subordinación personal no puede entenderse como el sometimiento del trabajador al patrón porque sería regresar a la época abolida y olvidada de la esclavitud. Hoy no puede considerarse existente en tal sentido porque sólo surge como simple recuerdo histórico.

En verdad, la subordinación económica, la técnica o aun la de naturalza social tampoco bastan para explicar la dependencia del asalariado, porque esos vínculos que lo unen con el patrono son de carácter jurídico, son nexos de derecho. Y es que al regular el Estado las relaciones entre capital y trabajo, entre patronos y asalariados, por medio de su facultad legislativa, está rigiendo esos nexos por medio del derecho, está formando vínculos jurídicos, deberes y obligaciones de esa naturaleza. De allí que sea más precisa y técnica la noción de subordinación jurídica.

Son numerosas las teorías que tratan de explicar el sentido de la "subordinación" o "dependencia".

Para unos es de orden personal, como lo sostienen Borsi y Pergolesi ("Tratado di Diritto del Lavoro", citado por García Martínez en su "Contrato de Trabajo") que para ellos tiene lugar por el solo hecho de que una persona se obligue a prestar servicios a otra, poniendo a disposición del empleador su fuerza de trabajo. Y para los mismos expositores, la facultad de dirección correlativa consiste en que el patrono puede determinar el lugar, el tiempo y el método del trabajo que se va a ejecutar, pero anotan que esta atribución es común a todo contrato de prestación de servicios.

Para otros, como los alemanes, esa dependencia no es económica. Jacobi, por ejemplo, citado por De la Cueva, expresa que "un contrato de trabajo puede existir sin dependencia económica, de la misma manera que la dependencia económica puede existir en el contrato de obra y aun en el trabajo libre". El mismo expositor agrega que

“la dependencia económica se encuentra frecuentemente pero no acompaña necesariamente al contrato de trabajo”.

Para Barassi, v. gr., la relación de subordinación crea un estado jurídico que consiste en el hecho de que el trabajador pone a disposición del patrono su fuerza de trabajo. Y concretamente para él “el estado jurídico de subordinación no es un conjunto de derechos del patrono sobre el trabajador, sino el presupuesto para la existencia, dentro de la empresa, de una serie de relaciones jurídicas que se resumen en la facultad del patrono de imponer su propia voluntad y en la obligación del trabajador de sujetar a ella su voluntad o en otros términos, en un derecho de mando y en un correlativo deber de obediencia”. (Citado por De la Cueva, páginas 403 y 404).

Por último, hay quienes consideran que esa subordinación es de carácter técnico. Deveali, seguido por los señores García Martínez, sostiene que “la subordinación se refiere exclusivamente a las modalidades para la ejecución del contrato, que si no fueron taxativamente determinadas en el contrato, pueden ser indicadas por el patrón en el curso del mismo y deben ser acatadas por el trabajador”. Y agrega: “Dentro de los límites fijados por el contrato, el trabajador tiene el deber de conformarse con las instrucciones del patrón, tal como el vendedor tiene la obligación de despachar la mercancía con las modalidades que le indique el comprador. Pero esta subordinación técnica, de contenido típicamente patrimonial, no engendra ninguna supremacía de carácter personal”. (Revista “Derecho del Trabajo”, 1943, Tomo III, página 292). Los señores García Martínez comparten esta tesis pero agregan que también existe la subordinación económica. Para ellos, pues, esa dependencia es al mismo tiempo económica y técnica. De la primera clase, porque la remuneración constituye el único medio de subsistencia del asalariado. Y de la segunda, porque da al empleador la facultad de dirigir, coordinar y vigilar el trabajo y al asalariado el deber de obedecer las instrucciones de aquél.

Ya se dejó visto cómo el Tribunal Supremo considera que las relaciones de patrono y trabajador son de carácter jurídico, por lo cual es más adecuado denominar ese vínculo como la subordinación o dependencia jurídica. En sentencia anterior dijo sobre el particular que la moderna teoría en este derecho prescinde de la triple clasificación de esa dependencia, personal, económica y técnica, según las condiciones y circunstancias en las cuales se presta el servicio, para destacar sólo la de carácter jurídico que consiste en la facultad de impartir órdenes al asalariado, que hace surgir, para éste, la obli-

gación de someterse a ellas, de acatarlas y cumplirlas. (Sentencia de 5 de septiembre de 1947, juicio de Libardo López contra el Banco de Londres y América del Sur).

Tanto De la Cueva, como Colin y Ramírez Gronda se muestran partidarios de esta última tesis y la tratan con toda claridad en sus obras sobre la materia. Pero, especialmente, los dos primeros abundan en razones convincentes acerca de su adopción. Entre ellos, Colin expone su pensamiento con esa nitidez de los tratadistas franceses de derecho y al propio tiempo con vigor. Dice, por ejemplo, que "por subordinación **jurídica** entiéndese un estado de dependencia real, producido por un **derecho**, el derecho del empleador de dirigir, de dar órdenes, de donde surge para el empleado la obligación de someterse a ellas". Y continúa: "Es esta la razón por la cual se ha denominado a ésta, subordinación jurídica, para oponerla principalmente a la subordinación **económica** o a la subordinación **técnica**, que significa, sin duda, una dirección para atribuir un trabajo al empleado, pero dirección que proviene de un técnico". Y concluye: "En la subordinación **jurídica**, por el contrario, trátase de un derecho general de fiscalizar la actividad de otro, de interrumpirla o hacerla cesar a su voluntad, de trazar sus límites sin que sea necesario controlar continuamente el valor técnico de los trabajos efectuados". (Citado por Ramírez Gronda, en "El Contrato de Trabajo", página 190).

El Tribunal Supremo se reafirma en su tesis ya expresada atrás y según la cual la subordinación o dependencia del trabajador con respecto al patrono es jurídica, porque corresponde a la facultad de éste de dirigir la empresa, que por virtud de la ley y del contrato o relación es un derecho que origina, por consiguiente, deberes. Es decir, las relaciones entre patronos y asalariados son de derecho, reguladas por la ley y el contrato, o sea, jurídicas, de modo que el deber de obediencia del trabajador es un deber esencialmente jurídico y sólo como cuestión secundaria puede entrar a considerarse que origina otra clase de situaciones o hechos de naturaleza distinta.

Ahora bien: nuestra Ley 6ª de 1945 y su Decreto reglamentario, número 2127 del mismo año, exigen que la dependencia sea continuada, esto es, que debe ser prolongada y no instantánea ni simplemente ocasional, como expresa el artículo 2º de dicho Decreto. Esta noción de continuidad en la dependencia, dentro de su naturaleza o carácter jurídico, no puede ser otra que la permanente posibilidad o facultad del patrono de darle órdenes al trabajador y vigilar su cumplimiento. No se trata, pues, de impartir órdenes constantemente, de dar instrucciones ininterrumpidas, de vigilar a cada ins-

tante, es decir, no es un factor que mire al tiempo sino que por ser la dependencia de orden jurídico, es continuada cuando existe la facultad o la posibilidad de mandó en cualquier momento de la ejecución del contrato, sin que sea necesario que permanentemente se ejercite ese derecho de dirección.

6º—Prestación de servicios personales.

Ya se vio arriba qué clase de trabajo regulan el nuevo Derecho y el contrato que se analiza. Después del estudio del vínculo de subordinación, puede decirse que ese trabajo que contemplan es el subordinado o dependiente.

Ese trabajo o prestación de servicios personales es otro de los elementos constitutivos del contrato en referencia. Tanto la Ley 6ª como su decreto reglamentario expresan que el servicio debe prestarse personalmente, esto es, que no puede ser realizado por otra persona.

Más la doctrina ha encontrado que en otros contratos se da también el caso de prestación de servicios personales, como en el mandato, en sus diversas formas o clases, y en la sociedad (principalmente cuando uno de los socios también trabaja o cuando se trata de socios industriales), de modo que es “uno de los problemas más arduos del derecho del trabajo”, como se vio atrás, el dilucidar o determinar cuándo se está en presencia de una prestación de servicios que configure un contrato o una relación de trabajo.

La sola existencia del elemento común que consiste en la prestación personal de servicios en beneficio de otra persona no sirve para clasificarlo como contrato de determinada naturaleza. Por eso es necesario analizar las notas características de cada uno de esos contratos —principalmente los de mandato y sociedad— para distinguirlos del de trabajo. Y también es preciso considerar la situación de los llamados “altos empleados”, que en muchas ocasiones se confunden con los simples mandatarios, para saber si pueden clasificarse como trabajadores o asalariados, o más concretamente, como sujetos de un contrato de trabajo.

B) EL CONTRATO DE SOCIEDAD FRENTE AL DE TRABAJO

¿El socio puede ser al mismo tiempo empleado de la sociedad?

a) Consideraciones generales.

Desde los romanos y hasta nuestros Códigos Civil y de Comercio Terrestre, se ha estimado que el contrato de sociedad está constituido

por cuatro elementos o notas características esenciales, a saber: 1º, un capital o aporte en común; 2º, la *affectio societatis* o *animus societatis*; 3º, la participación en los beneficios y en las pérdidas; y 4º, un objeto lícito. Auncuando propiamente vienen a ser distintivas de esta figura jurídica las tres primeras, pues la última es común a todos los contratos. Además, la sociedad forma una persona distinta de los socios individualmente considerados y ésta viene a ser una consecuencia del contrato que contribuye también poderosamente a distinguirlo de los demás.

Algunos tratadistas al estudiar la naturaleza jurídica del contrato de trabajo han querido catalogarlo dentro de determinados contratos civiles, bien el mandato, la sociedad, el arrendamiento, la compraventa o como simple contrato innominado, *do ut facias*.

Especialmente, quienes se muestran partidarios de la tesis de que el contrato de trabajo es una sociedad, dicen que el patrón aporta el capital o la empresa y el trabajador su esfuerzo o actividad, lo que viene a constituir la formación del capital o aporte en común. Pero difieren ambos por muchas circunstancias.

En primer lugar, persiguen ambos contratos diversos fines. El de sociedad tiene un objetivo preponderantemente económico para las partes o socios, pues buscan el lucro y corren igual contingencia respecto de las pérdidas. En cambio, si también tiene un contenido económico el contrato de trabajo, el fin que persigue el patrón es distinto del que mueve al trabajador, pues aquél tiene un ánimo de lucro, al paso que éste sólo busca atender a su subsistencia. García Oviedo expresa con claridad esta distinción al decir que “la convergencia de esfuerzos que la producción económica requiere es, teleológicamente, distinta en uno y en otro contrato”. Y agrega: “En el de sociedad persiguen sus miembros la misma utilidad: el beneficio resultante de la explotación, que se distribuye entre los socios. En el contrato de trabajo, trabajo y capital se proponen satisfacciones diversas: el salario, el primero; la utilidad de la empresa, el segundo”. “Falta —concluye— el espíritu común que preside e inspira el contrato de sociedad”. Hueck y Nipperday, citados por dicho autor y también por De la Cueva, dan una solución que para el último es definitiva. En efecto, con lógica jurídica innegable dicen: “El contrato de trabajo se distingue del contrato de sociedad en que en aquél no existe sin un cambio de prestaciones, en tanto que en el contrato de sociedad hay un trabajo común. Se distinguen también los dos contratos en que el primero supone la subordinación del trabajador al

patrono, mientras que en el contrato de sociedad tienen los socios iguales derechos”.

También el hecho de configurar el contrato de sociedad una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, sirve para distinguir ambos contratos, porque en el de trabajo los sujetos de él, patrón y trabajador, al celebrar el convenio no están constituyendo una persona distinta de ellos y conservan su carácter de personas, su individualidad propia.

Tampoco se reúne el elemento intencional, porque los dos sujetos del contrato de trabajo no tienen el ánimo de asociarse, de formar o constituir una sociedad o compañía, es decir, les falta la voluntad de ser socios o **“animus societatis”**.

Por último, el hecho de concederle al trabajador participación en los beneficios o utilidades del patrón o empresa, no viene a constituir por sí solo un contrato de sociedad sino que esa participación forma parte de su salario, como se estudiará a continuación. En cambio, la contribución del asalariado en las pérdidas de su empleador o de la industria en donde trabaja, no es característica del contrato de trabajo sino del de sociedad, como también se analizará adelante, en el curso de esta providencia.

Finalmente, es importante la observación de Rouast, ya citado, cuando dice que “el contrato de trabajo difiere de la sociedad en dos elementos: el carácter fijo del salario y la subordinación del obrero o empleado”. Y explica así su tesis: “El carácter fijo del salario contradice el principio esencial de toda sociedad, o sea, la comunidad de riesgos y ganancias”. Y respecto de la subordinación agrega: “El obrero o empleado, aun cuando participe en los beneficios, no tiene derecho de dirección alguno en los riesgos, sino que, por el contrario, está obligado a seguir las órdenes del patrono, obedecerle”.

El problema de si el socio puede ser al mismo tiempo empleado de la sociedad, o mejor dicho, si son compatibles ambas situaciones, se presenta en el caso de las sociedades de personas, y especialmente cuando se trata del socio industrial, pues en las sociedades de capitales, las anónimas, por ejemplo, no existe. En estas últimas puede un accionista ser al mismo tiempo asalariado de la empresa, con todos los derechos y beneficios que otorgan las leyes sociales.

Esos socios industriales son aquellos que no aportan en especie ni en numerario, en capital o bienes, sino simplemente su industria, su habilidad, sus conocimientos especiales, su trabajo personal. Por eso se denomina su aporte con los nombres de aporte de industria o aportación en industria.

Pues bien. Puede presentarse el caso de que un llamado socio industrial esté sujeto a las órdenes del socio capitalista, de modo que aparezca clara la facultad de dirección del segundo y la obligación de obedecer del primero, sin que, por otra parte, responda de pérdidas (artículo 508 C. de Co.). Allí se está en presencia de uno de los requisitos esenciales del contrato de trabajo como es la subordinación, de modo que si por ningún otro aspecto se presenta la configuración característica del contrato de sociedad —como la responsabilidad en pérdidas—, puede decirse que se está en presencia de un contrato de trabajo, por razón de esos servicios personales, porque el vínculo de dependencia así lo configura. Más si en ese contrato surge también uno de los elementos que tipifican el contrato de sociedad, como la participación en los riesgos, no puede decirse que sea de trabajo sino de aquella naturaleza.

Hay quienes sostienen que una relación jurídica puede estar regida al mismo tiempo por las leyes laborales, en cuanto se trate de contrato de trabajo, y por las civiles o mercantiles en cuanto configure también un contrato de esta última naturaleza, es decir, que se presenta una dualidad en cierta clase de contratos y que en ese caso debe primar el estatuto del trabajo. Pero esto debe entenderse en el sentido de que no se presente bien clara una noción jurídica determinada y que no aparezca de alguna manera uno de los elementos o notas característicos del contrato civil o mercantil, porque en tal caso no existe duda ninguna. Quiere decir entonces que la presunción que estiman existente algunos expositores en favor del derecho del trabajo al expresar que se presume que toda relación laboral está amparada por las leyes sociales, queda destruida al comprobarse fehacientemente que el contrato o relación de que se trata es de carácter civil o mercantil por reunir los requisitos esenciales o notas distintivas que lo configuran como tal. Así lo reconoce, por ejemplo, Anastasi.

Respecto del problema en estudio, sobre el socio, se ha dicho con propiedad que “si por virtud del pacto social ambos socios tienen los mismos derechos, de manera que la marcha de la sociedad haya de decidirse bien por el socio industrial, bien por los dos socios de común acuerdo, estaremos en presencia de un verdadero contrato de sociedad. Si, por el contrario, la actividad del socio industrial está subordinada al socio capitalista, tendremos un contrato de trabajo y sólo aparentemente contrato de sociedad”. (De la Cueva, página 574).

Para Krotoschin “comúnmente se reputa compatible, por ejemplo, la calidad de trabajador con la de socio comanditario, el que po-

dría realizar actos de mera colaboración administrativa interna, bajo la dirección del socio administrador" (página 81).

Es de observar a estas dos últimas opiniones, que ambas destacan el elemento dirección —y su correspondiente de subordinación—, que caracterizan al contrato de trabajo, y que les sirve para distinguirlo del de sociedad, sin que aludan a las notas esenciales distintivas de este último contrato.

En cambio, la jurisprudencia italiana ha expresado reiteradamente que el socio de una compañía colectiva no puede tener simultáneamente la calidad de empleado porque en su persona se confunde la misma personalidad del ente social y viene a faltar el elemento subordinación. (Corte de Casación, marzo 29 de 1935, citada por Ramírez Gronda, página 114). Es decir, vendría a admitirse el absurdo de que el socio en ese caso fuese empleado de sí mismo, lo que a simple vista repugna y no puede ser aceptado.

~~Pero la tesis contraria~~ ha sido expuesta con franqueza por el profesor Deveali en un importante estudio titulado "Situación jurídica del socio-empleado", que se lee en la revista argentina "Derecho del Trabajo", que él mismo dirige. Allí expone sus opiniones al respecto y principia reconociendo que "la posibilidad de configurar en un mismo sujeto la calidad de socio de una sociedad y la de trabajador dependiente de la misma, "constituye una de las cuestiones más difíciles de nuestra materia". Y a esto agrega otra dificultad, como es la de que —para él— no debe considerarse el problema desde un punto de vista estrictamente científico sino que también debe analizarse en sus proyecciones sobre el campo práctico.

Por su extensión, se resumirán los principales temas o las más destacadas ideas expuestas en tan importante publicación.

Para Deveali, en contraposición a la mayoría de la doctrina, no son incompatibles el contrato de sociedad y el de trabajo. Es cierto que los socios se identifican por muchos aspectos con la sociedad y que la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia no aceptan que una misma persona pueda ser simultáneamente empleador y empleado, pero la legislación laboral, en su sentir, se propone amparar a todos los trabajadores **por el hecho de prestar su trabajo** sin preocupación de la validez o nulidad del contrato o del propósito de sus cláusulas de reducir ese amparo. Agrega que hay dos tesis importantes, una que hace hincapié en el elemento **subordinación** para concluir que nadie puede ser subordinado de sí mismo, y otra que atribuye importancia especial a los **riesgos** porque la **remuneración** como requisito fundamental del contrato de trabajo no puede estar sujeta a factores

extraños, lo que sí sucede con los socios que están expuestos a todos los riesgos de la empresa. Pero para el expositor expresado no sirven esas tesis por sí solas ni en conjunto para dar solución satisfactoria al problema. Respecto de la primera dice que la casi totalidad de las leyes no distinguen entre trabajadores, así los más modestos y los "altos empleados" como los "factores", de modo que aun éstos, que tienen las mismas facultades del patrón frente a los otros empleados, disfrutan del amparo general para todos los trabajadores. Y respecto de la segunda tesis expresa que el socio administrador, como el "factor", aunque representa a la sociedad ante terceros y se comporta como un patrón frente a los otros empleados, está también subordinado a la sociedad.

El citado autor expone luego su propia teoría sobre el particular, según la cual hay que distinguir entre **asociación** (sociedad), como dueña de la empresa y la **empresa** como organización económica y productiva, que es explotada por aquélla. Y dice que las vinculaciones sociales de igualdad, de paridad que deben existir entre los socios, o **par conditio**, se refieren exclusivamente a la vida de sociedad, al paso que las relaciones de trabajo que se caracterizan por su índole jerárquica (entendiendo la jerarquía como la fuente de la subordinación), se refieren exclusivamente a la empresa, considerada en su aspecto funcional, de organización económica o productiva.

No obstante la habilidad de esta teoría, los autores también italianos y asimismo autorizados, Barassi y Riva Sanseverino, distinguen entre contratos onerosos "a base de intercambio" de los "a base asociativa", explicando que en los primeros las partes están la una frente a la otra, mientras que en los segundos están la una al lado de la otra. Y agrega la autora Riva Sanseverino que "en el derecho del trabajo es el ordenamiento jurídico de las relaciones individuales de trabajo, pero sólo en cuanto ellas están reglamentadas por un contrato de trabajo a base de intercambio". Y todavía añade que "cuando el trabajo es prestado, no sobre bases de intercambio, sino sobre bases asociativas, no existe ya un contrato de trabajo verdadero, y se está fuera del ordenamiento jurídico dado por el derecho del trabajo". ("Corso di diritto del lavoro", página 142, citado por Deveali en su estudio aludido).

Después, el director de la revista argentina estudia la situación del que llama "socio-empleado" en las sociedades colectivas, en comandita y de responsabilidad limitada, según la legislación de la nación del sur, y concluye que puede darse el caso de concurrencia de los dos contratos. Cuando trata de la segunda de esas compañías ex-

presa que la participación en las deudas es un efecto frente a terceros que no modifica las relaciones internas, ni las sociales ni las que ligán con la empresa derivadas de la existencia de un contrato de trabajo. Luégo considera esa situación en las sociedades anónimas, en las cooperativas y en las sociedades de capital o industria, llamadas estas últimas "habilitación" en la Argentina, que vienen a ser muy semejantes a la "asociación o cuentas en participación", a la compañía con socio industrial de nuestro Código de Comercio Terrestre.

Para finalizar, este autorizado comentarista dice que estima al socio-empleado en su aspecto de trabajador, y expresa textualmente: "El contrato de sociedad, de carácter patrimonial, no debe —en principio— anular, y tampoco alterar profundamente, el régimen referente a la relación de trabajo, de carácter eminentemente social". Y agrega: "En el campo del trabajo, la empresa está por encima de la persona o entidad que la explota".

Entre las varias objeciones que pueden formularse a tan destacada teoría está indudablemente la secundaria importancia que concede a la posibilidad y, aún más, a la realidad de que el socio participe de las pérdidas de la compañía. Este factor no es de olvidar en el estudio de la sociedad y menos en el del contrato de trabajo y será motivo de un aparte especial en el presente fallo, dada la importancia que le reconoce la doctrina, si se exceptúa al autor que acaba de mencionarse.

Principalmente tiene importancia el problema cuando se pacta participación de utilidades en un contrato de prestación de servicios personales, porque esa es una forma de salario en el contrato de trabajo y también hace parte de la esencia del contrato de sociedad. Es necesario, por lo tanto, para esclarecer mejor esta situación, analizar esa forma peculiar de remunerar, en el contrato de trabajo, frente a la participación de beneficios de la sociedad. Y por su estrecho nexo con esta cuestión, debe también estudiarse la participación del trabajador en las pérdidas de la empresa o patrono, y las del socio en las de la sociedad. Es decir, cómo deben considerarse "los riesgos" en ambos contratos y sus efectos.

- b) La participación en las utilidades y en las pérdidas en los contratos de trabajo y de sociedad. ¿Puede el trabajador asalariado participar en las pérdidas, correr los riesgos de la empresa o patrono? Noción de salario. Su protección.

1º—El salario.

Para conocer mejor la naturaleza jurídica de la participación de beneficios del trabajador, es preciso fijar primero la noción de salario. Así se estudia el tercer elemento del contrato de trabajo, ya que atrás quedaron analizados los dos restantes, de prestación de servicios personales y de subordinación o dependencia.

La voz “salario”, en su acepción etimológica, según lo explica el autor español Eugenio Pérez Botija en su importante obra intitulada “Salarios”, se deriva de la latina *salarium* y ésta de *sal* porque fue costumbre antiguamente dar en pago a los sirvientes domésticos una cantidad fija de sal. Por lo tanto, su primer significado fue de paga doméstica. Después, el uso lo sustituyó por el de jornal, sueldo, etc., que han variado según las épocas y la especie con que se satisfacían, por ejemplo, soldada, emolumento, estipendio, derechos, honorarios, etc. Para ese autor, su significación conceptual corresponde a la misma idea.

En sentido legal, salario es la remuneración que paga el patrón al trabajador como retribución por su servicio. (Decreto 2127, artículo 2º). En sentido político-social, para aquel tratadista, es la retribución que el hombre percibe por su trabajo.

Si el contrato de trabajo fuese una compraventa, según algunos expositores, el salario sería el precio del trabajo. Si fuese sociedad, se equipararía a la participación de los socios en las pérdidas y ganancias de la compañía. Si se considerase arrendamiento, sería el precio o renta de ese contrato. Si fuese mandato mercantil —comisión o preposición que son asalariadas— sería la comisión o el salario de que habla el Código de Comercio. Mas como el contrato de trabajo tiene naturaleza jurídica propia, el salario no es ninguna de esas instituciones sino que también tiene su propia naturaleza independiente.

En el derecho del trabajo, el salario es la contraprestación de la prestación trabajo. Se ha dicho que trabajo y salario están unidos por una relación especial de interdependencia cual corresponde a los contratos onerosos. Y el expositor español citado dice que “si el salario desde el aspecto político-social es la **retribución del trabajador**, desde el punto de vista jurídico es la **retribución del trabajo**”.

Para Rouast, el salario es la remuneración global del trabajo. En general, todos los autores reconocen que es la remuneración que el patrón paga al trabajador por su trabajo, por el servicio prestado y en este sentido se emplea en nuestra legislación. Por lo demás, el

término salario es el empleado por casi todas las legislaciones y doctrinas, con un admirable sentido genérico, porque comprende todas las distintas formas de retribución de los asalariados.

Esas formas, que no es necesario analizar aquí detenidamente, son, por lo general, a jornal, a sueldo, a destajo, por piezas, a comisión, familiar, en especie, con participación en los beneficios, con premios a la producción, mixtos, etc.

Para el presente caso, sólo interesa considerar la forma que consiste en "la participación en los beneficios" de la empresa o patrón, lo que se hará en seguida.

2º—La participación en las utilidades y en los riesgos.

a) En las utilidades.

Esa participación se da en el contrato de sociedad como requisito esencial y como simple manera de retribuir en el contrato de trabajo.

Quien primero utilizó este sistema de hacer participar a los trabajadores en los beneficios de la empresa fue Leclair en 1842 en Francia. Después fue acogida esa iniciativa por distintas escuelas económicas. Hoy figura como obligación, por precepto constitucional o legal, en distintos países, como España (para empresas bancarias y de seguro) México, Chile, Bolivia, Venezuela, Checoslovaquia, Guatemala, Perú y también en Colombia por decreto legislativo del pasado mes de julio, aunque sólo se establece a partir del año 1950 y con ciertas restricciones. En Francia se permite "el accionariado obrero", es decir, la formación de sociedades anónimas con participación obrera, con base en acciones de trabajo, que también se contempla en el plan quinquenal argentino de 1947 a 1952.

Para la mayor parte de la doctrina, la participación en las utilidades que se otorga por el contrato de trabajo al asalariado no cambia la naturaleza jurídica de ese convenio por el de sociedad, sino que es una forma de remuneración, y para expositores como Rouast, secundado por De la Cueva, García Oviedo y Antokoletz, es un suplemento del salario, porque el elemento principal de éste queda invariable. De modo que el patrono, para éstos, debe pagar de todas maneras el salario. Y la participación de beneficios, cuando deba concederse, aumenta la remuneración ordinaria o fija.

Para otros expositores, como Krotoschin, la participación en las ganancias netas otorgada al trabajador es principalmente comple-

mentaria de una remuneración fija, ya que debe remunerársele aun cuando la empresa no obtenga beneficios (página 360).

Otros, como Putensen, citado por Pérez Botija, consideran que la participación en los beneficios se ha estimado como un premio a la mejor actividad del trabajo ("Salarios", página 125). Aun cuando en esta teoría se confunde la finalidad del patrón o de la ley con la naturaleza jurídica de la participación.

Otra teoría, expuesta por la Corte de Apelaciones de Roma y aceptada por los señores García Martínez, expresa que el interesar en las utilidades no representa un elemento aleatorio, discontinuo y precario, sino un elemento íntegramente del estipendio que debe concurrir a la formación de la retribución normal del empleado (Sentencia del 15 de febrero de 1927, citada por Litala, página 140, García Martínez, página 219).

Barassi considera que en la remuneración hay elementos fijos y elementos variables. Y Pozzo y Sachet, citados por García Martínez, consideran que el salario puede recibirse parte en dinero, que es la principal, y parte en otros elementos accesorios que lo integran, bien un interés en el éxito de la empresa (página 192).

En cambio, para Rouast, esa participación, al contrario de la jurisprudencia romana, "tiene un carácter esencialmente aleatorio, como los beneficios del empresario, carácter que contrasta con la firmeza y la seguridad del salario". (Planiol, Ripert y Rouast, Tomo XI, página 53).

Para el Tribunal Supremo no hay duda de que la participación en los beneficios de las empresas, otorgada al trabajador, es una forma de remuneración, hace parte del salario, considerado éste como la retribución del trabajo, porque esa participación se otorga en atención al servicio que se presta.

Distinto de esa naturaleza es el fin que persigue el patrón cuando la concede en el contrato, o la ley cuando la hace obligatoria, porque sólo pretenden atenuar la lucha de clases, crear el afecto del trabajador hacia la empresa, hacer que aquél aumente sus esfuerzos en favor de ésta y en beneficio suyo al propio tiempo y también infundirle al asalariado el espíritu de ahorro. Estos propósitos no son, según lo expone García Oviedo, "como en el contrato de sociedad, el reparto de las utilidades logradas, sino únicamente estimular el espíritu de laboriosidad y de adhesión del obrero a la empresa mediante la mejora de su situación económica". Es, como lo consideran las escuelas que defienden este sistema, una verdadera manifestación del espíritu de colaboración que debe presidir la actividad del capital

y el trabajo y un poderoso instrumento de consolidación de la paz social. De allí que dirigentes de pueblos tan sobresalientes como Gladstone llegaran a estimarlo como una verdadera panacea para la solución del problema social, aun cuando hoy puede considerársele así, unido al seguro social obligatorio.

No es necesario mencionar aquí las diversas legislaciones sobre el particular, ni las distintas maneras de pagar esa participación, voluntaria u obligatoria, directa o indirecta, mixta o por acciones, individual o colectiva. Para lo que respecta al recurso de casación interpuesto, con lo expresado es suficiente, y con la explicación de que la participación directa es aquella que se otorga al trabajador en cada balance o cada año, la indirecta o diferida tiene lugar cuando se aplaza su pago por uno o más años o balances y la mixta cuando se combinan los dos sistemas anteriores, porque se le entrega al asalariado una parte de los beneficios en cada balance o cada año y se le acredita el saldo en una cuenta, principalmente para dárselo cuando llegue a la incapacidad.

b) Participación en los riesgos.

Puede decirse también que es unánime la doctrina acerca de la exclusión del trabajador en los riesgos de la empresa. Para todos los tratadistas —si se hace la excepción conocida de Deveali— la participación en las pérdidas excluye la noción de trabajador asalariado, y, por lo tanto, la de contrato de trabajo. Suscintamente, se expondrán las opiniones al respecto de los tratadistas más conocidos en el país.

Para Krotoschin, “el requisito de que el trabajador no asuma riesgos de ninguna clase, no excluye, por otro lado, que participe en las ganancias”. “En cambio, la participación en las pérdidas —agrega— obstaría a la calidad de trabajador” (página 73). Para él, la participación en los beneficios o también en los ingresos, hace que “el empleador asocie, hasta cierto punto, a sus trabajadores a la empresa, distribuyendo parte de sus ganancias entre ellos o haciéndoles participar en otra forma en la evolución económica del negocio”. “Pero, claro está —concluye—, no se trata de una verdadera relación de sociedad, pues el trabajador no participa nunca en las pérdidas”. (Página 458).

Para Planiol, Ripert y Rouast, en el contrato de trabajo “el riesgo se desplaza, pasando a cargo del patrono” (página 10), y “desde el momento en que uno de los colaboradores tiene una porción fija (salario), quedando exento de las oportunidades de pérdida y ga-

nancia, no es un asociado sino un asalariado", fuera, de que "la participación en los beneficios no implica como contrapartida una participación en las pérdidas, como lo impondrían las reglas de la sociedad" (página 22). Y, al estudiar ellos más adelante la participación en los beneficios que se otorga por la empresa al trabajador, como parte del salario, agregan: "El trabajador sigue siendo —en caso de que se le dé participación en los beneficios— un subordinado del patrono y no sufre las pérdidas como las sufriría un verdadero asociado" (página 53). Y si esto fuera poco, al analizar la sociedad, en el mismo Tomo XI que se ha venido citando, expresan lo siguiente: "El solo hecho de que una persona participe en los beneficios de una casa de comercio no permite suponerla asociada, siempre que no participe en las pérdidas". Y a continuación añaden: "Tal es el caso de la **participación en los beneficios** que se admite en favor de los empleados. En ello no puede verse más que una forma perfeccionada de arrendamiento de servicios (contrato de trabajo), y que deja a los empleados su condición de asalariados. Estos, por tanto, carecen de derecho para discutir la dirección dada a los negocios; no están sujetos a las deudas y pueden ser despedidos como todos los empleados". (Página 240).

Barassi, citado por De la Cueva y García Martínez, estima que la subordinación del contrato de trabajo se concentra en un conjunto de relaciones que fundamentalmente consisten, por una parte, en **la unidad de dirección en manos del empresario**, y por otra, en **la asunción, por parte de él, de los riesgos de la producción**, o sea las pérdidas y ganancias, posición esta última del empresario que da vida al régimen del salariado. Y concreta su pensamiento diciendo que en ningún caso corresponderá al trabajador subordinado el riesgo del trabajo.

De Litala opina que el contrato de trabajo se diferencia del de sociedad en que el trabajador permanece extraño al riesgo de la empresa, al goce del producto. No existiendo distribución del riesgo entre los contratantes, falta para ese expositor el **animus contrahendas societatis** (página 14). Y más adelante explica aún: "El trabajador que participa en las utilidades no tiene obligación de participar en los riesgos del establecimiento. No existiendo distribución del **álea** entre los contratantes, falta en el contrato el **animus contrahendas societatis**, y, por consiguiente, el elemento de sociedad es sólo aparente" (página 141). Luego, para este tratadista, **a contrario sensu**, cuando existe participación en las pérdidas hay una verdadera sociedad.

García Oviedo, al estudiar la diferencia entre sociedad y contrato de trabajo, dice que no cambia la naturaleza de este último en los casos en que el patrono reconoce a los operarios el derecho a participar en los beneficios de la industria, pues mientras que, en el contrato de sociedad los socios están no sólo a las utilidades sino a las pérdidas, en el régimen de participación en los beneficios sólo están los trabajadores a estos últimos (página 113).

Los señores García Martínez exponen, en distintos apartes de su obra atrás citada, la misma tesis de que en el contrato de trabajo el riesgo económico está a cargo del empleador y que el empleado u obrero permanece ajeno a él (páginas 71 y 171). Y agregan: "El riesgo del trabajo sirve, pues, como criterio distintivo de la subordinación y de la autonomía del trabajador", pues "en toda empresa en que se trata de lucrar con el trabajo humano, el riesgo lo asume el principal (o patrono) exclusivamente" (página 171). Y continúan en otros párrafos de su libro diciendo que si hay pérdidas sólo el empresario debe soportarlas, pues las vicisitudes del negocio incumben exclusivamente a su dueño.

También Ramírez Gronda comparte las mismas ideas al considerar como trabajador, empleado u obrero, al que normalmente vive prestando para otro su actividad profesional, a cambio de un salario, pero sin que nada tenga que ver con las pérdidas que puedan sobrevenirle al empresario, salvo el caso de dolo o culpa del asalariado (obra citada página 181).

La jurisprudencia mexicana, según fallo de la Suprema Corte de Justicia de esa nación, expresa asimismo esa tesis, puesto que dice en el de 2 de diciembre de 1936 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 (De la Cueva, página 439).

Por último, en su admirable obra "Salarios", ya citada, Pérez Botija trata con precisión el problema cuando dice que la fórmula de la retribución con participación de beneficios no puede ser integral, es decir, que el salario sea únicamente la posible utilidad, porque el trabajador necesita "un anticipo" y, además, porque no puede participar en los riesgos de la empresa. "El riesgo —dice este autor— lo asume exclusivamente el capitalista o el empresario".

No puede, según esta teoría, participar el trabajador con su salario en las eventualidades de la empresa al establecerse que sólo devengue la posible utilidad o participación que el contrato señale. Y es que si así ocurriese vendría a existir lo que este tratadista lla-

ma con toda propiedad un "salario pasivo" que equivale al "dividendo negativo" de la sociedad cuando no existen beneficios para repartir. En el contrato de trabajo no puede darse esta situación del de sociedad, porque, como lo tiene expuesto con toda justicia la doctrina, al trabajador se le debe remunerar siempre, aun cuando la empresa no obtenga beneficios.

Este autor español, al comentar el artículo 44 de la nueva ley de su patria sobre contrato de trabajo, de 1944, que reglamenta la participación contractual de beneficios, explica que sólo participa el trabajador en "una parte" del riesgo de la empresa porque si ésta no obtiene beneficios verá reducida su ganancia el asalariado. Es decir, es una participación en las posibilidades de ganancia, muy distinta de la que ocurre en el contrato de sociedad porque en el contrato de trabajo, según agrega este autor, "el empresario, por el hecho de ser tal, es quien soporta el riesgo de la explotación y el trabajador tendrá una mayor o menor probabilidad de ganancia, según que el beneficio de la empresa sea superior o inferior; mas lo que no puede ser es que esté también a las pérdidas" (página 126).

Queda, pues, expuesta la tesis de la mayoría inmensa de la doctrina acerca de la no participación del trabajador en los riesgos, en las pérdidas de la empresa o patrono. Mas, el único expositor conocido que parece sostener levemente la contraria es Deveali en su artículo ya citado "Situación jurídica del socio-empleado".

En efecto, este autorizado comentarista de derecho laboral, al estudiar solamente la situación del socio comanditario, dice que la disposición del artículo 377 del Código de Comercio argentino, según la cual "los comanditarios quedan obligados solidariamente con los socios ordinarios, en todas las deudas de la sociedad, debe entenderse en el sentido de que se trata "de un efecto en relación con los terceros, que no afecta en nada las relaciones internas: ni las sociales, y aún menos las relaciones con la empresa, derivadas de la existencia de un contrato de trabajo". Y cita como expositores de análoga opinión a los tratadistas Greco y Peretti Griva, en sus obras de Derecho del Trabajo, y Vivante en su tratado de Derecho Comercial.

Esta observación no destruye —en concepto del Tribunal Supremo— los fundamentos de la tesis de la mayoría de los tratadistas de Derecho laboral, ya citados, porque la responsabilidad común en las deudas o pérdidas o riesgos de la compañía está establecida como requisito de la esencia de ese contrato de sociedad, por la igualdad en que deben estar siempre situados los socios, tanto en la participación de esas pérdidas como en la de las utilidades, dado el afán de lucro

que los mueve. Y es natural que esa igualdad se manifieste en el caso de las deudas, de modo que no sólo —como dice Deveali— se presenta frente a terceros esa responsabilidad, sino también entre los socios mismos para saber la cuota que le corresponde a cada uno en ellas o si está estipulada también la solidaridad para su pago.

Cuando el patrono y el trabajador acuerdan que participan en las pérdidas de la empresa —suponiendo que esto se aceptara—, esa estipulación contractual no miraría sólo a los terceros —como expone Deveali— sino que también regularía las relaciones entre uno y otro, entre empleador y asalariado, por razón de las deudas que por ese riesgo pudieran sobrevenir. Y la principal consecuencia que para los dos contratantes tendría una cláusula semejante sería la de equiparlos, la de igualarlos en ese riesgo al hacerlos copartícipes de él. Lo que no deja de ser una estipulación de trascendencia para ellos en sus relaciones internas, pues los coloca en un plano de asociación y de igualdad que no es compatible con el de jerarquía y subordinación del contrato de trabajo.

Por otra parte, cuando se estipula en un contrato que participarán ambas partes en las pérdidas, es natural que cada una de ellas tenga ingerencia en la dirección de los negocios porque no es concebible, lógico ni justo que una sola oriente y ambas respondan de esa dirección. La situación del contratante que no puede participar en la dirección y, sin embargo, entra a responder por las pérdidas, es aberrante y, por lo tanto, contraria a todo espíritu de equidad. De allí por qué quien tiene la dirección de la empresa deba correr con los riesgos de ella.

Es natural que puede presentarse el caso de que con una cláusula sobre participación no sólo en las utilidades sino también en las pérdidas, un verdadero contrato de trabajo deje de serlo aparentemente. Es decir, esta teoría de la mayoría de la doctrina puede dar lugar a abusos por medio de simulaciones de contratos de sociedad cuando se trate en verdad de contratos de trabajo. Deveali se muestra muy temeroso de que una situación semejante pueda presentarse. Pero es natural que queda al estudio del juez en cada caso concreto analizar si el contrato real es de trabajo y el simulado de sociedad, de acuerdo con las pruebas presentadas y principalmente con su ejecución y desarrollo, fuera de que es posible una norma legal que resuelva el problema, por ejemplo, que disponga que cuando se trate de utilidades hasta de un porcentaje que puede ser pequeño, pactado por prestación de servicios personales, es decir, que no pase de un diez o un quince por ciento (menor de un cinco por ciento, según

disposición legal en El Salvador), se entenderá asalariado, trabajador subordinado o sujeto de un contrato de trabajo, y que cuando exceda de esa proporción y también participe en iguales pérdidas no será tratado como tal, no será contrato laboral sino de sociedad o asociación. Pero mientras tanto, corresponde a la jurisprudencia decidir de acuerdo con las modalidades especiales de cada caso particular. Por ejemplo, cuando se pacta en un contrato una participación igual o ligeramente equivalente entre las partes, o con una diferencia pequeña entre la del uno y la del otro, y también se estipula participación en las pérdidas no hay duda de que existe la igualdad, la *par conditio* de un contrato de asociación. Distinto es que se estipulen porcentajes pequeños o bajos para uno de los contratantes, sin que participe en pérdidas, y que no se tenga igualdad en la dirección de la empresa, porque allí se presentan más las características de contrato de trabajo que de sociedad o compañía.

3º—Protección al salario.

En forma unánime la doctrina y las legislaciones que regulan el trabajo humano están de acuerdo en que el salario por su esencial carácter vital, debe recibir una protección frente al patrono y a los acreedores en general, tanto del empleador como del mismo asalariado.

Esa protección se otorga por la ley en diversas formas de modo que el salario pueda llenar su noble fin, y así, por ejemplo, el patrón no podrá deducir, retener o compensar suma alguna que lo rebaje o disminuya.

No hay necesidad, para efectos del presente recurso, de entrar a analizar las distintas legislaciones sobre el particular, pues en la nuestra existen preceptos muy claros y justos al respecto, que recogen las tesis fundamentales de la doctrina y de las normas de otros países, y que están consignados en el Decreto 2127 de 1945, sobre contrato individual de trabajo. Especialmente otorga esa protección su artículo 27 que prohíbe a los patronos pagar en especie, deducir, retener o compensar suma alguna del monto del salario o de las prestaciones en dinero, sin orden específica suscrita por el trabajador, en cada caso, o sin mandamiento judicial, y consagra otras prohibiciones que no es necesario mencionar aquí.

C.—MANDATO. ALTOS EMPLEADOS. FACTORES DE COMERCIO. SUCURSAL.

En un principio parecía necesario entrar a estudiar con gran detenimiento la diferencia entre el contrato de trabajo y el de mandato,

y especialmente la noción de factor de comercio en la doctrina y la legislación. Mas, como lo ya expresado sirve en gran parte para fijar el criterio acerca del recurso propuesto, sólo bastará considerar sucintamente el primer tema, pues lo relacionado con los factores sí habrá de estudiarse con atención por su importancia para el análisis de la demanda de casación.

Sintéticamente, se tiene que la doctrina en el derecho laboral considera que la diferencia sustancial existente entre el contrato de trabajo y el de mandato es la de que los servicios en este último son deliberativos y en aquél ejecutivos, es decir, el mandatario delibera el negocio jurídico de su mandante, al paso que el trabajador realiza o ejecuta la labor convenida.

Para Deveali, esta distinción es fundamental, pero, en cambio, para De la Cueva, ambos contratos se diferencian, de acuerdo con la antigua noción romana conservada por los códigos civiles del siglo XIX, en que el mandato comprende exclusivamente la realización de negocios jurídicos.

El Código de Comercio Terrestre colombiano define en su artículo 331 el mandato comercial como un contrato por el cual una persona encarga la ejecución de uno o más negocios lícitos de comercio a otra, que se obliga a administrarlos gratuitamente, o mediante una retribución, y dar cuenta de su desempeño. El artículo siguiente dice que hay tres especies de mandato mercantil: la comisión, la preposición y la correduría o agencia de cambio. Para el estudio del recurso, sólo interesa la segunda de esas especies, o sea la preposición.

Denomina de esa manera, es decir, preposición, el artículo 435 del mismo Código, a aquel contrato por el cual una persona encomienda la administración de un establecimiento mercantil o fabril o de una parte de él a otra, que la acepta y se obliga a desempeñarla por cuenta del comitente. Hay dos clases en este contrato. La de "factor" que se refiere a la administración de un establecimiento mercantil o fabril, y por lo tanto recibe dicho nombre la persona encargada de esa administración. Y la de "dependiente de comercio" que es la relacionada con la gestión de operaciones relativas a una determinada parte del giro de un establecimiento, debiendo obrarse bajo la inmediata dirección del comitente o patrón, y recibe dicho nombre la persona que se encarga de esa gestión.

El comentarista de nuestro Código expresado, doctor Félix Cortés, considera que los factores son comerciantes por el hecho de encargarse de la administración del establecimiento, de acuerdo con el ordinal 11 del artículo 20 de ese estatuto, que expresamente incluye

como "actos de comercio", en ese ordinal, "la administración de un establecimiento o empresa mercantil, aunque el propietario no sea comerciante", es decir, el contrato de factor de comercio. Y en el caso de quiebra del establecimiento en que el factor se halla empleado —agrega el mismo comentarista— a esa quiebra irán los bienes del dueño, no los de los factores y dependientes ("Comentarios al Código de Comercio Terrestre", Bogotá, 1933, páginas 161 y 164). No participa en los riesgos de la empresa, no responde de las deudas, como en forma general lo establece el código respectivo en sus artículos 437 y siguientes.

En la Argentina, los señores García Martínez consideran que el factor, como los demás empleados de comercio que de un modo continuado y permanente ejercen su actividad a favor de un principal, se encuentra vinculado a éste por un contrato de locación de servicios (contrato de trabajo), no obstante ser el factor un representante, aun cuando a renglón seguido expresan que el factor no es un mandatario porque el contrato que media entre él y su principal no es de mandato sino de locación de servicios (páginas 47 y 48). Más adelante expresan el concepto de factor en la legislación argentina, que es el mismo de la nuestra, aunque no incluido expresamente dentro del mandato, pero en todo caso, allá se denomina así a la persona a quien un comerciante confiere la administración o dirección de todos sus negocios mercantiles o la de un establecimiento particular (artículo 132 del C. de Co. argentino), o sea, la misma de nuestro código.

Para Siburu, citado por los autores expresados, el factor reemplaza a la persona del principal, es el *alter ego* de éste, en lo cual se diferencia del simple dependiente de comercio, que sólo ayuda o auxilia.

De acuerdo con esto, dichos tratadistas han considerado al factor como un empleado de comercio y se distinguen los aspectos interno y externo que originan su relación jurídica. El interno, según el cual es un empleado de comercio vinculado por contrato de trabajo al comerciante dueño del establecimiento, y el externo, que lo constituye en un representante general y permanente de ese comerciante que le ha otorgado la facultad de administrar y realizar sus negocios. Y, al contrario de nuestra legislación, ellos no lo consideran comerciante, porque ejerce el factor su comercio en nombre ajeno.

Semejante al factor, en la Argentina, es el habilitado, que tiene participación en las utilidades de los negocios que se le encomienden, bien en algunas operaciones o en una sucursal o agencia general di-

rigida por él. Y la jurisprudencia de ese país ha considerado que el habilitado tiene celebrado contrato de trabajo, como el del principal y su factor.

Deveali, por el contrario, comentando la legislación argentina ya citada, dice que no es suficiente la calidad de "factor" para ser considerado empleado, sino que es necesario el concurso de los otros requisitos a que se refiere la ley, aunque esa situación no es incompatible con la de empleado. Y la jurisprudencia argentina ha considerado, de acuerdo con Siburu y Vivante, que la distinción entre mandato y locación de servicios estriba en que el mandatario tiene la facultad de deliberar con respecto al negocio jurídico de su mandante, al paso que el locador de servicios, por el contrario, no pone al servicio del principal su aptitud para resolver sobre el negocio sino su habilidad intelectual o manual, no delibera sino que entra a actuar cuando la resolución ha sido tomada por su principal.

La anterior es la misma idea de De Litala cuando explica la diferencia entre el mandato y el contrato de trabajo, pues dice que esa distinción consiste especialmente en la naturaleza de la obra prestada, que es administrativa y está dirigida al cumplimiento de un determinado negocio en el mandato, mientras que tiene carácter ejecutivo y por lo general continuativo en la locación de servicios (pág. 12).

En México se ha considerado la situación de los "altos empleados" de un modo diferente, tanto por la doctrina como por los tribunales, puesto que, para De la Cueva, por ejemplo, no celebran contrato de trabajo porque no tienen vínculo de subordinación pues su función consiste en la dirección general de la empresa, en la que se sustituye a la persona del propietario por el director general o gerente. El mandatario, para ese autorizado expositor, puede ser trabajador asalariado cuando exista una verdadera relación de subordinación, pero no cuando la marcha de una negociación se pone en manos de un mandatario, pues se produce una situación distinta. Y para la Suprema Corte de ese país, esos altos empleados —directores, administradores y gerentes— son trabajadores en relación con la empresa a la que sirven, siempre que no formen parte integrante de ella o no estén vinculados a sus resultados económicos, porque, de lo contrario, es claro que sí serían patronos (sentencia citadas por De la Cueva, páginas 459 y 460).

Gaete Berríos, siguiendo la noción de "factor" del Código de Comercio de Chile, que lo incluye dentro del contrato de mandato mercantil, como gerente de negocios o establecimientos comerciales o fabriles (artículo 237), expresa que es propiamente un comerciante

y constituye el caso más típico de mandato comercial, al paso que el dependiente de comercio, según el criterio de la legislación común, debería regirse por las reglas del arrendamiento de servicios (contrato de trabajo), antes que por las del mandato.

Por último, para no abundar en más citas, Krotoschin considera que no puede ni debe darse una respuesta categórica, en abstracto, acerca de este difícil problema. Pero, no obstante, dice a continuación que "aun suponiendo la posibilidad y la existencia de una relación contractual entre la persona jurídica (sociedad) y el director, por la cual se regularían las condiciones de trabajo de éste, difícilmente podría llegarse a decir que mediante este contrato se hubiese creado una situación de dependencia jerárquica" (págs. 80 y 81).

En la doctrina alemana no ha habido uniformidad de criterio al respecto, pues en el derecho germano no se separa radicalmente el contrato de trabajo del de mandato. En la francesa no es posible reunir esos dos contratos en uno sólo. Y la española rechaza, con base en su legislación positiva, el carácter de trabajadores o sujetos del contrato de trabajo a los directores, gerentes y altos funcionarios de empresas, por su elevada capacidad técnica, la importancia de sus emolumentos y la índole de su labor que los hace considerar más bien como trabajadores independientes.

Ahora bien. Para completar este análisis, es preciso tener en cuenta la noción de "sucursal" en el derecho mercantil, por ser necesario aclarar ese concepto para la decisión del recurso.

LA SUCURSAL

Se distinguen en el derecho comercial la casa principal o empresa matriz, la filial, la sucursal y la agencia. No hay necesidad de entrar a fijar el concepto de la principal o matriz, por ser obvio su sentido, mas sí los otros.

La **filial** se reconoce por reunir estos dos caracteres esenciales: a) es una verdadera sociedad, distinta de la empresa matriz que la ha creado, y tiene, por tanto, una personalidad jurídica y una organización propia; y b) más, a pesar de esta independencia aparente, está en el hecho subordinada a la empresa matriz, la cual tiene en su cartera la mayor parte, y aun, por lo general, la totalidad de las acciones de la filial; además, es la empresa matriz la que nombra los órganos administrativos de la filial y controla la actuación de esos mismos órganos.

La **sucursal** tiene estas características:

a) Es la simple extensión de una empresa principal que tiene, por lo común, el mismo objeto de ésta;

b) Presenta, no obstante, una importancia lo suficientemente grande para revelarse a los terceros por una instalación material apropiada al objeto de su explotación; y

c) Está dirigida por un representante de la casa principal, con facultades para obligar a esta última y contratar con terceros en su nombre.

Se ha dicho también que la sucursal, por ser una simple extensión de la empresa principal, está subordinada a esta última, no tiene personalidad jurídica propia, ni organización independiente por ser sus empleados unos dependientes de la casa principal.

Respecto de la **agencia**, no existe, según la doctrina, un criterio preciso para distinguirla de la sucursal, pero algunos tratadistas intentan encontrarlo en que los poderes del director de la sucursal son, en general, mayores que los del simple director de agencia, y en que el volumen de negocios de la sucursal es más importante que el de la agencia (Vicente y Gella, Derecho Mercantil).

Expuesta en esta forma, y como cuestión preliminar, la doctrina, aun la más encontrada y opuesta acerca de los muy importantes problemas que la demanda de casación plantea o sugiere, corresponde entrar a analizar los cargos que en ella se formulan contra la sentencia de segundo grado, y, por el orden en que están propuestos, debe estudiarse el primero, sintetizado atrás exactamente.

ESTUDIO DEL PRIMER CARGO

En primer lugar, el contrato a que se refiere el recurso y que se discutió en las instancias, fue celebrado en 1932, es decir, cuando no se había dictado la mayoría de las normas legales que cita el cargo como infringidas, y especialmente las que regulan el contrato de trabajo de empleados particulares y ese mismo convenio, en forma general; pero de acuerdo con uno de los principios fundamentales del Derecho del Trabajo es posible esta acusación, en principio y sin calificar el contrato celebrado entre las partes como de naturaleza laboral o común, porque la legislación social es de aplicación inmediata, por ser de orden público. De modo que, dentro de las tesis del recurrente de que ese contrato es de trabajo, bien puede él acusar por infracción de unas disposiciones legales acerca de ese contrato, que

surgieron a la vida jurídica con posterioridad a su celebración. Distinto es el Derecho Civil, porque, por su fundamental sentido de derecho privado, se entienden incorporadas en los contratos las leyes vigentes al tiempo de su celebración y sólo las posteriores de orden público (artículo 38, Ley 153 de 1887).

En segundo lugar, el recurrente acusa el fallo de segunda instancia por infracción directa de unas normas legales y a continuación sustenta el cargo diciendo que esa violación ocurrió como consecuencia de error de hecho por apreciación equivocada y falta de estimación de pruebas. Incurrió por lo tanto en un claro defecto de técnica de casación, porque la infracción de una disposición legal puede ser directa o indirecta. Es de la primera clase cuando hay una equivocada interpretación de la ley en sí misma considerada o ha dejado de aplicarse al hecho controvertido o se la ha aplicado pero en forma defectuosa. Y es indirecta cuando ocurre a través de la apreciación probatoria y entonces el error puede ser de dos clases, de derecho o de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. El recurrente incurrió en error de técnica, según se expresó, porque acusa el fallo por infracción directa a través de pruebas, cuando esta forma de violación legal es precisamente la indirecta.

Pero para obrar con amplitud, se analizará el cargo porque en lo demás y en términos generales, está planteado con sujeción a la técnica de este recurso extraordinario, salvo las observaciones que en el curso de esta providencia habrán de formularse.

Principia el recurrente formulando distintas consideraciones acerca del contrato celebrado entre las partes, para demostrar que se reúnen en él los tres elementos que configuran el de trabajo —la actividad personal, la continuada dependencia y la remuneración— y entrar luego a explicar cómo incurrió el sentenciador en el error de hecho por mala apreciación de las cláusulas 2ª, 4ª y 6ª de tal convenio. En esas consideraciones preliminares al estudio de dichas cláusulas se extiende en alegaciones como en las instancias, que propiamente no incluye dentro de la acusación concreta, porque en ellas se refiere a estipulaciones de ese contrato, no comprendidas en el ataque de este primer motivo, como las cláusulas 1ª, 3ª, 8ª, 9ª, 10ª, 11ª, 12ª, 13ª y 14ª. Por lo tanto, sólo podrá limitarse el estudio del presente cargo a las tres cláusulas que en repetidas veces dice que fueron mal apreciadas y que dieron lugar al error de hecho que plantea, o sean, la 2ª, la 4ª y la 6ª.

Aparentemente es ilógico analizar un contrato de catorce cláusulas sólo en tres de ellas, o más concretamente aún, no parece lo

más jurídico que un fallador deba limitarse a considerar tres únicamente para desentrañar su naturaleza, su verdadero sentido y sus alcances. Pero la índole del recurso extraordinario de casación, que no es una tercera instancia y sólo se circunscribe al examen de los problemas técnicamente planteados por el recurrente, sin que el fallador pueda en el estudio de este medio de impugnación entrar a revisar todo el expediente, todo el haz probatorio ni aun la sentencia toda, sino lo que la demanda de casación señale, hará que no puedan entrar a estudiarse sino esas tres cláusulas porque si a ellas circunscribe el recurrente su deseo de que sean analizadas, posiblemente es por considerar que son las más favorables a sus pretensiones.

Dicen así las cláusulas citadas:

"SEGUNDO. Como colaboradores y bajo la inmediata vigilancia y control del señor Manuel F. Barcha V. se han nombrado de común acuerdo a los señores Elías Jaar y Antonio Ganem, cuyas remuneraciones se estipularán en cláusulas posteriores. Caso de incompetencia o malos manejos de dichos colaboradores, el señor Barcha queda en la obligación de dar informe detallado a "Ganem & Co. S. A.", de esta ciudad y de común acuerdo se procederá no sólo a nombrarles reemplazos sino también a la fijación de la remuneración de dichos reemplazos que en ningún caso será mayor a la que resulte a los señores Antonio Ganem y Elías Jaar según el párrafo tercero y cuarto de ese contrato. Si el reemplazo no fuere necesario a juicio del Administrador de la Sucursal de Quibdó y de acuerdo con Ganem & Co. S. A., de Cartagena, la remuneración mensual por no existir el colaborador cesará, y las utilidades o pérdidas que le correspondan se distribuirán así: dos terceras ($2/3$) partes para Ganem & Co. S. A. y una tercera ($1/3$) parte para Manuel F. Barcha V."

Como el recurrente analiza cada una de las tres cláusulas de que trata, por separado, se seguirá el método por él empleado, para estudiar su acusación.

Respecto de esa cláusula destaca la apreciación del sentenciador, según la cual Barcha aparece de ella con una potestad que es exclusiva de los patronos, como escoger empleados y determinar sus estipendios. Y agrega el fallo que no es una facultad que se le haya delegado, pues de la estipulación deduce que es un derecho de Barcha generado por ese acuerdo, que Ganem & Co. S. A. no podía desconocer sin violar el contrato.

Para el recurrente, las locuciones reflejas "se han nombrado colaboradores", "se procederá a nombrarles reemplazos y a fijarles remuneración", etc., no significan forzosamente, como quiso entender-

lo el Tribunal, que son **ambas partes** (subraya el cargo) quienes han ejecutado o deben ejecutar tales actos. Y que siendo la sucursal de Ganem & Co. S. A. es más racional entender que esas frases indican que fue el propietario quien los ejecutó o tiene atribución para ejecutarlos. Mas el Tribunal Supremo encuentra que la refutación sencilla de esta alegación está en el texto claro de la cláusula, según la cual los nombramientos se hicieron "de común acuerdo" y también "de común acuerdo" se procederá a nombrar reemplazos y a fijar sus asignaciones. Luego, la misma estipulación está diciendo que fue exacta la interpretación del fallador cuando expresó que Barcha había adquirido un derecho a intervenir en esos actos y la frase "de común acuerdo" que ella emplea varias veces también indica que los nombramientos, sus reemplazos y la fijación de asignaciones deberían efectuarse por "ambas partes", según la más simple lógica. Cuando dos contratantes dicen que procederán de común acuerdo, se entiende, y esto es obvio, que deberán actuar ambas, con iguales derechos.

A continuación, el recurrente estima que esa cláusula está estipulando una simple concurrencia de voluntades entre el empresario y el factor y que como no lo apreció así el fallador por equivocada interpretación de ella, incurrió en error de hecho por eliminar en esa forma el elemento subordinación característico del contrato de trabajo.

Para el Tribunal Supremo la interpretación del sentenciador a la cláusula en estudio, en los apartes que menciona el recurrente, es exacta, porque su espíritu no es otro que el que desentrañó la sentencia acusada, cuando dijo que Barcha aparecía de ella con una potestad exclusiva de los patronos, puesto que el derecho a intervenir en los actos de que trata se confiere en un mismo plano de igualdad con el otro contratante y lejos de surgir de esa atribución común una subordinación o dependencia, está denotando, por el contrario, que eran unas relaciones de colaboración, de equivalencia de derechos, de paridad. No surge de esa cláusula la noción de dependencia, ya expresada al principio de esta providencia, en ninguna de sus formas conocidas, sino, por el contrario, consta de ella la participación de ambos contratantes, el señor Barcha y la sociedad Ganem & Co. S. A., en la dirección de los negocios de que trata. Resulta, pues, que el señor Barcha tenía facultad de dirección, pues no otra es el derecho a intervenir en los nombramientos de empleados, escogencia de sus reemplazos y fijación de sus remuneraciones, de acuerdo con la noción de "dirección" de la empresa, opuesta a la de "subordinación" que se dio al comienzo de esta sentencia. Y es que mal puede apare-

cer de ese derecho en común una jerarquía entre los contratantes, para que pueda decirse que de la cláusula en estudio surja el elemento "subordinación" del contrato de trabajo, sino que, como se deja visto, resulta uno completamente opuesto y contrario.

Sólo respecto de los apartes o aspectos analizados acusó el recurrente de errada estimación la citada cláusula, por lo cual no puede entrar a considerarse lo restante.

No está probada esta acusación.

Luégo entra a sustentar el cargo el ataque contra la estimación de la cláusula cuarta, que dice:

"CUARTO. Las utilidades líquidas al fin de cada semestre serán repartidas en la siguiente forma:"

"Para Manuel F. Barcha V., cuarenta y cinco por ciento (45%).

"Para Elías Jaar, diez por ciento (10%).

"Para Antonio Ganem, cinco por ciento. (5%).

"Para Ganem & Co. S. A., Cartagena, cuarenta por ciento (40%), las cuales serán abonadas a una cuenta especial que se abrirá a cada una de las personas mencionadas no pudiendo éstas retirar más del veinticinco por ciento (25%) en cada balance, y el saldo que a su favor resultare, al liquidar el negocio. En caso de pérdidas, serán distribuidas en igual proporción que las utilidades. Si por alguna circunstancia los señores Elías Jaar y Antonio Ganem tuvieren que retirarse de sus respectivos puestos, la utilidad o pérdida que les corresponda en el tiempo transcurrido a partir del último inventario será fijada a juicio del Administrador de la Sucursal de Quibdó y aprobada por Ganem & Co. S. A., de Cartagena, siendo dicha suma agregada o deducida del saldo que aparezca en sus cuentas y el remanente a su favor, si lo hubiere, les será liquidado por intermedio de la oficina de Cartagena y de común acuerdo entre ésta y el interesado; siendo entendido que los colaboradores Elías Jaar y Antonio Ganem sólo responden hasta concurrencia del saldo que resulte a su favor en la cuenta especial de utilidades de cada uno de ellos, y el exceso a su cargo que resultare será aplicado a Ganem & Co. S. A., de Cartagena, dos terceras ($2/3$) partes y a Manuel F. Barcha V., una tercera ($1/3$) parte".

El recurrente dice que la mala interpretación del Tribunal de Cartagena le hizo formular tres reparos a esta cláusula que lo condujeron a negar la **subordinación económica** de Barcha, y por tanto a desconocerle la calidad de contrato de trabajo al suyo de 1932. Esos reparos versan acerca de: a) la participación en las pérdidas; b) la excesiva cuantía de la participación en las utilidades; y c) la

retención de dichas utilidades. Y pasa a estudiar los tres aspectos expresados, pero antes manifiesta que la “subordinación económica” como elemento constitutivo del contrato de trabajo no es otro que la **remuneración** o salario, al paso que la que menciona el artículo 3º del Decreto 2127 de 1945 es la potestad patronal de **dar órdenes** y no la dependencia o subordinación económica. Además, dice que dejó visto cómo la cláusula **tercera** del contrato Barcha-Ganem estipuló para el factor un **sueldo fijo mensual** de \$ 120.00 y, sin perjuicio de éste, se pactó la participación en las utilidades y las pérdidas.

A esta observación preliminar es necesario advertir que el recurrente no acusó la estimación que el fallador hizo de la cláusula 3ª del contrato, de modo que no puede considerarse en casación nada acerca de ella.

Se estudian los tres reparos expresados, sobre la cláusula 4ª.

a) **La participación en las pérdidas.** Al principio de este fallo se sintetizó esta argumentación del recurrente así: Para el recurrente la tesis del Tribunal de instancia de que “un trabajador no puede, sin dejar de serlo para convertirse en empresario, pagar de su peculio las pérdidas que su patrono experimente en la actividad económica que ejerza”, carece de apoyo en la legislación vigente. La ley colombiana, expone el cargo, requiere que haya **salario** y en el caso de Barcha lo hubo en forma de sueldo fijo mensual (cláusula 3ª). Y si, **además del salario fijo**, las partes resuelven estipular una participación en las ganancias y las pérdidas eventuales, libres son de hacerlo, agrega el recurrente, pues la autonomía de la voluntad para contratar ha sido limitada pero no eliminada por las leyes laborales. Luego manifiesta que son cuatro los requisitos que la ley exige para la validez jurídica de los actos de voluntad —capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos— y que, aunque no es aconsejable que los trabajadores participen en las pérdidas de la empresa en donde laboran, esa estipulación es válida porque no está prohibida por la ley, ni desvirtúa la esencia del contrato de trabajo. Y, por último, afirma que “la simple **aleas** puede estimarse como salario” y da el ejemplo del mozo de café o restaurante que contrata por las propinas únicamente de la eventual clientela, sin recibir nada del empresario, por lo cual juega sus proventos a la mayor o menor afluencia de parroquianos y está participando en las pérdidas y las ganancias del establecimiento y, no obstante, es un trabajador asalariado sin duda alguna.

El Tribunal Seccional estimó que la participación en las utilidades y en las pérdidas, estipulada en la cláusula 4ª, da un elemento

al contrato ajeno a la esencia del de trabajo, cual es el riesgo de pérdidas resultante del giro de la empresa. Un trabajador no puede, para el fallador, sin dejar de serlo para convertirse en empresario, pagar de su peculio las pérdidas que su patrono experimente en la actividad económica que ejerza. El trabajador debe entregar un servicio personal a cambio de una remuneración y eso es todo. La única responsabilidad que puede exigirsele es la de que cumpla las tareas convenidas en las condiciones estipuladas, pero no que corra la contingencia de perder de sus haberes si el patrón hace negocios ruinosos. Más, cuando las partes decidieron exponerse ambas a las eventualidades anejas a toda explotación económica que tiene dos posibilidades, el triunfo o lucro y el fracaso o pérdida, se asociaron, se hicieron copartícipes en el negocio. Ya no hubo subordinación económica —concluye— sino equiparación en el mutuo interés de ganar, en el interés de lucro de la empresa.

Entre el razonamiento del recurrente y el del sentenciador, el Tribunal Supremo no vacila en estimar más jurídico, más acorde con la naturaleza del Derecho del Trabajo, con la doctrina sobre el nuevo Derecho y aun con la del Derecho común, la del segundo. Ya en el estudio preliminar que se dejó hecho en el presente fallo, se vio en primer término cuál es la finalidad de este Derecho, cuál es el trabajo que regula, o sea el esfuerzo o labor tomado en un sentido económico, “como factor de la producción”, y que el trabajador presta los servicios para atender a sus necesidades vitales, o sea, “como medio de subsistencia del individuo”. Y más concretamente, el trabajo subordinado. También se expuso detenidamente todo lo relacionado con los elementos constitutivos de la empresa, bien “la unidad de dirección en manos del empresario”, como la que se refiere a los riesgos. De modo especial se analizaron la naturaleza y los fines de la participación de los trabajadores en los beneficios de las empresas, y también si pueden participar asimismo en las pérdidas. La mayoría, casi la unanimidad de la doctrina, con razones poderosas y convincentes, rechaza la tesis de que el asalariado puede responder de los riesgos de la empresa en donde presta sus servicios. Esa participación en los riesgos es nota característica de los contratos celebrados a base asociativa, de asociación, más no en los onerosos celebrados a base de intercambio de prestaciones, como el de trabajo. En todo caso, las notas distintivas o elementos esenciales del contrato de trabajo —prestación de servicios personales, subordinación o dependencia y salario— no contemplan la participación del trabajador en los riesgos o pérdidas de la empresa, de modo que, por una parte,

esta participación es característica de la asociación, de la sociedad, y no figura entre las del contrato laboral.

Ahora bien. Si el derecho del trabajo tiene por finalidad proteger el trabajo humano, a los trabajadores asalariados o subordinados, según la teoría clasista, es apenas natural que un elemental sentido de protección de los trabajadores evite que participen en los riesgos o pérdidas de las empresas o patronos a quienes sirve. Y si se toma esa finalidad en el sentido de las teorías no clasistas, esto es, como la de procurar la justicia en las relaciones entre patronos y asalariados, tampoco es posible admitir que los últimos participen en las pérdidas o riesgos de los primeros, porque un primordial sentimiento de justicia indica que no deben correr con ésa contingencia o posible realidad. No es justo, ni lógico, que el trabajador, que no tiene ingerencia en la dirección de la empresa, sí pueda tener su parte de responsabilidad en los negocios ruinosos en que no ha intervenido ni quizás deba conocer.

El hecho de que se establezca, bien contractualmente o por norma legal, la participación de los asalariados en los beneficios de las empresas, es, según se vio al principio de este fallo, una forma de remunerar, una parte del salario, porque de todos modos el patrón debe pagar una retribución al trabajador, así sea que sufra pérdidas. No puede, pues, aceptar sólo una posible participación de beneficios, porque si no existen ganancias se quedaría sin salario, sin poder atender a su subsistencia y perdería así aquél su fundamental carácter vital o alimenticio.

Por consiguiente, para el Tribunal Supremo el salario no puede ser todo **alea** o suerte, sino que debe existir una remuneración ordinaria, fija, que llene los fines que persigue. Sólo parte del salario puede consistir en esa contingencia, como simple participación de beneficios, pero no como participación en las pérdidas.

En cambio, en los contratos "a base asociativa", el ánimo o fin de lucro de ambos contratantes hace que corran el **alea** de las ganancias o pérdidas en la proporción correspondiente. Al paso que el fin perseguido por patrón y trabajador con el contrato de trabajo, no es igual, toda vez que el primero busca el lucro y el segundo el salario como medio de subsistencia.

El recurrente, por último, dice en apoyo de su tesis de que el trabajador puede participar en las pérdidas o riesgos del patrón o empresa, que "la simple **aleas** puede estimarse como salario", y al efecto cita como demostración el caso de la remuneración por propinas. Fuera de que esta forma de retribución, bien facultativa a vo-

luntad del cliente en cuanto a su pago y monto, o bien la llamada "recargo en el servicio" que cobra el establecimiento en forma de porcentaje de la cuenta respectiva, cuya voz viene del latín "propinare", invitar a beber, y conserva ese significado en las palabras "pourboire", francesa, la alemana "trikgeld" y la catalana "perbeure", está desacreditada, y los primeros en pedir su abolición han sido los mismos trabajadores que solicitan un salario fijo y mínimo a cargo del patrón. Esa forma especialísima de remuneración denominada propina que para Ihering implica cierto servilismo, si bien es cierto que es aleatoria, ha sido considerada por muchos expositores como un sustituto anacrónico del salario, para unos no tiene este carácter, aunque para otros sí lo tiene mediante el lleno de ciertos requisitos. Pero lo cierto del caso es que ha sido abolida en muchos países, como Italia y España (aunque en este país se pactó el recargo del 10% en convenios colectivos en la factura del cliente, en hoteles y restaurantes, para retribuir proporcionalmente a los empleados), y en la Argentina se ha suprimido la propina como donación o liberalidad para los trabajadores gastronómicos y los de peluquerías, si bien se reglamentó la propina llamada "recargo por servicio" a más de un salario fijo mensual, a petición de los trabajadores que han considerado la facultativa como no remuneradora de su trabajo, como deprimente y como manera irregular de retribuir por el público y no por el patrono. Mas lo importante para rebatir al recurrente es considerar, de acuerdo con la doctrina, que "el riesgo" que corre el trabajador remunerado simplemente con propinas es distinto del que asume el patrono. "El hecho de que no recibe propinas —dice Krotoschin si el negocio no prospera, es un "riesgo" que solo cuantitativamente es algo mayor al que corre cualquier trabajador en caso de quebrar el establecimiento; no se trata del riesgo del **empresario**, al cual el trabajador es ajeno aún en el caso de la remuneración por propina" (página 366). Está pues, claramente delimitado o diferenciado el "riesgo" que asume el trabajador remunerado a comisión, con participación de beneficios o por propinas, del que corresponde naturalmente al patrono por insucesos del negocio, por deudas de éste, por pérdidas en general o por la quiebra misma. En aquél, es una suma dejada de percibir, en éste es una suma que debe pagarse. Por lo tanto, no tiene razón el recurrente al exponer su tesis, de que el trabajador puede asumir los riesgos de la empresa, no los suyos comunes sino los ajenos, los del patrón, las deudas de éste.

El cargo plantea otra cuestión en este aparte al referirse a la apreciación del fallador acerca de la estipulación sobre pérdidas y ganancias. El fallo acusado dice que cuando las partes se exponen

al triunfo o lucro y al fracaso o pérdida, se asocian, se hacen copartícipes en el negocio. El recurrente estima equivocada esta conclusión porque para él sigue el sentenciador olvidando que en la cláusula 3ª se estipuló para Barcha un sueldo fijo mensual, no sujeto a las eventualidades del negocio y que en la 4ª se pactó una participación **adicional** a ese sueldo fijo. Mas olvida el recurrente que no acusó el fallo por equivocada estimación de la cláusula 3ª por lo cual no puede el Tribunal de casación entrar a considerarla. De allí que no pueda decirse si en el caso de autos es lógica la afirmación del cargo, en el sentido de que, aparte de su salario fijo, participa en las utilidades y en las pérdidas, por lo cual podría sostenerse a lo sumo que tiene dos calidades jurídicas distintas, simultáneas y yuxtapuestas: la de asalariado y la de asociado; pero no —agrega esta acusación— que esta última prive de todos sus efectos jurídicos a la primera.

En el caso concreto en estudio, el recurrente ha sido muy explícito al acusar sólo de errada estimación tres cláusulas del contrato, entre las cuales no figura la 3ª de la que dice que estipula un sueldo fijo mensual para su representado. Mas el Tribunal Supremo no ha rehuído, a pesar de tan fundamental error de técnica, el estudio del problema jurídico propuesto, así sea en abstracto, y al efecto lo analizó al principio del presente fallo en los apartes relativos al contrato de sociedad, a la remuneración con participación de beneficios y a la responsabilidad en los riesgos de las empresas. Y no hay para qué repetir aquí las conclusiones que dejó allá expuestas, por el defecto de técnica de casación anotado.

b) **Cuantía excesiva de la participación.** El recurrente ataca en este aparte la consideración del fallador de que es un indicio grave, casi vehemente, de que se trataba en el de autos de un contrato distinto al de trabajo y más bien de uno en virtud del cual se asociaban ambos litigantes para comerciar por cuenta y riesgo mutuos, y es el de la “ingente cuantía” de la participación que le correspondía a Barcha en las utilidades líquidas del negocio. Para el Tribunal Seccional ese cuarenta y cinco por ciento (45%) de utilidades de Barcha y, en cambio, para Ganem sólo un cuarenta por ciento (40%), “está indicando que no era empleado sino un copartícipe o socio en el negocio”. Y explica aún más: “De aceptar la estimación que hace Barcha en su demanda de haber sido un empleado, tendríamos (sic) el singularísimo caso de que un solo trabajador de una empresa, o factor, ganara de las utilidades líquidas por concepto de sueldo más que la empresa, que lo era un almacén de comercio. Las doctrinas más avanzadas sobre equidad en la valoración y retribución del tra-

bajo dentro de la producción, quedarían rezagadas ante esta forma de remuneración. Hablando en cifras, que son siempre más dicientes, esa cláusula le valió a Barcha una ganancia de \$ 71.405.26 del 6 de junio de 1932 al 12 de febrero de 1941, según reza el dictamen de la inspección ocular sobre los libros”.

Por su parte, el recurrente ataca esta interpretación del fallo diciendo que olvidó que en la misma proporción, es decir, más que la empresa, participaba el factor en las pérdidas eventuales del negocio, lo que demuestra su errónea interpretación de esta cláusula.

Para el Tribunal Supremo es exacta y jurídica la consideración del fallador de instancia, que se refuerza aún más con la aparente objeción del recurrente. En efecto, el mayor porcentaje de utilidades de Barcha sobre el de Ganem está denotando la asociación, es decir, que las relaciones entre ellos se establecieron como expresa la doctrina, sobre base asociativa. Y la participación en pérdidas en una proporción igual también está indicando esa **par conditio** de las relaciones asociativas, esa igualdad que debe existir en ellas, que aparece francamente opuesta a la relación de jerarquía del contrato de trabajo. Mal podría decirse que mientras el llamado “trabajador” obtiene una participación mayor que su llamado “patrón”, en las utilidades líquidas del negocio, y que en igual proporción corre con los riesgos, se esté en presencia de una relación de dependencia o subordinación, sino en una de mutuo interés o de explotación en común de una actividad económica. Y el hecho de participar en las pérdidas el señor Barcha, está reforzando la argumentación del fallador y no destruyéndola, porque en el Derecho del Trabajo no es aceptable, de acuerdo con la mayoría o casi unanimidad de la doctrina, y siguiendo las distintas teorías que tratan de explicar la naturaleza y el alcance del nuevo Derecho, que el asalariado participe en las pérdidas de su patrón.

Pero el recurrente considera esa interpretación del sentenciador de la cláusula **cuarta**, en relación con la cláusula **sexta** del mismo contrato, que a la letra dice:

“**Sexto.** Todas las compras o pedidos de mercancías de la Sucursal de Quibdó, serán hechos por intermedio de la Oficina de Cartagena y los precios de factura serán aquellos que rijan en la plaza de Cartagena para ventas el (sic) por mayor, y de contado en oro legal colombiano, pudiendo los señores Ganem & Co. S. A., de Cartagena, otorgar mejores beneficios a la Sucursal de Quibdó si así lo creyeren conveniente. Los fletes causados en los vapores de la “Empresa de Navegación Fluvial” tendrán una tarifa especial para la Sucursal de

Quibdó y en todo caso serán inferiores a los que se cobren a otros comerciantes de aquella plaza.”

Para el recurrente hubo errónea apreciación de la cláusula **cuarta** en relación con esta **sexta** que acaba de transcribirse, que asimismo estima mal considerada, pues dice que el fallador no examinó cómo se deducían las utilidades líquidas. Expresa que por ser el negocio de Ganem, de Cartagena, de compra y venta de mercancías, porque eran dueños de almacenes en dicha ciudad y grandes importadores y vendedores mayoritarios, esa cláusula **sexta** del contrato de 1932 que obligaba a efectuar todas las compras o pedidos de mercancías de la sucursal de Quibdó, por intermedio de la oficina de Cartagena, que fijaba como precios de factura aquellos que rigieran en esta última ciudad para ventas al por mayor, y que estipulaba una tarifa especial para los fletes causados en los vapores de la Empresa de Navegación Fluvial, estaba indicando nada menos que Ganem vendía o cargaba a su sucursal de Quibdó sus propias mercancías **al mismo precio a que las vendía en Cartagena** a su cliente local, precio que ya entrañaba una utilidad de Ganem. Y a quien le asegurara ese mercado de Quibdó, dice el recurrente, en esas condiciones, podía otorgarle Ganem el 100% de las “utilidades líquidas”, pues aún sin recibir nada por concepto de ganancias de esa sucursal, ya las recibía por concepto de las utilidades en los precios de venta para Cartagena. Y si a esto se agrega —expresa el recurrente— que Ganem & Co. eran los propietarios de la única línea de vapores entre Cartagena y Quibdó, y la sucursal pagaba “fletes” por transporte en esos barcos aún con “tarifa especial” o “inferior a la que se cobrara a otros comerciantes de aquella plaza”, iba envuelta la utilidad de que viven todas las empresas de navegación. Y si en lugar de ceder el 100% de esas utilidades líquidas —concluye esta acusación— encontró quién se contentara con el 45% y aún más, quién participara en las pérdidas eventuales, no es el caso de compadecer a esa sociedad, como lo hace el sentenciador, por haber celebrado un contrato verdaderamente leonino.

Se estudia este ataque.

En primer lugar, el análisis anterior que el recurrente hace de las dos cláusulas 4ª y 6ª del contrato de 1932, parte de la base —que menciona expresamente— de que Ganem & Co. S. A. eran dueños de almacenes en Cartagena, de compra y venta de mercancías, grandes importadores y, sobre todo, vendedores mayoritarios. Y también de otra —asimismo contemplada de modo expreso— según la cual esa misma compañía de Ganem era propietaria de la única línea de va-

pores entre Cartagena y Quibdó. Además, surgen dos hechos también importantes, de la acusación en referencia, como los de que la casa de Cartagena **vendía** o cargaba a la sucursal de Quibdó mercancías y esta última **pagaba fletes** de transporte a aquélla.

Como puede observarse fácilmente, este estudio del recurrente parte de hechos no alegados en casación, que surgen de pruebas no mencionadas, que no se sabe si existen en el expediente, ni se citan entre las mal apreciadas o no estimadas por el fallador, y que por lo tanto hubieran dado lugar a error de hecho por no haberlas tenido en cuenta. Porque, se pregunta el Tribunal Supremo, ¿cómo aparece probada la calidad de comerciantes al por mayor de Ganem y Co., de Cartagena? ¿Y cómo consta que efectuaran ventas a la sucursal de Quibdó? ¿Y cómo resulta que aquella sociedad cartagenera fuera la propietaria de una línea de vapores? ¿Y cómo aparece evidente la afirmación de que esa era la única línea de navegación entre Cartagena y Quibdó? ¿Y dónde está y cuál es la prueba de que el negocio de esta última ciudad pagara a la casa de aquélla "fletes" de transporte? Es decir, esta acusación parte de hechos cumplidos, de negociaciones efectuadas, de calidades ciertas, bien de comerciantes mayoritarios o de propietarios de una única línea de navegación, etc., y ninguno de esos hechos ha sido alegado en casación como demostrado por determinadas y precisas pruebas, que a su vez se hubieran apreciado mal o dejado de estimar. Para que este ataque hubiese sido completo y pudiese, por lo tanto, estudiarse en la forma propuesta, ha debido el recurrente acusar también el fallo por no haber tenido en cuenta las pruebas que dan por demostrados esos hechos en el expediente. Mas el recurso de casación, por no ser una tercera instancia, no plantea al Tribunal encargado de decidirlo, el estudio completo del proceso, de todo el haz probatorio, de todas las cuestiones debatidas en las instancias, sino únicamente de aquellas que haya propuesto la demanda que funda el recurso y dentro de éstas, sólo las que se ajusten a la técnica rigurosa que rige este medio de impugnación extraordinario y haya considerado la sentencia recurrida.

Pero hay más todavía. Este ataque versa acerca de una cuestión fundamental de hecho, como es la manera de liquidar utilidades, o el modo como, según el recurrente, se verificaba esa liquidación. Y para pasar del campo de la mera especulación o de las simples deducciones, ha debido indicar alguna prueba mal apreciada o dejada de apreciar que demostrara fehacientemente que esos beneficios se liquidaban después de la serie de operaciones que él alega. Es decir, para que el error de hecho de que acusa al sentenciador apareciese

claro y evidente en los autos, como lo exige la ley y la técnica de este recurso, ha debido indicar la prueba que acreditase una operación real, verdadera y no teórica, llevada a efecto por las partes en alguno o algunos de sus balances y sólo así hubiera podido resultar notoria la equivocada estimación del fallador sobre la manera de liquidar las utilidades. Pero no lo hizo, así, luego su cargo por este aspecto resulta incompleto y deficiente.

Más, suponiendo que los hechos aquí alegados por el recurrente fuesen ciertos y que hubiese indicado las pruebas que los demuestran, se tendría también, como lo afirma con razón el opositor, que por el hecho de vender mercancías la casa de Cartagena a la de Quibdó y por el de cobrarle, como propietaria de una empresa de navegación, los fletes de transporte de ellas, se estaba indicando que ambos negocios eran distintos, que las dos casas eran sujetos comerciales diferentes que negociaban entre sí, puesto que ambos contratos —de compraventa y de transporte— no bilaterales, se celebran entre dos personas, pero resultaría absurdo si así no fuese que la casa de Cartagena se vendiese a sí misma mercancías y se pagase a ella misma los fletes de transporte en su propia empresa de navegación. Nadie puede celebrar un contrato bilateral consigo mismo; ninguna persona puede celebrar con ella misma un contrato de compraventa, ser a un tiempo comprador y vendedor, ni tampoco el de transporte, es decir, ser a un tiempo remitente o consignante y cobrarse a sí misma el porte como empresario de transportes o conducciones. Una persona puede reunir las dos cualidades en el de transporte, pero sin celebrar contrato de esa naturaleza, cuando en sus propios vehículos conduce sus productos, que no es el caso propuesto o que surge de la cláusula 6ª, porque ésta habla de fletes estipulados entre el empresario de transportes o su representante y el remitente y consignatario, es decir, entre dos partes contratantes de negocios disímiles.

Finalmente, acerca de la apreciación indiciaria hecha por el sentenciador, ha dicho la Corte Suprema de Justicia reiteradamente que la apreciación de los indicios, que hace con plena libertad el Tribunal de instancia, no puede ser atacada en casación por error de hecho si no va contra la prueba misma de los hechos generadores del indicio. Y esa doctrina, aparece muy lógica, porque esa estimación es íntima, más moral que jurídica, y sólo puede resultar equivocada cuando se basa en hechos que en verdad no figuran demostrados en el expediente o que sí lo están pero no sirven de base para la existencia del indicio. Es decir, sólo puede atacarse en casación la estimación de indicios por error de hecho, cuando la interpretación del juzgador ha sido tan absurda que pugne con la manifiesta evidencia de los hechos,

en otra forma demostrados en el proceso, o cuando deba descalificarse por falta de conexión con el hecho que se quiere demostrar.

Y en el caso de autos no ha ocurrido ese error porque la estimación indiciaria la ha deducido el fallador de hechos probados en el expediente y aplicables a la solución del litigio que tuvo **sub-judice**.

No está probada esta acusación, no sólo por incompleta sino también por contraproducente.

c) **La retención de las utilidades.**

El sentenciador estimó que la estipulación de la cláusula 4ª, que sólo permitía a Barcha retirar el 25% de sus utilidades líquidas en cada balance y el resto al liquidarse el negocio, equivale a una retención de salario. El recurrente considera errada esa apreciación porque el factor Barcha no era partícipe sólo de ganancias sino de pérdidas y únicamente al liquidarse el contrato podría saberse apenas si, en definitiva, hubo o no utilidades por repartir. Para el representante del señor Barcha, ese 75% restante de las utilidades de cada semestre venía a constituir una especie de fondo de garantía para atender, **sin afectar el peculio o el sueldo fijo mensual del empleado**, cualquier pérdida futura. Además, si fuera retención de salario, que no lo es para el recurrente, sólo sería nula en cuanto la retención pactada exceda de la cuota máxima embargable permitida por la ley.

Se estudia este aparte.

El Tribunal Supremo no encuentra acertada la interpretación que da el recurrente a esta estipulación, cuando dice que sólo al liquidarse el contrato se sabía si en definitiva hubo o no utilidades para repartir, porque el texto expreso y el espíritu de la cláusula 4ª de que se trata es muy distinto. En efecto, en ella se estipula que las utilidades líquidas **"al fin de cada semestre"** (subraya el Tribunal) serán repartidas en las proporciones ya indicadas, "no pudiendo —agrega— retirar éstas (es decir, las personas que participen de utilidades) más del veinticinco por ciento (25%) **en cada balance**, y el saldo que a su favor resultare, **al liquidar el negocio**".

Luego la liquidación de beneficios debería hacerse en cada balance, y si en verdad se habían producido, sólo se permitía retirar una cuarta parte de ellos y el resto al liquidarse el negocio. Es decir, esas tres cuartas partes restantes, ese 75% de unas utilidades líquidas, reales, ciertas, de una suma de dinero efectiva, entraban a aumentar el capital, se capitalizaban para continuar la actividad comercial con mejores perspectivas. En esta forma, el señor Barcha entraba a aportar, desde que el primer balance arrojara utilidades, dinero efectivo, sumas ciertas de dinero, esto es, introducía al negocio

en común un aporte en cantidad líquida. Ese saldo de utilidades ciertas, en caso de éxito en los balances semestrales, podía ser retirado al concluir el negocio, mas si después se liquidaban pérdidas es natural que, de acuerdo con la misma cláusula, deberían responder de ellas las partes en la proporción estipulada. De modo que, aun existiendo el llamado por el recurrente "fondo de garantía", que no era en realidad el espíritu de ese aporte de parte de los beneficios, sino deseo de capitalización, tampoco puede concluirse con el recurrente que es contrato de trabajo y no de asociación o sociedad el de las partes; porque la capitalización allí estipulada y la participación común en pérdidas le da más categoría de convenio de la última clase que de la primera.

En las compañías se acostumbra formar lo que a las anónimas exige la ley como "fondo de reserva" (Leyes 42 de 1898, artículo 1º ordinal 8º, 51 de 1918, artículo 25, y 58 de 1931, artículo 37), o sea la cuota de los beneficios que debe quedar en las arcas de la compañía y que no puede ser repartida como utilidades o dividendos entre los socios. De modo que es muy similar esa cláusula sobre capitalización del 75% en el contrato en estudio, a la de esas sociedades, y al mismo tiempo denota más la existencia de un convenio sobre base asociativa que uno de trabajo, pues en éste no existe capital en común ni fines de lucro mutuos, que hagan necesaria o aceptable una reserva o capitalización semejante, al paso que en las sociedades sí ocurre esto por la índole de tales contratos, su naturaleza y sus fines.

Ya se vio en el estudio jurídico preliminar de este fallo que la participación de utilidades como salario puede satisfacerse en forma mixta, es decir, parte con pago directo, en cada balance o cada año, y parte en forma indirecta o diferida, cuando se aplaza su pago por uno o más años o balances, y esta última se acredita en una cuenta especial, principalmente con el fin de entregársela al asalariado cuando llegue a la incapacidad. También se dejó analizado en ese estudio que el salario se protege contra el patrón y contra los acreedores en general, bien los del empresario o los del asalariado mismo. Por esto, el patrono no puede retener el salario de su trabajador, según la doctrina y nuestra legislación.

Si se entendiera que la cláusula en estudio al ordenar que un 75% de las utilidades líquidas de Barcha se entregaría sólo al finalizar el negocio, fuese retención de salario, es decir, si se estima que ese contrato es de trabajo, dicha interpretación no sería correcta porque a lo sumo se trataría de una forma de remuneración con participación de utilidades mixta, según lo expuesto. Mas lo que sucede es que esa estipulación no denota la existencia de un contrato

de trabajo sino de uno "a base asociativa", según se ha dicho y repetido en esta providencia, por lo cual resulta todavía más injurídico decir que esa cláusula trata de retención patrimonial de salario.

Pero el Tribunal de Cartagena no incurrió en error al interpretar esa estipulación, puesto que de ella dijo que "sólo es propia de la sociedad". Lo que agregó fue que el pago del 25% y el abono del 75% restante a una cuenta para retirarlo sólo al fin del negocio, no era posible en un contrato de trabajo porque equivaldría a retención de salario y aplicación de él por el empleador para su mayor beneficio en la explotación de la empresa. A esto último habría que observar que si el contrato fuese de trabajo y remunerado en parte con beneficios, esa cláusula sería admisible en cuanto el abono de tales utilidades debería tenerse siempre listo para el trabajador en una cuenta especial, es decir, sin que el patrón pudiera disponer de ella; pero cuando esa parte de beneficios entra al fondo común, al patrimonio o capital general de la empresa o patrono, no se está sencillamente en el caso de retención de salario con fines no de carácter social, sino de incremento de la explotación económica, con afán de lucro del empresario o de ambos.

Más, si esa forma de abonar utilidades ocurre en un contrato que tiene más el carácter de sociedad, por cuanto todas las partes corren también con el riesgo del negocio y participan en la dirección de la empresa, se trataría de una usual y legal distribución de beneficios en las compañías entre los socios.

No aparece, por lo tanto, demostrada la acusación.

Termina así la exposición de este primer cargo relacionada con el error de hecho de que acusa al fallador por equivocada apreciación de las cláusulas 2ª, 4ª y 6ª del contrato de 1932. Continúa el estudio de las pruebas no apreciadas por el sentenciador, según el recurrente.

La primera de esas probanzas no estimadas, que menciona el cargo, es la confesión implícita del apoderado de la compañía Ganem, hecha en la contestación de la demanda, cuando alegó la prescripción de la acción por salarios y sólo "como cosa subsidiaria" entró a referirse a los hechos de la demanda. Y concluye el recurrente que como quien alega en forma principal que está prescrita una acción, emanada de las leyes del trabajo, está confesando que se trataba de una relación jurídica cobijada por la norma legal específica sobre contrato laboral, al no apreciar el fallador esa confesión violó los artículos 603 y 607 del C. Judicial que ordenan estimarla.

Después de este planteamiento del problema, se extiende en di-

versas consideraciones acerca de la prescripción alegada, explicando que lo hace aunque el fallo acusado ni tampoco la sentencia de primer grado se detuvieron a examinar este aspecto de la supuesta prescripción alegada por la compañía demandada.

Se considera esta acusación.

Ya ha dicho esta Corporación siguiendo conocida interpretación doctrinaria y jurisprudencial, que la confesión de parte consta de tres elementos que miran al objeto, a la forma y a la persona que la formula, o sean el objetivo, el intencional y el subjetivo ("Gaceta del Trabajo" números 2 a 4, páginas 115 y 116).

El primero, que se refiere al objeto, debe versar acerca de un hecho personal o propio de quien la hace y contrario a sus intereses, más no sobre el derecho. El segundo, o sea el intencional, consiste en la voluntariedad de la declaración, en el ánimo de confesar con que se hace, que en la doctrina se conoce como el **animus confitendi**. En este ánimo reside el valor de la confesión, según se acepta universalmente por la doctrina. "**Sin animus confitendi**, no hay confesión", ha dicho Lessona. Y el tercer elemento, subjetivo, se refiere a la persona que confiesa y exige que sea producida por la parte en favor de la otra parte y emane de persona capaz.

Dentro de este último requisito, se considera la validez de la confesión del representante o apoderado, que en el fallo ya citado estudió la corporación. Allí dijo lo siguiente:

"Dos tendencias denotan al respecto las legislaciones de los distintos países. Una, según la cual el apoderado representante legal de una persona puede obligar por medio de confesión a su representado, sin necesidad de autorización expresa o especial con tal fin; en este caso, la simple facultad de representación conlleva la de obligar por la confesión que pueda hacerse en ejercicio del cargo. Y otra, contraria a la anterior, que exige autorización expresa para confesar o para que la confesión que haga el mandatario obligue al mandante."

"En nuestra legislación se contempla un sistema mixto, pues en unos casos se exige autorización expresa para confesar y en otros no, y que puede sintetizarse así:"

"La ley da valor a la confesión del representante legal, gerente, administrador y cualquier otro mandatario de una persona, mientras esté en el ejercicio de sus funciones, en lo referente a contratos u otros actos en que al tenor de sus facultades esté autorizado para obligar al representante o mandante, de acuerdo con lo dispuesto en el primer inciso del artículo 607 del Código Judicial".

"En cuanto a la confesión del apoderado judicial, nuestra legis-

lación dispone que la confesión que alguno hiciere en juicio por sí o por medio de apoderado, relativa a un hecho personal de la misma parte, produce plena fe contra ella (artículo 1769 del Código Civil). Pero el segundo inciso del artículo 607 del Código Judicial aclara este precepto, porque dice que la confesión del apoderado judicial vale cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la que se presume para los escritos de demanda y excepciones y de las respuestas correlativas."

"En resumen: por mandato de la ley, sin necesidad de poder especial para confesar, vale la confesión de un mandatario cuando esté en ejercicio de sus funciones y en relación con actos o contratos en que de acuerdo con sus atribuciones tenga facultad para obligar a su mandante; y vale también, sin necesidad de poder especial con ese fin, la confesión del apoderado judicial hecha en los escritos de demanda y excepciones y en las respuestas correspondientes. Para los demás casos, por ejemplo, para producir una confesión en juicio, en cualquier otro memorial o en una audiencia, se requiere poder especial de la parte; si se efectúa sin esa autorización, no puede asumir el carácter de confesión."

En el caso en estudio, falta el primer requisito, puesto que la alegación de una excepción de prescripción mira al derecho y no a un hecho personal o propio de la parte. Y tampoco se encuentra reunido el requisito intencional, como va a demostrarse.

El apoderado de la compañía demandada propuso la excepción de prescripción de la acción incoada por el demandante "desde el punto de vista en que se considera el caso propuesto por el señor Barcha", y, a continuación, entró, "como cosa subsidiaria", a referirse a los hechos de la demanda. Se colocó, pues, ese apoderado al proponer dicha excepción en la hipótesis de que fuese cierto lo afirmado por el actor, pues no otra cosa quiere decir la frase explicativa de que alega esa defensa "desde el punto de vista en que se considera el caso propuesto por el señor Barcha". Mas lo importante no es esto, sino que al proponerse una excepción no se está confesando, por cuanto aquélla tiende a "defender" a la parte y no a "obligarla". Falta, pues, el **ánimus confitendi** que es necesario para que este fundamental medio probatorio exista. Bien al contrario, no se plantea una excepción con el ánimo de obligar a la parte en cuyo favor se propone, sino con el de contribuir a su defensa. De allí que no exista la confesión de que habla el recurrente.

Por lo demás, no son procedentes en casación las alegaciones que a continuación formula el cargo acerca de esa excepción de pres-

cripción, porque si no fueron considerados en las instancias, como allí mismo se reconoce, y especialmente no se analizaron en la sentencia acusada, son verdaderos **medios nuevos** en casación que escapan al estudio en este recurso. Este medio de impugnación extraordinario sólo se dirige a restablecer la ley sustantiva nacional quebrantada por el fallo de segundo grado, de modo que todo lo que no esté contemplado en él y, además, no se haya discutido en las instancias, no puede ser propuesto en casación. Sería lo que la doctrina denomina "medios nuevos" en este recurso, que son completamente inadmisibles en él.

No se encuentra acreditada esta acusación.

La segunda prueba no apreciada por el fallador es la que emana de las escrituras números 2, de 21 de mayo de 1932, Notaría 3ª; 469, de 20 de agosto de 1936, Notaría 2ª y 181 de 26 de junio de 1940, Notaría 3ª, todas del Circuito de Cartagena, y otorgadas con posterioridad al contrato escrito de 20 de mayo de 1932 en que el Tribunal apoya sus argumentos. En la primera de tales escrituras, Ganem & Co. S. A. declara entre otras cosas: "Que dicha sociedad ha resuelto fundar o establecer en la ciudad de Quibdó un establecimiento de comercio destinado a la compra y venta de mercaderías y víveres... y también como agencia de vapores fluviales; que comoquiera que el mencionado establecimiento mercantil, **QUE PERTE- NECERIA DESDE EL INSTANTE DE SU FUNDACION A LA SOCIEDAD GANEM & CIA. S. A., necesita de un factor** legalmente autorizado **NO SOLO PARA QUE ADMINISTRE** dicho establecimiento sino **PARA QUE REPRESENTÉ A DICHA SOCIEDAD...** etc.". De haber estimado el Tribunal esta escritura, otorgada al día siguiente de la firma del contrato Barcha-Ganem que tan escrupulosamente examinó habría hallado que Ganem & Co. S. A., **A PESAR DE HABER CONVENIDO EN QUE LA DESIGNACION DEL PERSONAL SUBALTERNO DE LA SUCURSAL Y LA FIJACION DE SUS REMUNERACIONES SE HARIA "DE COMUN ACUERDO" CON BARCHA,** seguía considerando a éste como un simple factor o administrador suyo; y habría también hallado que, **A PESAR DE HABERSE ASIGNADO A BARCHA, ADEMAS DE SU SUELDO FIJO, UNA PARTICIPACION DEL 45% EN LAS UTILIDADES LIQUIDAS Y EN LAS PERDIDAS DE LA SUCURSAL, GANEM & CO. S. A. no lo tenía como consocio o copartícipe sino como factor,** ni admitía que la sucursal fuera propiedad de ambos contratantes, sino que declaraba enfática y solemnemente que ella "perteneía desde el instante de su fundación a la sociedad Ganem & Co. S. A.". En

la segunda escritura, la de 1936, se repiten las mismas declaraciones DESPUES DE CUATRO AÑOS DE FUNCIONAMIENTO DE LA SUCURSAL Y DE APLICACION DEL CONTRATO DE 20 DE MAYO DE 1932. Y en la tercera se hace nuevamente mérito de que la sucursal de Quibdó pertenece exclusivamente a Ganem & Co. se declara que el contrato Barcha-Ganem de 1932 ha venido siendo prorrogado por acuerdo entre Barcha y la nueva sociedad, y se reitera la calidad de Barcha como simple factor y mandatario revocable, sin dejar ningún asidero para que él se estimara copropietario, codirector ni copartícipe. Ante estas manifestaciones inequívocas del entendimiento que Ganem & Co. S. A., primero, y Ganem & Co. después, tuvieron de cada una de las estipulaciones del contrato con Barcha, manifestaciones consignadas además en escrituras públicas, sobre el intento del Tribunal por adivinar lo que las partes quisieron expresar en aquel contrato. Y la no apreciación de esas escrituras viola los artículos 360 y siguientes del C. J.”.

En verdad que esos instrumentos estipulan lo que el recurrente dice en la anterior transcripción. Pero no hay que olvidar que es regla general de derecho, a la cual no se opone el derecho del trabajo sino que la confirma en su doctrina y aun en nuestra legislación, la de que una vez reunidos los requisitos esenciales que configuran un contrato, de no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras circunstancias cualesquiera. En el caso de autos, celebrado el contrato de 1932, analizado en las cláusulas que el recurrente fijó o quiso que en casación se analizara únicamente, es claro que las características esenciales que por voluntad de ambas partes lo configuraron no podrían variarse al día siguiente por declaración unilateral de cualquiera de ellas. Si se ha estimado que es un contrato sobre bases asociativas, que configura un contrato de sociedad, principalmente por estipular un derecho de dirección en común y la participación de ambas partes en las utilidades y las pérdidas, es decir, por contener de modo primordial un requisito esencial de ese convenio y al mismo tiempo completamente opuesto y contrario al de trabajo, o sea, en todo caso, que no es un contrato de esta última clase, y esa estimación del fallador queda en firme porque los cargos procedentes no fueron suficientes o capaces de destruirla, es claro, que, la nueva acusación que trata de fijarlo dentro de la última categoría carece de la fuerza necesaria para infirmar ese fallo. Más claro: no habiendo podido destruir el recurrente los fundamentos ya expuestos de la sentencia acusada, que le negaron al contrato de autos la calidad de contrato de trabajo con base en el análisis de las cláusulas del convenio

bilateral celebrado en 1932, entre ambas partes, mal puede esta acusación que se analiza, fundada en un acto unilateral y posterior de uno de los contratantes expresados, servir para destruir la apreciación del verdadero contrato suscrito por ambos contratantes.

Pero suponiendo que el cargo de no apreciación de estas tres escrituras estuviese demostrado y que en verdad fuese un factor el señor Barcha, es lógico aplicarle todas las normas sobre el particular, de acuerdo con la noción de tal que da la legislación mercantil y teniendo en cuenta la que al respecto se vio en la exposición doctrinaria preliminar de este fallo. Y en parte alguna del Código de Comercio Terrestre colombiano que regula ese contrato de los factores, se estipula que éstos responden de las pérdidas del establecimiento que administran. Bien por el contrario, sólo se establece en esas disposiciones, como las que se consagran en los artículos 439, 441, 442, 443, 444 y 445 de ese estatuto, que adquieren una responsabilidad personal por los actos suyos que se extravíen de la verdadera administración. Pero esto es muy distinto de responder de pérdidas del patrón es decir, de las ajenas, de las que corre el negocio o establecimiento.

Por otra parte, el gestor mercantil es sólo un administrador, un mandatario como lo indica no sólo el artículo 435 del código expresado, sino todas las restantes disposiciones de ese estatuto que rigen sus actos. Ese precepto define el contrato de preposición —que es una especie dentro del mandato mercantil— diciendo que es aquel por el cual una persona encomienda la administración de un establecimiento mercantil o fabril o de una parte de él a otra, que la acepta y se obliga a desempeñarla por cuenta del comitente. Y agrega: “la persona encargada de la administración de un establecimiento mercantil o fabril, se denomina factor”. Ya se vio también al principio que esta noción es similar en otras legislaciones y que la doctrina considera al factor como un trabajador asalariado, o vinculado con su comitente por un contrato de trabajo, cuando reúne los requisitos esenciales de esta relación laboral.

Por consiguiente, no puede decirse que la sola denominación de “factor” que la misma sociedad le dé en las tres escrituras mencionadas, sirva para definir la verdadera naturaleza jurídica del contrato celebrado con anterioridad por ambas partes. Del análisis de ese contrato bilateral hecho por el sentenciador, y que no alcanzó a destruir el recurrente, se deduce que no era exclusivamente un administrador el señor Barcha sino algo más, puesto que tenía atribución de director del negocio o establecimiento de Quibdó, al estipu-

larse que algunos actos de esa clase, como nombrar empleados, reemplazarlos y fijarles sus atribuciones, se harían de común acuerdo" entre los dos contratantes, y, además, las características de asociación, por el reparto de utilidades y también de pérdidas, principalmente las últimas que no puede soportar jurídica, legal ni económicamente el trabajador asalariado, le desvirtúan por completo su carácter de simple administrador o factor para convertirlo más bien en copartícipe, en coasociado, como con todo acierto lo estimó el fallador de instancia.

En cuanto a que la sucursal fuese de Ganem exclusivamente, según la declaración unilateral que esa misma sociedad hace en tales escrituras, es natural que esa simple afirmación de la parte no sirve para acreditar por sí sola el derecho de dominio. Para ello, ha debido más bien intentar demostrar el recurrente que el establecimiento de Quibdó reunía los requisitos que según el derecho mercantil debe llenar una sucursal y que se dejaron expuestos atrás, señalando al efecto las pruebas precisas, realmente demostrativas de dominio y demás elementos, e indicando cómo fueron dejadas de apreciar o mal apreciadas por el fallo. Mas no lo hizo así, y, por lo tanto, una simple declaración unilateral no sirve al efecto. Una persona no es dueña de un bien por la sola manifestación de ella misma en un acto unilateral, así sea solemne, sino porque con pruebas legales demuestre que lo es por uno de los modos de adquirir el dominio de las cosas.

Pero es que del análisis del contrato de 1932, ese sí bilateral y no mera declaración de una parte, resulta que el 75% de las utilidades líquidas que el señor Barcha obtuviese en cada balance quedaría en poder del negocio, es decir, se capitalizaría, de modo que por este otro aspecto el señor Barcha constituía un verdadero aporte no sólo de industria, de trabajo, sino también de dinero en la explotación económica del establecimiento de Quibdó, por lo cual no podría decirse que pertenecía, una vez ocurrido ese evento, a uno solo de los contratantes, sino a la asociación o sociedad así constituida u organizada.

Por último, contra la afirmación del recurrente, el sentenciador sí analizó estas escrituras de constitución de poder por Ganem a Barcha. Dice, en efecto, en su fallo, que esos documentos determinan a simple vista y estudiados aisladamente, un contrato de mandato comercial que estima ha devenido en contrato de trabajo en la doctrina y la legislación. Pero luego estudia esas escrituras en relación con la cláusula 8ª del contrato de 1932 que, según la sentencia acusada, mas no la demanda de casación, porque ésta no atacó por erra-

da estimación dicha cláusula, dice así: "Queda entendido que la Sucursal de Quibdó velará por todos los intereses de Ganem & Co. S. A., de Cartagena, confiados a terceros en aquella plaza, y para lo cual la casa de Cartagena suministrará a la Sucursal de Quibdó copias de las facturas y correspondencia que se crucen". Y analizando aquellas escrituras con esta cláusula dice el fallo recurrido: "La sucursal de Quibdó, entidad autónoma dirigida por Barcha, se hacía cargo de gestionar los intereses de Ganem & Co., de Cartagena, y para poder hacerlo sin que se le negara personería para ello era necesario que se le diera poder. Esta misma circunstancia prueba en cierto modo que la Sucursal era una asociación o una sociedad irregularmente constituida que no obligaba a la casa de Cartagena ni tenía por sí misma su representación en el municipio de Quibdó. El mandato era un contrato medio para realizar una de las cláusulas del estatuto contractual principal".

Pues bien. El recurrente no sólo equivocó el planteamiento de su cargo, en cuanto a esas escrituras, puesto que principia diciendo que no las estimó el fallador, cuando se acaba de demostrar que sí las consideró, sino también porque el haberlas apreciado el Tribunal Seccional en relación con la cláusula 8ª del contrato de 1932, ha debido también acusar este análisis en la forma conexas como fue hecho. Pero guardó silencio el recurrente al concretar el cargo, acerca de esta estimación conjunta de las escrituras y la cláusula citada. Y como no fue atacada en forma completa, subsiste esa estimación del fallador, sin que, por otra parte, le sea dable al Tribunal Supremo entrar a analizar esa consideración no acusada del fallo, de oficio, es decir, a completar la labor del recurrente, a sustituir la forma y los términos de su demanda de casación. No obstante, se estudió el cargo en la forma como fue propuesto, por amplitud.

Tampoco puede prosperar esta acusación.

La tercera prueba no apreciada por el sentenciador, con violación de los artículos 637, 638, 645, 668, 693, 697, 704, 705, 721, 722, 723 y 730 del Código Judicial, es, para seguir empleando los propios términos de la acusación, "un conjunto de pruebas (sic) referentes a la manera como **en el hecho**, durante casi nueve años, e independientemente de cualquier estipulación escrita, se desarrollaron las relaciones entre Barcha y las sociedades propietarias de la sucursal que administró". Ese conjunto lo forman: a) las declaraciones juradas de los testigos José Zaher, Epifanio Alvarez, José Matías Alvarez, Jorge E. Díaz, Alcibiades Garcés y Julio Figueroa Villa, que acreditan, según el recurrente, la extenuante jornada de trabajo cumplida por

Barcha: todos los días hábiles y feriados, y buena parte de las noches; el notorio y público conocimiento de su condición de empleado, administrador o factor de Ganem & Co., la circunstancia de que ese vínculo jurídico entre la sociedad y factor subsistió, también en forma pública y notoria en la localidad, hasta febrero de 1941, época en que Ganem & Co. liquidó o “levantó” de Quibdó la sucursal que Barcha le administró durante nueve años”. b) La diligencia de inspección ocular practicada en Quibdó el 9 de noviembre de 1945 y el dictamen pericial de folios 114 a 117 del cuaderno principal, que acreditan que los libros de la sucursal eran llevados todos a nombre de “Ganem & Co.” y no a nombre de la pretendida asociación Barcha-Ganem, y que, mes por mes, desde mayo de 1932 hasta febrero de 1941, Barcha recibió un sueldo fijo mensual, inicialmente de \$ 120.00, después de \$ 140.00 durante casi todo el tiempo, y, finalmente, en los últimos meses, de \$ 170.00, además de su cuota convencional en las utilidades líquidas de la sucursal. Y c) las cartas de Barcha para Ganem, de julio 9 de 1936 y mayo 31 de 1940, y de Ganem para Barcha de 14 de julio de 1936, 29 de mayo de 1940, 26 de junio y 10 de julio de 1940, que demuestran, en concepto del recurrente, y no habiendo sido redargüidas de falsas, la voluntad de prorrogar el contrato de 1932; la naturaleza de ese convenio, denominado por Ganem “contrato de administración”; la facultad de dar órdenes a Barcha, ejercida por Ganem con todo imperio y aun con posterioridad a la revocatoria de los poderes del factor; y el control ejercido por Ganem y admitido expresamente por Barcha, sobre todo los actos y disposiciones de este último aun en relación con sus gastos de familia. Y concluye el cargo: “De haber sido apreciado este conjunto de pruebas por el Tribunal, no habría insistido en su empeño de negar, contra toda evidencia, a las relaciones mantenidas en la práctica, durante muchos años, por Barcha y Ganem & Co., la calidad de relaciones de trabajo dependiente y asalariado”.

Se considera:

a) Las declaraciones de testigos.

Los señores José Zaher, Epifanio Alvarez, José Matías Alvarez, Jorge E. Díaz, Alcibíades Garcés y Julio Figeroa Villa dicen que vieron desde mediados de 1932 hasta principios de 1941 —los más, pues uno dice que durante muchos años, y otro de 1934 a 1940 y el último de 1936 a 1941— al señor Manuel F. Barcha al frente de la sucursal de Ganem & Co. en Quibdó como administrador, aunque Zaher dice “gerente” y Epifanio Alvarez “apoderado”. Además, declaran algunos que vieron trabajar al señor Barcha todos los domingos y días

feriados, religiosos y civiles, que iniciaba actividades a las 6 de la mañana y las terminaba a las 9 o a las 10 de la noche. El testigo Epifanio Alvarez vio trabajar a Barcha como apoderado de los señores Ganem & Co. hasta fines de 1940 "en que por convenio entre Salomón Ganem, representante legal de la casa matriz de Cartagena, quien se encontraba de tránsito en esta ciudad (Quibdó), y el señor Manuel F. Barcha, los negocios de la casa Ganem de esta ciudad fueron liquidados y las existencias pasaron a figurar a nombre de Manuel F. Barcha". Otros declarantes, como José Matías Alvarez, Díaz y Figueroa dicen que vieron a Barcha trabajando con Ganem hasta 1941 cuando esta compañía "levantó" esos negocios. Y Garcés dice que lo vio trabajando con esa sociedad hasta la misma fecha "época en que la casa Ganem & Co. de Cartagena liquidó negocios con mi preguntante", el señor Barcha.

El sentenciador sí habla de estas declaraciones al principio de su fallo, mas en verdad no las analiza al estudiar las demás pruebas del expediente. Pero de los dichos de los testigos nada puede desprenderse que desvirtúe jurídicamente la calificación del contrato de 1932, hecha por el fallador y no destruida por el recurrente al través de los ataques precedentes, de modo que en cuanto se refieran o puedan referirse a esa estimación de la naturaleza jurídica de dicho contrato nada pueden agregar, ni para aclarar o modificar esa apreciación.

Y es que las exposiciones de los testigos se refieren como es natural a las circunstancias externas de la relación jurídica existente entre los señores Ganem y Barcha, pues la de índole interna o de la naturaleza del contrato celebrado entre ellos no son mencionadas, ni sería lógico que las mencionaran, porque es de suponer que no las conocían o al menos no lo manifiestan así. Y es de creerse que las ignoraban, por ser el de autos un contrato privado que no es de uso corriente divulgar, que no es de práctica comercial exponer ante terceros. Por eso quizás algunos declarantes hablan del señor Barcha como "administrador", otros como "apoderado" y hasta "gerente" o "encargado" de los negocios de Quibdó. Por lo mismo talvez se refieren algunos en forma vaga al "levantamiento" de los negocios en esta ciudad por parte de Ganem, aunque uno de los testigos es más concreto y explica que convinieron ambas partes —Ganem y Barcha— en liquidar los negocios de Quibdó y por eso pasaron las existencias de mercancías de dicha ciudad a figurar con el nombre del segundo. Y otro habla de liquidación de negocios de Ganem en 1941.

Por lo tanto, los declarantes nada expresan que pueda aclarar

la verdadera naturaleza jurídica del contrato de 1932 y por sí solos no servirían para demostrar la existencia de un contrato de trabajo. Es decir, no ya la presunción del contrato por tratarse de servicios personales, según el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, sino los requisitos esenciales o elementos constitutivos de tal contrato. Pues si se tratara de esa presunción, quedaría destruída completamente con las consideraciones del fallador que se conservan firmes por no haber prosperado ninguna de las acusaciones anteriores contra ellas.

b) La inspección ocular y el dictamen pericial.

Dice el recurrente que estas pruebas acreditan que los libros de la sucursal eran llevados todos a nombre de "Ganem & Co." y no a nombre de la pretendida asociación Barcha-Ganem y que, mes por mes, desde mayo de 1932 hasta febrero de 1941, Barcha recibió un sueldo fijo mensual, inicialmente de \$ 120.00, después de \$ 140.00 durante casi todo el tiempo, y, finalmente, en los últimos meses, de \$ 170.00, además de su cuota convencional en las utilidades líquidas de la sucursal.

La primera de esas pruebas, verificada en Quibdó el 9 de noviembre de 1945, y que es la señalada por el recurrente, en verdad no fue estimada por el fallador en el aspecto que menciona, sino en otro como el del monto de las sumas recibidas por Barcha de 6 de junio de 1932 al 12 de febrero de 1941 y que ascendieron a \$ 71.405.26 por razón del contrato de autos y según lo destaca la sentencia acusada. De modo que lo referente al registro de los libros de contabilidad no fue considerado por el sentenciador.

De esa diligencia consta que se examinaron varios libros de contabilidad que puso a órdenes del Juzgado del Circuito Civil de Quibdó, comisionado al efecto, el señor Barcha, registrados en la Cámara de Comercio de esa ciudad en distintas fechas, todas dentro de la ejecución del contrato en referencia, y a favor de "Ganem & Co. S. A.", aunque equivocadamente la inspección habla de los grupos de libros, unos de la sociedad anónima expresada y otros, que deben ser de la sociedad "Ganem & Co.", cuando se convirtió en colectiva, pero que, en esa diligencia no fueron separados, mas parece que se tuvo la intención, aunque figuran atribuídos todos a la compañía anónima.

Esta podría ser una prueba de que en verdad se formó una sucursal de la sociedad Ganem & Co. S. A., en Quibdó, pero no vendría a constituir una demostración fehaciente de que el contrato con el señor Barcha fuese de trabajo, porque ya se ha visto cómo se inspiró en un espíritu de asociación, que le da otra fisonomía muy distinta. El simple registro de esos libros a favor de la sucursal de Quib-

dó de los señores Ganem, podría servir apenas de indicio de que esa sucursal era en efecto de esos señores, porque la prueba completa debe reunir o contemplar todos los requisitos que en el Derecho Mercantil configuran la noción de "sucursal", que se dejaron expuestos al principio de este fallo; y que el recurrente no ha señalado como demostrados en el juicio. Por lo demás, al estudiar el fallador las tres escrituras por medio de las cuales los señores Ganem confirieron poder al señor Barcha, en relación con la cláusula 8ª del contrato de 1932, dijo que de esas pruebas aparecía la sucursal de Quibdó como una entidad autónoma dirigida por Barcha, y que era una asociación o una sociedad irregularmente constituida. Y esta apreciación no alcanzó a destruirla el recurrente, ni puede ser invalidada por la prueba del registro de los libros de Quibdó, que se considera, porque aquella conclusión del sentenciador se basa en el análisis del contrato de 1932 que no puede contrarrestar este indicio pues esa estimación, hecha con base en el contrato, es de más fuerza, y porque este indicio es más débil por no ser la prueba completa, jurídica y directa de la propiedad de la sucursal.

Por lo demás, el hecho de que no estuviesen registrados esos libros en nombre de una sociedad o asociación con nombre distinto, o con el de Barcha y Ganem especialmente, no quiere decir que el contrato de 1932, tal como lo analizó el fallador, sin que su estimación fuese desvirtuada por el recurrente, no se hubiese celebrado con una base de asociación, ni tampoco ese no registro prueba que ese convenio fuese de trabajo:

En cuanto al dictamen pericial de folios 114 a 117 del cuaderno principal, que también considera no estimado el recurrente, no prueba —como éste lo afirma— que el señor Barcha hubiese recibido un sueldo fijo mensual, inicialmente de \$ 140.00 y en los últimos meses de \$ 170.00, además de sus cuotas por las utilidades, sino que de tres asientos de los libros examinados por los peritos, en Quibdó, acerca de tres meses (junio, julio y agosto de 1932), consta que se trató de remuneración o sueldo de \$ 120.00 y una bonificación de \$ 20.00 para alimentación, pero de los ciento (100) restantes, correspondientes a los meses que van de septiembre 30 de 1932 a enero 31 de 1941, consta que se le fue abonando una suma mensual, primero de \$ 140.00 y después de \$ 170.00 (a partir de julio de 1940), "para sus gastos", fuera de la participación correspondiente en las utilidades.

Aparte de que esas cantidades se estipularon especialmente con ese fin de que sirvieran para "gastos particulares", según la cláusula

sula 3ª del contrato, no quiere el Tribunal Supremo referirse a esta estipulación porque no fue acusada de errada apreciación o falta de estimación por el recurrente, y, por lo demás, tampoco hace falta para analizar esas partidas del dictamen pericial, pues los artículos 467 ordinal 8º y 529 ordinal 1º del Código de Comercio están indicando que esa facultad de retirar dineros para “gastos particulares” es característica de los contratos de sociedad, y, por eso, no puede decirse que sirva para denotar uno de trabajo, si se considera unida a los demás factores ya analizados en esta providencia.

c) Las cartas cruzadas entre las partes.

Estas cartas, cuyas fechas cita el recurrente y que aparecen a folios 1 a 14 del cuaderno 2º le dan el nombre de administración al contrato de 1932 y también éste y el de factor a las actividades de Barcha en Quibdó; unas veces designan como “sucursal” y otras como “agencia” al establecimiento mercantil que los señores Ganem reclaman como de su propiedad; en otras se le designa con el nombre de “la casa de Quibdó” frente a la “oficina de Cartagena”, principalmente cuando se habla de deudas de aquélla a ésta; se le dan órdenes terminantes por los señores Ganem al señor Barcha y se le estatuyen prohibiciones también perentorias. De modo que de esas cartas, no apreciadas en verdad por el fallador, puede entenderse que surge un vínculo jurídico de dependencia que configure un contrato de trabajo, pero a ello se oponen las notas características de asociación, ya estudiadas, como la igualdad de dirección de ambos en Quibdó frente a los subalternos del establecimiento comercial de esa ciudad, cuando se pactó un “común acuerdo” al efecto, y la participación en utilidades y pérdidas, que son —especialmente esta última— distintivas o esenciales de los contratos a base asociativa y que excluyen fundamentalmente al de trabajo.

Especialmente, la participación en las pérdidas de la empresa por parte del trabajador, en el contrato de trabajo, está rechazada por la doctrina, y en nuestra legislación sólo es posible en los contratos de sociedad o asociación. Los riesgos de una explotación económica debe asumirlos únicamente el empresario, patrón o dueño, mas no el trabajador, y cuando éste participa en ellos en un alto porcentaje, también en las utilidades y en la dirección del establecimiento a su cargo, tiene un carácter más de asociado, de socio, de copartícipe de que asalariado.

Es claro, y así se expuso en el estudio doctrinario preliminar, que pueden presentarse abusos al simularse una asociación o sociedad en donde en verdad existe un contrato de trabajo, con el fin de

eludir los beneficios que las leyes sociales otorgan al trabajador asalariado, pero, como también se expresó en ese análisis previo, el fallador debe estudiar detenidamente en cada caso si se trata en verdad de un contrato laboral o de uno de derecho común, civil o mercantil. Es decir, si existe un contrato civil, o mercantil simulado y el real o verdadero es de trabajo. Mas de lo que no existe duda es de que en el de autos no se está en presencia de una situación ficticia o fingida, porque el contrato entre las partes de este recurso se celebró en 1932 cuando aún no se había dictado la primera ley sobre contrato de trabajo en el país, pues sabido es que la que regula el de empleados particulares fue expedida en 1934 y la que reglamenta en forma general ese contrato es de 1945.

No se encuentra demostrado este primer cargo.

SEGUNDO CARGO

El recurrente dice así para sustentarlo:

“En el ambicioso plan que en un principio me tracé para este alegato de fundamentación del recurso de casación, debía seguir ahora la formulación y la demostración del **segundo motivo** de la CAUSAL PRIMERA: aplicación indebida de la ley sustantiva, por error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos. Las disposiciones indebidamente aplicadas son los artículos 629, 631 y 632, del Código de Comercio, sobre asociación o cuentas en participación, y el 472 de la misma obra, sobre sociedades mercantiles irregulares. El error de hecho que llevó al sentenciador a aplicar esas disposiciones, de suyo claras, a una situación jurídica no regulada por ellas, provino de la **apreciación errónea** de las cláusulas 5ª (agencia de la empresa de navegación de Ganem & Co.), 13ª (pago de Barcha, de su sueldo fijo mensual, de quien lo reemplazara en caso de enfermedad) y 14ª (liquidación de la sucursal por muerte o por malos manejos de Barcha) del contrato de 20 de mayo de 1932, que indujo al Tribunal a sostener que se trataba de una asociación irregular o de cuentas en participación, y no de un contrato de trabajo. La cláusula 5ª habla, ciertamente, de la “sucursal de Quibdó” como si tuviera personalidad propia; pero no puede interpretarse aisladamente, desvinculada de las demás estipulaciones del mismo contrato; y en el resto de tales estipulaciones se ve que las partes le dan al establecimiento de Quibdó su verdadero carácter de simple dependencia de la sociedad de Cartagena; hasta el punto de que la cláusula 12ª por ejemplo, dice que “la casa de Quibdó rendirá a la de Cartagena in-

forme de la marcha de los negocios", lo que indica que se trata de dos "casas" de un mismo dueño. La 13ª fue escrita **antes de la Ley 10 de 1934**, cuando los empleados particulares no tenían derecho a ningún auxilio por enfermedad, y el Tribunal resuelve entenderla como incompatible con un contrato de trabajo, tal como esta novísima entidad jurídica surgió de una ley expedida dos años más tarde. Y si la 14ª habla de liquidación del negocio en los casos referidos, con intervención de Barcha o de su representante, no es porque se trate de una asociación irregular, como quiere creer el Tribunal, sino porque desde 1932 habría de retenérsele a Barcha el 75% de su cuota convencional en las utilidades líquidas de la sucursal, lo cual implicaba obviamente su intervención en las cuentas finales del negocio, cualquiera que fuera la causa de la terminación de su mandato, y porque de conformidad con los artículos 383 y 442 del C. de Comercio, **todo factor** está obligado a ese último ajuste de cuentas."

Se estudia el cargo.

Aparentemente se cree que el recurrente no desea en verdad exponer este nuevo motivo, por la forma dubitativa como principia a proponerlo. Pero como en verdad lo plantea y, más adelante dice que considera innecesario desarrollar completamente su plan y prefiere la síntesis que se deja transcrita, se entra a considerarlo.

Como se dejó visto, el recurrente sólo acusa en este cargo el fallo del Tribunal de Cartagena por errónea apreciación de las cláusulas 5ª, 13 y 14 del contrato de 1932. Se estudiarán esas estipulaciones en relación con los argumentos.

Dice así la cláusula 5ª:

"La sucursal de Quibdó de Ganem & Co. S. A., serán los agentes de la "Empresa de Navegación Fluvial" en aquella plaza, por cuyos servicios la empresa reconocerá a su favor una comisión del quince (15%) por ciento sobre los tiquetes de bajada que venda; quedando en su carácter de tales, encargados de hacer todas las diligencias relacionadas con el despacho de los vapores de la empresa y siendo de cuenta de dicha empresa todos los gastos que ocasionaren los despachos."

El fallo acusado considera esta estipulación dentro de aquellas que contribuyen a formar un contrato distinto al de trabajo, bien sociedad irregular, asociación o cuentas en participación o, en último término, un contrato innominado, pero en todo caso opuesto al de carácter laboral. Para el sentenciador, de esa cláusula aparece implícitamente que Ganem & Co. S. A. era propietaria de la Empresa de Navegación de que allí se habla o al menos tenía su administra-

ción con facultad para designar agentes y fijarles retribución por el servicio. Y con base en esta consideración, continúa razonando así: "El hecho de conferirle Ganem & Co. S. A. (que sería un empleador, según la tesis del actor de tratarse de un contrato de trabajo) a su sucursal (en la cual podría radicar esa agencia sin decirlo ni pactarlo, puesto que como patrono no puede perder jurídicamente la dirección de la empresa) nos (sic) está diciendo que la Sucursal de Quibdó es una entidad aparte, una asociación o cuenta en participación que podía contratar por sí sola y, más aún, con la misma sociedad Ganem & Co. S. A."

El recurrente refiriéndose a la anterior apreciación, dice que "la cláusula 5ª habla, ciertamente, de la "sucursal de Quibdó" como si tuviera personalidad propia". "Pero —agrega— no puede interpretarse aisladamente, desvinculada de las demás estipulaciones del mismo contrato. Mas sucede que quien contribuye a desarticular todas esas cláusulas es el propio recurrente que en el cargo primero sólo acusó la estimación de tres (la 2ª, la 4ª y la 6ª) y en éste apenas se limita a atacar la apreciación de otras tres distintas de aquéllas (la 5ª, la 13ª y la 14ª). Y por la índole del recurso de casación, no puede el Tribunal encargado de decidirlo salirse de los límites de la acusación y sólo le es posible circunscribirse a los ataques concretos, siempre que se ajusten a la técnica de este medio de impugnación, mas no a otros aspectos del fallo recurrido sobre los cuales guardó o guarde silencio el recurrente. De allí que no pueda analizarse esa cláusula 5ª en relación con otras del contrato no incluidas en esta acusación.

La cláusula 13, también mal apreciada por el sentenciador, en concepto del apoderado del señor Barcha, dice así:

"En caso de enfermedad del señor Manuel F. Barcha V., que lo obligue a ausentarse de Quibdó, la casa de Cartagena y de común acuerdo con él procederá a nombrarle un reemplazo interino, quien recibirá bajo inventario y a satisfacción, la Sucursal a fin de deslindar responsabilidades, descontando del sueldo mensual del señor Barcha la remuneración del reemplazo y siendo por cuenta de la Sucursal de Quibdó cualquier exceso si hubiere lugar a ello."

Para el fallo acusado, esta cláusula denotaba una asociación, una sociedad, porque "las partes deben ponerse de acuerdo (como socios) sobre la persona del sustituto y la remuneración que se le asigne, descontando dicha remuneración del "sueldo mensual del señor Barcha y siendo por cuenta de la Sucursal de Quibdó cualquier exceso si hubiere lugar a ello."

Para el fallador de segunda instancia "en un contrato de trabajo esta cláusula no podría existir, pues el empleado enfermo tiene derecho a auxilio por enfermedad sin que de su sueldo se pague al sustituto, el cual si ganara igual que él se llevaría todo el sueldo quedando el titular sin nada qué recibir, y automáticamente burlada la ley". Y después expresa: "Aquí surge también el contrato de asociación. La contingencia de una enfermedad del socio que aportaba al negocio su capacidad representada en gestión, dirección y administración que lo imposibilita para dar ese aporte que debía ser permanente, traía una baja en la utilidad líquida por cuanto había que "pagar a otro esa actividad o parte de ella gravando el costo de la explotación de los negocios que constituían la finalidad de la empresa".

El recurrente estima, en relación con esta cláusula, que fue escrita antes de la Ley 10 de 1934, cuando los empleados particulares no tenían derecho a ningún auxilio por enfermedad, y el Tribunal resuelve entenderla como incompatible con un contrato de trabajo, tal como esta novísima entidad jurídica surgió de una ley expedida dos años más tarde.

El opositor en el recurso objeta, a su vez, que el recurrente nada observó contra las bases fundamentales de la estimación del fallador acerca de esta cláusula, que en su concepto son concluyentes y acertadas.

Para el Tribunal Supremo no está equivocada la apreciación del Seccional, porque esa cláusula es indicativa del espíritu de asociación que desde un principio inspiró a los contratantes, toda vez que "de común acuerdo", deberían nombrar el interino que allí se prevé, y, "a fin de deslindar responsabilidades" de todo orden pero principalmente por hechos que pudiesen afectar el resultado económico mutuo perseguido, se estableció la responsabilidad exclusiva del establecimiento de Quibdó por los excesos a que la designación de ese interino dieran lugar. Esto es, se consideró a ese establecimiento como una entidad aparte, como una persona independiente con capacidad para asumir riesgos o responsabilidades por sí misma, por razón de posibles errores del eventual reemplazo del señor Barcha. Es verdad que el auxilio de enfermedad surgió después, en 1934, con la Ley 10 de dicho año y para los empleados particulares, pero por lo mismo se está denotando que el contrato por haber sido celebrado en 1932 se inspiró fundamentalmente en las figuras jurídicas contractuales de la época, entre las cuales sobresale de las cláusulas analizadas una pactada sobre bases asociativas, asociación o sociedad.

Y la cláusula 14, también incluida en este cargo, dice:

“El término o duración del presente contrato será de dos (2) años a partir de esta fecha, pero podrá prescindirse de este término por las siguientes razones:”

“a) Si por alguna circunstancia los negocios de la Sucursal de Quibdó no dieran beneficio que lo justifique a juicio del señor Manuel F. Barcha V. y Ganem & Co. S. A., de Cartagena;”

“b) Caso de muerte del señor Barcha, quien nombra como representante en la liquidación al señor Elías Barcha su padre;”

“c) Caso de que el señor Barcha tenga en los negocios manejos indebidos debidamente comprobados, y en este caso se procederá a la liquidación de la Sucursal, renunciando vecindad y aceptando los contratantes desde ahora, la jurisdicción de los Jueces del Circuito Judicial de Cartagena, ciudad que se fija como domicilio civil para los actos judiciales a que diere lugar el presente contrato; y también para dirimir las diferencias que resultaren por este motivo; y

“d) Por contravención a la cláusula décima de este contrato.”

“Ahora bien, si los negocios de la Sucursal de Quibdó fueren beneficiosos para ambas partes contratantes, de común acuerdo podrá prorrogarse por igual período el presente contrato, bajo todas y cada una de las cláusulas en él estipuladas.”

El Tribunal Seccional estima que ese nombramiento de liquidador en caso de muerte del señor Barcha, pactado en dicha cláusula, resulta cuando menos inusitado, precisamente para liquidar emolumentos derivados de un contrato de trabajo, por lo cual conviene a una sociedad o a una asociación, en fin, a un negocio en el cual el contratante fallecido tenía intereses como empresario. Y refiriéndose a la liquidación de la Sucursal, prevista en esa estipulación, por manejos indebidos del señor Barcha, expresa el fallo acusado que si se tratara de un contrato de trabajo dicha cláusula resultaría de una candidez beatífica por parte del patrono que aceptaría la clausura de su negocio si su empleado se comporta mal, dejando así en manos de su subordinado el decidir de la suerte de su capital y su establecimiento y renunciando, por lo tanto, al justísimo derecho de terminar unilateralmente el contrato laboral despidiendo al empleado que roba y lo cambia por el cierre de la empresa.

El recurrente dice que esa liquidación en los casos contemplados por aquella estipulación no se pactó en tal forma por tratarse de una asociación irregular, sino porque desde 1932 habría de **retenérsele** a Barcha el 75% de su cuota convencional en las utilidades líquidas de la sucursal, lo cual implicaba obviamente su intervención en las

cuentas finales del negocio, cualquiera que fuera la causa de la terminación de su mandato, y porque de conformidad con los artículos 383 y 442 del C. de Comercio todo factor está obligado a este último reajuste de cuentas.

Este ataque no va encaminado a destruir la apreciación del fallador, como la técnica de casación lo exige. Es el fallo acusado y especialmente sus principales soportes lo que este recurso ataca. Pero el Tribunal de Cartagena tiene razón en su raciocinio que acaba de sintetizarse, porque —aun suponiendo que el contrato fuese de mandato mercantil y de una de sus especies, la preposición, y dentro de ésta, el de “factor” de comercio, como lo sostiene el recurrente—, el mal manejo de ese factor no daría lugar en ningún caso, aun dentro del Código de Comercio, citado en varios de sus artículos en este cargo, a liquidar el establecimiento mercantil sino a rescindir el contrato, aunque fuese celebrado a término fijo, y sin indemnización de perjuicios. Así lo estatuyen los artículos 445, 446 y 448 de dicho código, incluídos dentro de la sección de la “preposición” que contiene las “disposiciones comunes a los factores y dependientes de comercio”. Según la primera de esas disposiciones, o sea el artículo 445, “no es lícito a los factores y dependientes, ni a sus patrones, rescindir sin causa legal los contratos que hubieren celebrado entre sí con término fijo; y el que lo hiciere deberá indemnizar al otro los perjuicios que le sobrevinieren”. Y el segundo, o sea el 446, siguiente, expresa cuáles son las causas legales que justifiquen para el comitente o dueño del establecimiento la terminación unilateral del contrato con el factor o dependiente de comercio, y son las siguientes: “1º Todo acto de fraude o abuso de confianza, que cometa el factor o dependiente; 2º La ejecución de alguna de las negociaciones prohibidas al factor o dependiente; 3º Las injurias o actos que, a juicio del Juez de Comercio, comprometan la seguridad personal, el honor o los intereses del comitente”. Y respecto de esta enumeración, y la que el siguiente hace de las causas legales para que los factores o dependientes puedan terminar unilateralmente el contrato, expresa el artículo 448: “La enumeración que contienen los dos artículos que anteceden es puramente demostrativa, y no excluye la alegación de otras causas iguales o mayores que las enumeradas”.

Por consiguiente, aun considerando al señor Barcha como “factor”, según lo sostiene su apoderado en el recurso, sus malos manejos podían dar lugar, de acuerdo con los preceptos transcritos de la legislación mercantil especial sobre factores, a que el comitente o patrón o dueño del establecimiento rescindiese el contrato con justa

causa, sin previo aviso y sin indemnización alguna, por haberse celebrado a término o plazo determinado, podían darse por terminados por cualquiera de los contratantes, avisando al otro con un mes de anticipación, o antes, por el comitente o principal, pagándole al factor o dependiente la mesada íntegra, según lo estipula el artículo 449 del mismo estatuto mercantil.

De modo, pues, que si el contrato de 1932 hubiese sido de la naturaleza que alega el recurrente, es decir, de factor, no se habría hecho necesaria una estipulación como la de la cláusula 14 en estudio. El patrón, comitente o dueño del establecimiento —para el caso serían los señores Ganem— podría, según esos preceptos, dar por terminado unilateralmente el contrato a término fijo celebrado con el factor —para este caso sería el señor Barcha— por sus malos manejos, sin previo aviso, ni pago de mesada, ni de indemnización de perjuicios. Por lo tanto, la estipulación de la cláusula 14^a, como bien lo dice el fallador de instancia, es extraña en los contratos de trabajo y el Tribunal Supremo agrega que también lo era y lo es en los contratos mercantiles con los factores de comercio.

Pero el recurrente dice que se justificaba y justifica por la “retención” del 75% de la cuota de utilidades de su representado, que hacía necesaria su presencia o la de su representante en la liquidación final del negocio. En primer lugar, aquí habla el apoderado del señor Barcha de “retención” de unas utilidades que para él son salarios, cuando atrás negó que tuviera ese carácter, sino el de constitución de un “fondo de garantía” no previsto en los contratos de los factores. Y si fuera retención, como el recurrente en este segundo cargo lo sostiene, también estaba prohibida, como hoy, en el Código de Comercio Terrestre, al estatuir su artículo 447 que es justa causa o causa legal, por parte de los factores o dependientes, para dar por terminado el contrato a término fijo, “la retención de sus salarios en dos plazos continuos”. Luego, por este aspecto, si el 75% de las utilidades del señor Barcha se le “retenían” como sostiene ahora el recurrente, esta estipulación no podía entenderse dentro del contrato de factor por estar prohibida, sino que, como se expresó atrás, es más indicativa de un contrato celebrado sobre bases asociativas. Por lo mismo, si el señor Barcha hubiese sido factor, tampoco se justificaba que por sus malos manejos fuera a clausurarse el establecimiento, como se pactó en la cláusula que se analiza, sino que por disposición especial del Código Mercantil hubieran podido los señores Ganem, como en el contrato de trabajo hoy, darlo por terminado unilateralmente y sin aviso previo, es decir, despedir al

factor. Pero la cláusula es extraña al contrato de los factores, más aún, opuesta a las normas expresas del Código de Comercio, ya citadas, y, por su finalidad y por sus mismos términos, es más propia de los contratos de asociación o sociedad.

Además, esta cláusula 14 denota el móvil de lucro perseguido por ambas partes, y muy claramente. Y se repite, de acuerdo con la exposición doctrinaria previa, hecha en este fallo, que ese fin es propio de los contratos sobre base asociativa y no de los de trabajo, porque en éstos el único que persigue una utilidad económica es el patrón, pues el objeto del trabajo del asalariado es procurarse su subsistencia. Y el afán de lucro de ambas partes está claro en esa estipulación, porque no obstante el término de dos años que le fijan al contrato, establecen en la letra a) como causal de extinción anterior a ese plazo, la de que los negocios no den beneficio que lo justifique a juicio de Barcha y de Ganem. Si fuera de trabajo este contrato, ¿se explicaría una estipulación semejante? Es extraño al contrato laboral que el asalariado participe en la dirección de la empresa, que pueda opinar acerca de su marcha, de su liquidación, del giro de sus operaciones, y aun tenga facultad de proponer y de votar por la clausura de la empresa. Y de acuerdo con esa cláusula, el señor Barcha tenía todas esas atribuciones que lo colocan y lo colocaron en un pie de igualdad con los señores Ganem frente al establecimiento mercantil de Quibdó. Poseían ambos, según esas estipulaciones, una igualdad de atribuciones, los movía un mismo fin, eran unos verdaderos empresarios. Y si esto no fuese así, al final de la misma cláusula corroboran la estipulación comentada, cuando expresan que si los negocios fueren benéficos para ambas partes, podrán prorrogar el contrato de común acuerdo. Es decir, la igualdad completa de los asociados o socios, la **par conditio** de los contratos celebrados sobre bases asociativas.

Y, para terminar el estudio del presente cargo, es conveniente destacar esta observación del opositor en el recurso por encontrarla acertada la corporación. Dice así:

“Por último llamo atentamente la atención de vosotros al hecho de que el señor mandatario del actor, en presencia de la sólida e inexpugnable fundamentación de la sentencia, en su afán por salvar siquiera parte de lo reclamado, admite que el contrato entre quienes hoy son partes en este juicio pudo ser un acto complejo que envolvía un contrato de trabajo y uno de participación o compañía. (Cuaderno 4º, página 11). La admisión de esa hipótesis destruye por su base los cargos enumerados en el llamado “segundo motivo” de la

causal 1ª, sobre violación, por indebida aplicación de las leyes sobre asociación o cuentas en participación y sociedad irregulares. No puede hacerse el cargo de que una disposición le ha sido indebidamente aplicada dizque porque no existió el contrato por dichas disposiciones definido y reglamentado y reconocer al mismo tiempo que el contrato existió. Y el sentenciador descartó esa hipótesis. (Pág. 20)."

No está demostrada la equivocada apreciación de las tres cláusulas mencionadas, por lo cual carece de base este segundo cargo, y de allí que no sea posible considerar siquiera las disposiciones que se estiman violadas.

TERCER CARGO

Lo propone así el recurrente:

"Dentro del mismo plan inicial, debería seguir aquí un nuevo CAPITULO, el segundo, relacionado con la **SEXTA CAUSAL**: haberse incurrido en la causal de **nulidad** prevista en el ordinal 1º del artículo 448 del C. J., por incompetencia de jurisdicción. La fundamentación de este nuevo cargo se habría desarrollado sobre este esquema: a) Durante la vigencia del Decreto-Ley 2350 de 1944, ningún Juez ordinario podía aprehender conocimiento, ni menos adelantar los trámites por un procedimiento suspendido, de asuntos asignados a la jurisdicción especial del trabajo; porque el artículo 37 de aquel decreto impuso, a partir del 16 de octubre de 1944, un procedimiento distinto del "verbal" del Código Judicial; porque el artículo 39 mandó: "Los negocios atribuidos a la jurisdicción especial del trabajo, de que tengan conocimiento los jueces ordinarios, pasarán **EN EL ESTADO EN QUE SE HALLEN** a los Tribunales del Trabajo tan pronto como éstos se organicen. **ENTRETANTO** (en otras palabras: mientras se organizan tales Tribunales del Trabajo), desde la vigencia del presente decreto **SE SUSPENDERAN SU TRAMITACION Y SUS TERMINOS**, y quedarán interrumpidas las prescripciones extintivas de las correspondientes acciones y excepciones"; y porque, si aun los negocios que ya venían cursando en los juzgados ordinarios debería paralizarse, quedando prohibida la prosecución de sus trámites y términos, **a fortiori** estaba suspendida la capacidad legal de tales juzgados para admitir y conocer de nuevas demandas laborales".

"b) El Decreto-Ley, que suspendió la jurisdicción de los jueces ordinarios para conocer de negocios laborales, rigió hasta el 19 de febrero de 1945. Y el Juez 3º Civil del Circuito de Cartagena apre-

hendió el conocimiento de la demanda de Barcha el 30 de enero de ese año, es decir, todavía desprovisto de facultad para ello.”

“c) Tanto el Juez 3º Civil del Circuito de Cartagena, en el supuesto de que no estuviera suspendida su jurisdicción para esta suerte de negocios, como el Juez del Trabajo de la misma ciudad, estaban obligados, so pena de nulidad de toda la actuación posterior, a obrar “como conciliadores antes de adelantar el procedimiento de instancia”, y no lo hicieron. Dicha condición **sine qua non** para el proceso laboral, estaba vigente cuando el Juez de Circuito aprehendió indebidamente el conocimiento de la demanda (regla 2ª del artículo 37 del Decreto 2350 de 1944), y también lo estaba cuando pasó el negocio al Juzgado de Trabajo (regla 2ª del artículo 3º Ley 75 de 1945). Luego se desconoció una forma de juicio privativa señalada por la ley, forma de juicio que hace parte inseparable de la noción global de la jurisdicción.”

“d) Además, el Juzgado del Circuito siguió conociendo y tramitando el proceso, aun haciendo notificaciones desde luego inválidas, con posterioridad al funcionamiento del Juzgado de Trabajo de Cartagena, y, naturalmente, con mucha posterioridad a la **designación** del mismo por el Tribunal Seccional de Cartagena, que fue el evento previsto por el artículo 4º de la Ley 75 de 1945 para extinguir la jurisdicción provisional de los jueces ordinarios en asuntos laborales.”

Este problema no fue debatido en las instancias por lo cual es un “medio nuevo”, no admisible en casación.

Se llama medio nuevo en casación, según Faye en su obra “La Corte de Casación”, “el que no ha sido expresa o implícitamente sometido por la parte que lo invoca al Tribunal cuya decisión se ataca, o que no ha sido apreciado por ese Tribunal a menos que la ley le haya impuesto el examen de oficio por un interés de orden público; pero aun en este último caso la admisión del medio está subordinada a la condición esencial de que él se apoye sobre hechos y documentos sometidos al Juez de fondo”. Y nuestra Corte Suprema de Justicia, seguida sobre el particular en otras ocasiones por el Tribunal Supremo, ha expresado que son medios nuevos en casación aquellos que no han sido materia de controversia en las instancias del juicio, o sean los que vienen a presentarse por primera vez ante el Tribunal de casación, y que la idiosincracia y finalidad de este medio de impugnación extraordinario impide proponer.

A ninguno de los Jueces de las instancias le fue planteado el aspecto jurídico que informa el presente cargo, ni lo consideraron sus

sentencias, ni menos la de segundo grado acusada, de modo que no puede presentarse por primera vez en casación.

Pero se preguntaría quien leyerá este fallo, cuál es el concepto preciso, concreto del Tribunal Supremo acerca de la naturaleza jurídica del contrato que aquí se ha considerado, ya que no lo estima como de trabajo. Es decir, si para esta corporación viene a ser uno de sociedad irregular, por no constar en escritura pública, o de asociación o cuentas en participación, llamado simplemente participación. Pues bien. Ya se dejó visto cómo la acusación del recurrente acerca de ese contrato fue parcial, en lo que se refiere al documento de 1932, pues en el primer cargo sólo atacó el fallo recurrido por errada estimación apenas de tres de sus catorce cláusulas, y en el segundo motivo de casación tampoco acusó sino otras tres de sus estipulaciones. Fue, pues, fragmentaria la consideración o el análisis de ese contrato, por querer del mismo del recurrente, que es la persona que dirige este recurso, pero es de suponer que por haber propuesto así su acusación se limitó a aquellas cláusulas que le eran más favorables a su tesis de que existía un contrato de trabajo, y que las restantes, también apreciadas por el fallador de Cartagena porque estimó todas las catorce, no eran muy benéficas a esa tesis sobre relación laboral.

Naturalmente que al no encontrarse la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, surgiría clara la conclusión de que se trata de uno de derecho común, civil o mercantil, pero sin saberse de qué naturaleza. Mas pudiera decirse que este aspecto escapa a la jurisdicción del trabajo, en general, porque correspondería a la justicia ordinaria, llegado el caso, decidir acerca de esa naturaleza, pues a la del trabajo le basta con estimar que no es de orden laboral, y, en especial, pudiera colegirse que el Tribunal Supremo tampoco puede analizar ese problema porque no se le planteó bien en casación, toda vez que si del segundo motivo surge esa consideración, ya se vio que las beses de hecho de ese cargo no se estimaron fundadas y no pudo entrar a considerarse la situación jurídica consiguiente.

Mas el Tribunal Supremo va expresar su opinión, aun al margen del presente recurso por no caber dentro de él según todo lo expuesto, pues si no ha esquivado el análisis de los cargos de casación, no obstante las deficiencias de técnica anotadas, tampoco ha evitado hacer el estudio jurídico preliminar de las cuestiones que inciden sobre este negocio y menos podría dejar de expresar con toda claridad su pensamiento acerca de la naturaleza jurídica del contrato en estudio,

pero eso sí, circunscrito a las cláusulas o pruebas que por su labor de casación le fue dable considerar, únicamente.

Siendo de los llamados por la doctrina "a base asociativa", debería ser sociedad o asociación, según nuestra legislación comercial, porque, en primer lugar, el contrato es de naturaleza mercantil, pues los actos de ambas partes, ejecutados en el establecimiento de Quibdó, de acuerdo con ese convenio, son o fueron de comercio, según clasificación concreta y expresa que hace de ellos el Código de la materia (artículo 20 ordinal 11 y 435 y siguientes del C. de Co.).

No es asociación o cuentas en participación, o simplemente participación, de acuerdo con la noción de este contrato que dan los artículos 629 a 633 del mismo estatuto mercantil, porque, como bien lo expresa el Tribunal de Cartagena, existen dos aspectos que no lo configuran como de esa clase, y que son los de no constar que el señor Barcha fuese reputado en verdad como único dueño del negocio y que las operaciones mercantiles las ejecutaba en su solo nombre y bajo su crédito personal, como lo exigen los artículos 629 y 632 de dicho código.

Por lo tanto, es más bien un contrato de sociedad irregular, porque no consta por escritura pública ni que se llenaran todos los demás requisitos de solemnidad exigidos por el mismo Código de Comercio para la formación y prueba de ese contrato, pero cuyos efectos principalmente ante terceros reconocen los artículos 472 y siguientes del mismo Código y que entre los socios ha aceptado la jurisprudencia, como sociedad irregular o de hecho creada por los hechos.

No prosperó ninguno de los cargos formulados contra la sentencia de segunda instancia, por lo cual debe mantenerse en firme.

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, NO CASA la sentencia proferida el 16 de junio de 1947 por el Tribunal Seccional del Trabajo de Cartagena, que ha sido objeto del presente recurso.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértase en la "Gaceta del Trabajo" y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Castor Jaramillo Arrubla. — Diógenes Sepúlveda Mejía. — Luis Alberto Bravo. — Bertha Salazar Velasco, Oficial Mayor.

INTERPRETACION Y APLICACION DEL INCISO FINAL DEL ARTICULO 58 DE LA LEY 6ª DE 1945



El problema planteado en este recurso es el de si tiene la justicia del trabajo competencia para conocer, en términos generales, de las controversias entre los funcionarios públicos y la administración o los organismos, instituciones o establecimientos públicos o de carácter social, auncuando la relación no se derive de un contrato de trabajo. El problema ha sido objeto de encontradas opiniones y todavía, con la expedición del nuevo estatuto sobre procedimiento en los juicios del trabajo, en que el conocimiento de esta jurisdicción se restringe a las controversias emanadas del contrato de trabajo, continúa agitando-se dicha cuestión. Por ello ha sido, justamente, por cuanto se ha estimado que el inciso final del artículo 58 de la Ley 6ª de 1945, hoy sustituido por el 7º de la Ley 24 de 1947 no hizo distinción alguna y se refiere a todas las controversias que se susciten por razón de las primas, sueldos, bonificaciones, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, cesantías y demás prestaciones que tengan origen en ordenanzas, decretos y resoluciones de carácter departamental, acuerdos municipales, etc. Y no puede entenderse de otra manera, ya que el empleo del adverbio "también", que allí se encuentra, está indicando que, además de las controversias emanadas directa o indirectamente del contrato de trabajo, la jurisdicción especial conocerá de las que tengan origen en la simple relación de trabajo, así sea ella de servicio público, y no procedan del contrato mismo. Y es que no habiéndose hecho ninguna distinción sobre el particular, máxime cuando al expedirse la disposición del artículo 7º de la Ley 24 de 1947 se amplió el radio de la competencia a los asuntos que tengan origen en las leyes mismas, no hay duda de que el pensamiento del legislador fue el de colocar bajo la jurisdicción del trabajo todas estas relaciones, sin consideración a la for-

ma en que se hayan originado, bien contractual o extracontractualmente. Esta disposición fue acusada ante la H. Corte Suprema de Justicia; pero los asuntos iniciados antes de la expedición del Decreto legislativo 2158 de 1948, pueden y deben ser conocidos por la justicia del trabajo.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía).

Bogotá, agosto diez y siete de mil novecientos cuarenta y ocho.

La Caja de Previsión Social del Departamento Norte de Santander, representada por su Síndico, señor Domingo Díaz, fue demandada por el señor Víctor M. Bermúdez, a fin de que se le reconociera y pagara la suma de quinientos sesenta y seis pesos (\$ 566.00), por concepto de cesantía correspondiente a dos años, diez meses y veinte días de servicio discontinuo, comprendido entre el 3 de marzo de 1936 y el 25 de julio de 1940.

Se apoyó la demanda en lo dispuesto en el artículo 42 de la Ordenanza Departamental número 4 de 1946.

Tramitado el asunto ante el Juzgado de Trabajo de Cúcuta, se dictó sentencia el 26 de agosto de 1947, y por medio de ella se condenó a la entidad demandada a pagar la suma reclamada por el actor.

Recurrida esta providencia para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de la misma ciudad, sobrevino la sentencia de fecha 4 de noviembre siguiente, por medio de la cual se declaró que la justicia especial del trabajo carece de competencia para conocer del asunto de que trata el juicio.

Esta decisión del Tribunal Seccional ha sido acusada en casación ante el Tribunal Supremo del Trabajo, y como ha llegado la oportunidad de fallarlo, se procede a ello, mediante el examen de la respectiva demanda presentada para fundamentarlo.

EL RECURSO

El señor apoderado del actor ha presentado como demanda de casación un escrito que no se conforma con la técnica del recurso, pues tiene aspecto de alegato de instancia, comoquiera que en un solo cuerpo expone toda la cuestión debatida, sin hacer la debida separación de las causales invocadas, las disposiciones infringidas y el concepto de la violación, como lo manda perentoriamente el artículo 531 del C. Judicial.

En efecto, el recurrente empieza por manifestar que contesta el traslado que para sustentar el recurso interpuesto por el doctor Joaquín Mansilla Ch. le fue conferido. En seguida hace diversas consideraciones sobre el problema general en los siguientes términos:

“Considera que el recurso es viable por hallarse la sentencia del Honorable Tribunal Seccional del Trabajo de Cúcuta comprendida dentro de las causales contempladas en los numerales 1º, 3º y 7º del artículo 520 del C. J.”

“Como muy acertadamente lo dice el doctor Joaquín Mansilla Ch. en el memorial contentivo del recurso de casación, en la demanda no se trata de dirimir si entre el actor y el Departamento Norte de Santander existió un contrato de trabajo, lo cual es obvio, aun cuando ello no se rija propiamente por las leyes laborales. Se trata de un (sic) controversia sobre el valor de una cesantía causada de conformidad con las leyes vigentes, la que no quiere ser pagada en su integridad por la Caja de Previsión del Norte de Santander, cuya Junta Directiva por sí y ante sí resolvió dar al artículo 42 de la Ordenanza número 4 de 1946 que es ley vigente del Norte de Santander, una interpretación reñida con el texto y con el espíritu de la misma disposición invocada, que no es la más favorable a los intereses del actor.”

“El honorable Tribunal del Trabajo de Cúcuta en la sentencia recurrida entró en consideraciones ajenas al problema planteado en la demanda y dio una interpretación y una aplicación errónea no sólo al texto del artículo 42 de la Ordenanza número 4 citada, sino también a lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley 6ª de 1945 y al artículo 4º del Decreto Ejecutivo 2127 de 1945 que la reglamenta. En efecto, el inciso final del artículo 58 de la Ley 6ª de 1945 dispone que la jurisdicción del trabajo fue instituida para decidir de las controversias que se susciten... “por razón de las primas, bonificaciones y **demás prestaciones** que tengan su origen en ordenanzas, decretos y resoluciones departamentales, acuerdos municipales o reglamentos particulares, siempre que se haya agotado el procedimiento de reclamación que en tales disposiciones se establezcan”. (El subrayado es mío).”

“La sentencia cuya acusación demandó desechó lo dispuesto por esta disposición de la Ley 6ª de 1945 y erróneamente, so pretexto de hermenéutica, le dio aplicación preferencial a lo dispuesto por el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, como si conforme a la misma hermenéutica invocada por el señor Magistrado del Tribunal Seccional, no primara la ley sobre el decreto que la reglamenta. Pero te-

nemos además que donde la ley no distingue, no le es dado al intérprete distinguir, y el honorable Tribunal Seccional se empecinó en desentrañar a la ley un espíritu en oposición con su texto, lo que es inaceptable. Por lo que dejo brevemente expuesto, aparece de bulto la causal de casación prevista en el numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial.”

Luégo se detiene a estudiar la posición de las Cajas de Previsión Social en relación con sus trabajadores, para sostener la tesis de que el Tribunal obró equivocadamente cuando situó la cuestión en el plano de la competencia, siendo que se trata de “la interpretación de una disposición sustantiva que consagra derechos en pro de las clases trabajadoras, cual es el artículo 42 de la ordenanza citada, que a la letra dice: Todo empleado u obrero que esté al servicio del Gobierno Departamental, en la fecha de la presente ordenanza y que tenga ocho años o más al servicio de éste, tiene derecho a que se le reconozca para la liquidación de la cesantía, períodos servidos con anterioridad, aunque haya tenido discontinuidad”.

Como a simple vista se observa, este memorial no puede ser tenido como una demanda de casación. Considerado con amplitud, no obstante los reparos que se le han hecho, apenas si daría margen para estudiar el aspecto de la competencia que el recurrente destaca en uno de los párrafos transcritos, cuando dice que el Tribunal Seccional dio una interpretación errónea al artículo 58 de la Ley 6ª de 1945, en relación con el 4º del Decreto 2127 del mismo año, en cuanto aquél determina que la jurisdicción especial conoce también 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, siempre que se haya agotado el procedimiento de reclamación que tales disposiciones se establezcan”.

Se considera:

El Tribunal Seccional sostiene en la sentencia recurrida que la jurisdicción del trabajo no tiene competencia para conocer de los negocios que se susciten por razón de controversias entre la administración pública y sus servidores, en tanto que ellas no se deriven del contrato de trabajo, y que por consiguiente, para que haya armonía entre lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 58 de la Ley 6ª de 1945 y el 4º del Decreto 2127 del mismo año, debe entenderse que ese conocimiento está restringido a los casos que se contemplan en la citada disposición, que expresa que las relaciones entre los empleados públicos y la administración nacional, departamen-

tal o municipal no constituyen contratos de trabajo y se rigen por leyes especiales, a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma.

Es indudable que existe una diferencia específica entre la simple relación de trabajo que media entre los empleados públicos y la Administración y la que surge entre las personas privadas en virtud del contrato de trabajo. La situación jurídica de los funcionarios con respecto al Estado o entidad de derecho público, no obstante los caracteres de similitud que ofrece con la de los empleados particulares, y que emerge de los factores de subordinación, retribución, etc., no se considera cobijada por las mismas normas de los últimos, muy especialmente por lo que hace a los fines que se persiguen en uno y otro caso. Porque al paso que los de la administración se dirigen a asegurar objetivos exclusivamente de servicio público, común, de seguridad social, los de la otra clase buscan un beneficio particular de lucro, eminentemente económico. Auncuando el trabajo es uno, y debiera ser sometido al mismo tratamiento, es lo cierto que en el primer caso la relación es de derecho público, en tanto que la otra es estrictamente de derecho privado.

Con todo, hay ocasiones en que el Estado asume la posición de patrono, como cuando en los casos que contempla el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, se ocupa en actividades que no son por su naturaleza inherentes a la función que le corresponde, desde el punto de vista de la administración pública.

Según Barthelemy, citado por Cabanellas en su obra "El Derecho del Trabajo y sus contratos", se acepta la idea de que hay en algunos casos contrato de trabajo, siempre que el Estado se conduzca como patrono. Y agrega: "Podría en tal sentido, realizarse la distinción entre el Estado como sujeto de Derecho Público y como sujeto de Derecho privado: cuando actúe en esta última calidad reviste la condición de patrono. Esta distinción, apuntada, que trasegamos del Derecho Administrativo al de Trabajo, sirvenos para señalar la posibilidad de que el Estado actúe como patrono siempre que obre fuera de las condiciones inherentes a sus funciones, en un desdoblamiento de su personalidad".

Ciertamente la distinción anotada es la que justifica la excepción que contiene el artículo 4º del memorado Decreto 2127, pues que bien puede la administración asumir la situación de derecho

privado y aun celebrar el contrato de trabajo, con todas sus condiciones, cuando se dedica a la construcción de obras públicas o a la administración y beneficio de empresas lucrativas, idénticas a las que pueden fundar y dirigir los particulares.

Pero no es indispensable ahondar en esta digresión para examinar concretamente la cuestión que el recurrente plantea, que en definitiva es la siguiente: ¿Tiene la jurisdicción del trabajo competencia para conocer, en términos generales, de las controversias entre los funcionarios públicos y la administración o los organismos, instituciones o establecimientos públicos o de carácter social, aun cuando la relación no se derive de un contrato de trabajo?

El problema ha sido objeto de encontradas opiniones y todavía, con la expedición del nuevo estatuto sobre procedimiento en los juicios del trabajo, en que el conocimiento de esta jurisdicción se restringe a las controversias emanadas del contrato de trabajo, continúa agitándose dicha cuestión. Pero ello ha sido, justamente, por cuanto se ha estimado que el inciso final del artículo 58 de la Ley 6ª de 1945, hoy sustituido por el 7º de la Ley 24 de 1947 no hizo distinción alguna y se refiere a todas las controversias que se susciten por razón de las primas, sueldos, bonificaciones, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, cesantías y demás prestaciones que tengan origen en ordenanzas, decretos y resoluciones de carácter departamental, acuerdos municipales, etc. Y no puede entenderse de otra manera, ya que el empleo del adverbio "también", que allí se encuentra, está indicando que, además de las controversias emanadas directa o indirectamente del contrato de trabajo, la jurisdicción especial conocerá de las que tengan origen en la simple relación de trabajo, así sea ella de servicio público, y no procedan del contrato mismo.

Así lo han venido entendiendo los diversos Magistrados y Jueces del Trabajo ante los cuales se han ventilado ya numerosos negocios referentes a servidores públicos, sin objeción alguna con respecto a la competencia de la justicia del trabajo para conocer de ellos. Y es que no habiéndose hecho ninguna distinción sobre el particular, y máxime cuando al expedirse la disposición del artículo 7º de la Ley 24 de 1947 se amplió el radio de competencia a los asuntos que tengan origen en las leyes mismas, no hay duda de que el pensamiento del legislador fue el de colocar bajo la jurisdicción del trabajo todas estas relaciones, sin consideración a la forma en que se hayan originado, bien contractual o extracontractualmente.

La anotada disposición ha sido objeto de acusación ante la H.

Corte Suprema de Justicia; pero los asuntos iniciados antes de la expedición del Decreto legislativo 2158 de este año, pueden y deben ser conocidos por la justicia del trabajo.

En tales condiciones, y a pesar de la deficiente formulación de la demanda de casación presentada por el recurrente, que no se acomoda exactamente a la técnica de este recurso, el Tribunal Supremo se verá en el caso de dar aplicación a lo que dispone el artículo 540 del C. Judicial, infirmando la providencia recurrida, a fin de que se dicte un nuevo fallo, sobre la base de que el Tribunal Seccional del Trabajo de Cúcuta sí es competente para conocer del asunto.

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 Cúcuta, que ha sido objeto del presente recurso, y dispone devolver el expediente al mismo Tribunal, a fin de que profiera nuevo fallo sobre el fondo de la cuestión debatida.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la "Gaceta del Trabajo" y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Diógenes Sepúlveda Mejía. — Cástor Jaramillo Arrubla. — Luis Alberto Bravo. — Bertha Salazar Velasco, Oficial Mayor.

PENSION DE JUBILACION DE EMPLEADOS FERROVIARIOS

El derecho a la pensión de jubilación de los empleados u obreros de las empresas ferroviarias privadas u oficiales fue establecido por la Ley 1ª de 1932. El Decreto 1471 del mismo año reglamentó esta ley y dispuso en varios de sus artículos cuáles eran los requisitos para alcanzar ese derecho; cómo se puede acumular el tiempo de servicios prestados con anterioridad a dicha Ley 1ª y con posterioridad a su vigencia; qué proporción le corresponde a las distintas empresas cuando el trabajador ha prestado servicio en varias de ellas, para el pago de la pensión; que no es necesario el cumplimiento coexistente de los requisitos de la edad y años de servicio, sino que este último es el determinante de ese derecho, pudiéndose llenar posteriormente el de la edad; que bien se trate de empleados u obreros, o se remunerare por jornal, a destajo o por tarea, la pensión debe liquidarse tomando el promedio de la remuneración en los últimos doce meses de servicio; la forma de liquidar la jubilación cuando el trabajador ha prestado servicios a varias empresas, también sobre la base del promedio de sueldos o salarios de los doce últimos meses durante los cuales haya servido; la obligación de señalar en el reglamento de la empresa el procedimiento que debe seguirse para tramitar la solicitud sobre pago de la pensión; que ésta se debe desde el día en que el empleado u obrero haga la solicitud correspondiente, siempre que tal día se reúnan las condiciones para adquirir el derecho y que si el empleado u obrero, en el momento de su solicitud, se halla al servicio de la empresa, la pensión sólo se deberá desde el día del retiro del beneficiario.

La Ley 1ª citada, así reglamentada, fue modificándose por distintas disposiciones legales para hacer extensiva la jubilación a determinados trabajadores ferroviarios, siempre sobre la base de

los veinte años de servicios continuos o discontinuos, pero sin sujeción a la edad, es decir, cualquiera que fuera la edad, como las Leyes 206 de 1938 y 63 de 1940, referentes la primera, a los maquinistas, fogoneros, trabajadores de calderas, etc., y la segunda, a los trabajadores de talleres, de las empresas ferroviarias oficiales o particulares.

Por la Ley 49 de 1943 se modificó la escala de liquidación, y la Ley 6ª de 1945 ordenó, en sus artículos 30 y 31, que a los jubilados con anterioridad a esa Ley 49 se les aumentara, a partir de la vigencia de la Ley 6ª, la cuantía de su pensión de acuerdo con la escala señalada por la misma Ley 49.

Más tarde, la Ley 53 de 1945 extendió el derecho a jubilación a los trabajadores ferroviarios que no gozaran de él según las Leyes 206 de 1938, 63 de 1940 y 49 de 1945, al cumplir 50 años de edad. Y dispuso que cuando la jubilación ocurriera después de 20 años de servicios, el trabajador tendría derecho además a cesantía por el mayor tiempo; modificó la tarifa de fijación de la cuantía de la pensión, pero ordenó que se liquidara de acuerdo con el último sueldo o jornal devengado, teniendo en cuenta las reglas que da en el artículo 4º.

También consagró otra disposición, según la cual los trabajadores ferroviarios que tengan derecho a jubilación, al completar los 20 años de servicios, continuos o discontinuos, cualquiera que sea la edad, según las Leyes 206 de 1938 y 63 de 1940, sólo requerirán para ser pensionados en las condiciones que tales leyes establecen, que la mayoría del tiempo de servicios corresponda a la actividad a que dichas disposiciones se refieren.

El artículo 5º de la Ley 53 de 1945 fue reglamentado por el artículo 8º del Decreto 2340 de 1946, que exige diez años de labores en los servicios de que esas leyes tratan, de los veinte que se necesitan para obtener el derecho a la pensión, con el fin de ser pensionados. En el caso de los trabajadores ferroviarios de los talleres, basta que diez de los veinte años de servicios se hayan trabajado en los oficios que corresponden en esos talleres, únicamente, para gozar de la pensión.

Por último, la Ley 64 de 1946, reafirma en su artículo 9º el principio de algunas anteriores, de que el trabajador de empresas ferroviarias tendrá derecho también a cesantía por el tiempo

mayor de los veinte años de servicios que haya prestado. El Decreto 2340 del mismo año, dispone sobre el particular que cuando el trabajador ferroviario hubiere servido a la empresa respectiva por un tiempo, continuo o discontinuo, mayor de veinte años, tendrá derecho, además de la pensión de jubilación, y por una sola vez, a un auxilio adicional equivalente a un mes de salario por cada año de servicios que exceda de los veinte expresados, y proporcionalmente por las fracciones de año, sin limitación alguna.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla).

Bogotá, agosto diez y siete de mil novecientos cuarenta y ocho.

Jesús María Mesa demandó a la compañía del Ferrocarril de Cúcuta, S. A., ante el Juez del Trabajo de dicha ciudad, para el pago de una pensión mensual de jubilación en la proporción que corresponda al tiempo de servicio y de las sumas que por ese concepto se le han dejado de pagar desde el día en que se hizo obligatoria la pensión o desde que fue despedido, pero que de esa cantidad se descuente la de novecientos pesos (\$ 900.00), que recibió de la compañía en 1941.

Fundó esas peticiones en los siguientes hechos: que trabajó al servicio de esa sociedad en dos épocas: primero, desde octubre de 1914 hasta diciembre de 1933 inclusive, o sea un total de ciento setenta y siete (177) meses, o de catorce (14) años, nueve (9) meses, y, segundo, desde el 23 de septiembre de 1940 hasta igual mes de 1941, o sea doce (12) meses; que luégo trabajó en el Ferrocarril de Cundinamarca durante cuatro (4) años y tres días y después en el de Girardot un (1) año, ocho (8) meses y cinco (5) días; que en total trabajó en esos ferrocarriles veintiún (21) años, cinco (5) meses y ocho (8) días, de los cuales estuvo al servicio de la compañía demandada quince (15) años y nueve (9) meses; que fue jubilado por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, según Resolución número 9500 de fecha 19 de junio de 1940, por razón del tiempo servido en el Ferrocarril de Cundinamarca; que en los ferrocarriles mencionados trabajó en los talleres de mecánica y fundición; que devengaba en los últimos años que estuvo trabajando en el de Cúcuta un salario de dos pesos con cincuenta centavos (\$ 2.50), que

debe ser diario, aunque no lo expresa; que recibió, se supone de la misma empresa, aunque tampoco dice, la cantidad de novecientos pesos (\$ 900.00) en 1941, por razón de sumas que le correspondían por la pensión de jubilación a que tiene derecho; y que por motivo de ese pago la compañía ha pretendido descargarse de la obligación de reconocerle la expresada pensión, que no es irrenunciable.

El apoderado de la compañía demandada al contestar el libelo expresado, manifestó que eran ciertos los hechos que se referían al tiempo, clase y salarios de los servicios prestados por el actor a la misma sociedad, aunque ignoraba los de los otros ferrocarriles, el reconocimiento de jubilación por el Consejo Administrativo, y en cuanto al pago de los novecientos pesos (\$ 900.00) por concepto de jubilación dijo que era falso puesto que del recibo que presentaba aparecía la opción voluntaria del demandante por su derecho de cesantía y el recibo de la mencionada suma por este último concepto. Por lo mismo, negó la obligación de la empresa de pagar jubilación porque, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 28 del Decreto 652 de 1935, el actor optó por la cesantía en lugar de la pensión vitalicia.

El Juez del conocimiento dictó su fallo que declaró sin efecto la opción de cesantía y, por lo tanto, condenó a la compañía demandada al pago de la pensión de jubilación, en la proporción que corresponda de acuerdo con las remuneraciones devengadas por Mesa en su último año de servicio y a partir del 4 de octubre de 1941. Asimismo, ordenó que del monto de la pensión se deduzca la cantidad de \$ 900.00 a razón del 10% mensual, que Mesa tiene recibidos de la empresa.

El apoderado de la compañía interpuso el recurso de apelación y el Tribunal Seccional del Trabajo de Cúcuta lo decidió por medio de su sentencia de 10 de septiembre último, que declaró sin efecto la opción; condenó a la sociedad a pagarle al actor, a partir del 10 de diciembre de 1940, una pensión mensual vitalicia de jubilación en la proporción que corresponda de acuerdo con las remuneraciones devengadas por Mesa durante el año de 1933; ordenó deducir del monto de la pensión la suma de \$ 900.00 que Mesa tiene recibidos de la empresa y dispuso que el cumplimiento de las obligaciones precedentes se entendían sin perjuicio de los derechos y obligaciones que el contrato de trabajo de septiembre de 1940 a septiembre de 1941 haya originado entre Mesa y la compañía demandada, los cuales se deducirían previa la liquidación de que trata el artículo 553 del Código Judicial. Nada dijo de costas.

Contra este fallo interpuso el apoderado del actor el recurso de casación, que pasa a decidirse.

LA SENTENCIA ACUSADA

El Tribunal de Cúcuta estimó que Mesa tenía derecho a la pensión de jubilación, según el artículo 1º de la Ley 1ª de 1932, cuando cumplió 20 años al servicio de las empresas ferroviarias. Y desde ese mismo momento nació para la compañía demandada la obligación de pagarle la cuota proporcional correspondiente, pero sujeta a la condición suspensiva de que Mesa cumpliera 55 años de edad. Mas, como esta condición desapareció el 10 de diciembre de 1940 —continúa el fallador— cuando entró en vigencia la Ley 63 de dicho año porque sólo exigía los 20 años de servicios y eliminó el requisito de la edad, puesto que dijo que se concedía ese derecho a pensión a los trabajadores de los talleres ferroviarios, cualquiera que fuese su edad, desde la fecha expresada quedó la sociedad demandada con la obligación de pagarle al demandante la cuota proporcional en la pensión mensual vitalicia a que tenía ya derecho.

A continuación, el sentenciador de segunda instancia comparte la opinión del Juez de primer grado acerca de la existencia de un vicio en la opción de Mesa por la cesantía, que la hace inexistente o improcedente, porque su monto era superior a los \$ 900.00 que por ese concepto le pagó la empresa, dada la última remuneración de \$ 177.66 mensuales, en promedio, y los 15 años y 9 meses de servicio. Además, también estima el Tribunal que no tenía derecho a cesantía porque en 1933 cuando terminó su primer contrato no se había expedido la Ley 10 de 1934. Por lo tanto, el Tribunal Seccional entra a estudiar lo relacionado con la fecha desde la cual debe otorgar la jubilación y los salarios que le sirvan de base para decretarla. Y sobre estos particulares, razona de la siguiente manera.

Mesa solicita en la demanda que se ordene pagarle su pensión desde el día en que fue despedido. El Juzgado accedió a ello y estimó que el despido había tenido lugar en 1941 porque le dio un carácter unitario a las dos etapas contractuales existentes entre la compañía demandada y el demandante. Pero el Tribunal Seccional considera, por el contrario, que deben separarse esas dos etapas, la primera que va, como se dijo en la demanda, desde 1914 a 1933, y la segunda, de 1940 a 1941, por lo cual estima que el despido se verificó el 29 de diciembre de 1933 cuando terminó esa primera etapa de labores o primer contrato de trabajo según el fallador, pero la obligación, en su concepto, de pagarle pensión, surgió para la compañía desde mayo de 1940 y se hizo exigible solamente el 10 de diciembre siguiente, porque en esta última fecha entró en vigencia la

Ley 63 de ese año que suprimió para Mesa el requisito de la edad.

El sentenciador de segundo grado considera que la llamada por él segunda etapa contractual, de 1940 a 1941, es un contrato de trabajo separado, autónomo, distinto del que corrió a favor de la jubilación. Es decir, para otorgar la pensión sólo tiene en cuenta el lapso de la que denomina primera etapa, de 1914 a 1933, y excluye, para esos efectos de la jubilación, el período de labores de 1940 a 1941, que denomina la segunda etapa contractual o contrato de trabajo distinto del primero. Por eso considera que el despido, para efectos de la pensión, se operó en 1933 que fue cuando terminó, para ese fallador, el primer contrato, es decir, cuando se despidió a Mesa. Pero el mismo Tribunal Seccional considera que el nuevo contrato independiente, de 1940 a 1941, no es un contrato de obra porque de las pruebas del expediente encuentra que Mesa trabajó para la compañía bajo su dependencia, ni fue la de este período una labor ocasional pues según el artículo 41 del Decreto 2127 de 1945 sólo se entiende por tal la de corta duración, no mayor de un mes y que se refiera a oficios distintos de los propios de la empresa. Por eso que concluya diciendo que las prestaciones por este nuevo contrato —que Mesa no ha demandado, ni estaban comprendidas en la apelación de la compañía de que el Tribunal Seccional conocía— deban mandarse pagar, y las manda pagar en efecto, por el procedimiento del artículo 553 del C. Judicial.

Respecto del salario que debe tenerse en cuenta para liquidar la pensión, el Tribunal de Cúcuta dice que por no existir en el expediente una base al efecto, debe ordenarse que se haga —como lo dispuso el Juez— con arreglo a los artículos 480 y 553 del C. Judicial. Pero, de acuerdo con esos artículos —agrega— debe fijar por lo menos la base de la liquidación que posteriormente vaya a hacerse. En este orden de ideas, expresa que no se toma entonces en cuenta el salario que devengaba Mesa en 1941 sino el de 1933, ni tampoco la suma de las dos etapas contractuales, sino el período de 177 meses que transcurrieron en la primera, de 1914 a 1933, y que fue el que sirvió para completar los 20 años exigidos por el artículo 1º de la Ley 1ª de 1932. Por lo tanto, estima que el salario que debe tenerse en cuenta es el de que trata la carta dirigida el 29 de diciembre de 1933 por el Presidente del Ferrocarril de Cúcuta al demandante, o sea el de \$ 58.80. Y el tiempo, el de 14 años y 9 meses. Y agrega que se toma ese salario como base porque el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 49 de 1943 no hizo extensivos a los trabajadores que no se hallen disfrutando de pensión los beneficios de aumento de tarifa

consagrados en esa disposición, aunque este párrafo —observa el Tribunal Supremo— quedó derogado por los artículos 30 y 31 de la Ley 6ª de 1945, pero el recurrente en casación no plantea nada sobre el particular. El Tribunal Seccional regula por lo tanto la pensión de Mesa de acuerdo con la tarifa del inciso 4º del artículo 1º de la Ley 1ª de 1932, o sea aquella que dice “los que ganen más de cincuenta pesos recibirán \$ 45.00, más \$ 0.50 por cada peso más de sueldo hasta \$ 80.00”. Según esto, expresa que la suma que corresponde al período de 20 años es de \$ 49.40. Y de ésta liquida la cuota proporcional a 177 meses que comprende el lapso por el cual debe pagarle —en su concepto— la pensión la compañía del Ferrocarril de Cúcuta al demandante Mesa. Y esa proporción es la de \$ 35.14, que debe empezar a pagar la sociedad expresada al actor desde el 10 de diciembre de 1940. Pero luégo manifiesta el fallo recurrido que esta liquidación sólo debe tenerse en cuenta en relación con la fecha de iniciación del pago, y en cuanto a la calidad del salario —el de 1933— para la liquidación definitiva, pues al pedirse ésta, conforme al artículo 553 del C. Judicial, se tendrá en cuenta lo que dispuso el Juez de primer grado, es decir —colige el Tribunal Supremo— que, como lo expresa el Seccional en la parte resolutive de su fallo, se tomará la proporción que corresponda de acuerdo con las remuneraciones devenidas por Mesa durante el año de 1933.

Por último, el fallo recurrido dice que de la cantidad exigible el día en que deba cumplirse esa decisión, deberá descontarse la suma de \$ 900.00 que la compañía entregó a Mesa, sin perjuicio de las obligaciones de aquella para con éste por razón del contrato de trabajo de 1940 a 1941, y de las compensaciones y descuentos proporcionales a que tenga derecho la compañía de acuerdo con la ley, todo lo cual —finaliza— se conocerá al hacer la liquidación a que se refiere el artículo 553 expresado. Nada dice en esta parte motiva acerca del descuento de esos \$ 900.00 por cuotas de un 10% mensuales, como lo dispuso el fallo del Juez, pero como ordena la devolución, sin sujeción a descuentos, y la parte resolutive de la sentencia del Tribunal Seccional reemplaza totalmente la de aquél, y en dicha parte resolutive no se ordena ese descuento por porcentajes, se entiende que se dispuso verificarlo sin deducciones de ninguna naturaleza, sino en forma completa o total y del monto de las pensiones debidas.

EL RECURSO

Cuatro cargos se formulan, de los cuales solamente se estudia-

rán los dos primeros, íntimamente ligados entre sí, por hallarse probados (artículo 538 del C. J.).

Dicen así esos dos cargos, que propiamente constituyen uno solo por tratarse del mismo problema y de las mismas disposiciones legales, y que el recurrente agrupa dentro de la causal primera:

“CAUSAL PRIMERA DE CASACION. Ser la sentencia violatoria de ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea.

PRIMER CARGO

“Violación de la ley sustantiva por infracción directa. La sentencia acusada es violatoria de la ley sustantiva por infracción directa en cuanto por su numeral segundo establece como base para el pago de la pensión de jubilación que corresponde a mi mandante las remuneraciones devengadas durante el año de 1933. En efecto, el numeral 2º de la sentencia proferida por el H. Tribunal Seccional del Trabajo de Cúcuta dispuso que la pensión mensual que le corresponde a Mesa se le debe desde el día 10 de diciembre de 1940 en la proporción que le corresponde y de acuerdo con la remuneración que devengó en el año de 1933. Pero es lo cierto, que el último año de servicio prestado por Mesa a la compañía del Ferrocarril de Cúcuta, S. A., fue el año comprendido entre octubre de 1940 y octubre de 1941, por lo tanto, de acuerdo con las remuneraciones devengadas en ese año debe decretarse la pensión de jubilación para Jesús María Mesa de conformidad con las disposiciones de la Ley 1ª de 1932, reglamentada por el Decreto 1471 de 1932, cuyo artículo 9º es del siguiente tenor: “Cuando se trate de empleados, la pensión se fijará tomando como base el promedio de los sueldos mensuales devengados en los últimos doce meses de servicio”.

“Si se trata de obreros, la base será la cantidad que resulta de multiplicar por 30 el promedio de los jornales recibidos por el interesado en los últimos doce meses de servicio.”

“Si el obrero ha trabajado a destajo o por tarea, la base será la cantidad que resulte de multiplicar por 30 el promedio de la remuneración diaria en los últimos doce meses de trabajo.”

“Este artículo es aplicable al caso de autos en virtud de lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 153 de 1887. Viola, en consecuencia, directamente la sentencia recurrida las disposiciones transcritas, por cuanto fueron desconocidas al fijar como básicas las remuneraciones del año de 1933.”

“Asimismo, viola la sentencia en su numeral segundo directamente las disposiciones del artículo 17 del Decreto Ejecutivo número 1471 de 1932, en su artículo 17, aplicable a la materia de la presente demanda en virtud de lo consagrado en la Ley 153 de 1887, artículo 12, por cuanto ese decreto reglamenta la Ley 1ª de 1932, decreto que establece en el artículo citado que la pensión se debe desde que se hace la solicitud, y la solicitud que hizo Mesa fue en octubre de 1941 y no en diciembre de 1940. La constancia que existe en el expediente, tanto con la prueba testimonial, como con la prueba documental y las posiciones del señor Gerente de la compañía demandada son una prueba completa sobre la solicitud hecha por Mesa para el pago de su pensión de jubilación. La opción de Mesa por la cesantía el 28 de octubre de 1941 está indicando claramente su solicitud hecha sobre pensión, de jubilación, solicitud que toma validez y configuración jurídica, si se tiene en cuenta que es ya ley del proceso la desestimación de esa opción, pues así lo resolvieron tanto el Juzgado de primera instancia como el Tribunal y este punto no es materia de la casación.”

SEGUNDO CARGO

“Violación de la ley sustantiva por aplicación indebida e interpretación errónea.”

“La sentencia acusada viola igualmente la ley sustantiva por aplicación indebida e interpretación errónea, por cuanto por su mismo numeral segundo de su parte resolutive dispone que el derecho de Mesa a su pensión nació el día 10 de diciembre de 1940, fecha de la sanción de la ley, más ello no es así por cuanto ese derecho nació en octubre de 1941, fecha en que Mesa hizo a la compañía su reclamo. En esta forma le da el juzgador de segunda instancia una interpretación errónea a la citada Ley 63, violando no sólo las disposiciones de esa ley, sino también las disposiciones del artículo 17 del Decreto Ejecutivo número 1471 de 1932, aplicable como ya se ha visto al caso de Mesa, según el artículo 12 de la Ley 153 de 1887.”

“Quedan así configuradas tanto la aplicación indebida de la Ley 63 de 1940 como la interpretación errónea de la misma y del decreto ejecutivo citado y se configura por esa indebida aplicación error tanto de derecho como de hecho. El error de derecho por la desviada aplicación de la ley y no aplicación del decreto citado.”

“El error de hecho por cuanto que no se apreciaron las pruebas producidas por mi representado como las que acreditó que su último

año de servicio a la compañía del Ferrocarril de Cúcuta, S. A., fue el comprendido entre octubre de 1940 y el mismo mes de 1941. En efecto, la diligencia de posiciones absueltas por el Gerente de la compañía demandada, visible al folio 38 del cuaderno de pruebas y la información suministrada durante el término probatorio por la compañía demandada visible al folio 56 del mismo cuaderno demuestran ostensiblemente el error de hecho en que incurrió el Tribunal en el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia recurrida al desatender la realidad, cual era la del último año de servicios de mi representado (del 40 al 41), para escoger arbitrariamente como regulador básico de la pensión el año de 1933. Y se escoge en el numeral segundo arbitrariamente este año, sin embargo de reconocer el Tribunal en la parte motiva de la sentencia que Mesa trabajó un año de 1940 a 1941. Dice la sentencia en lo pertinente: "Se originan de la segunda etapa contractual de 1940 a 1941, a favor de Jesús María Mesa, las prestaciones correspondientes, como un contrato de trabajo, separado, autónomo, distinto del que corrió en favor de la jubilación". Sin embargo de reconocer este último año como que estuvo Mesa al servicio de la compañía, en la parte resolutive de la sentencia, numeral segundo, escoge arbitrariamente como ya lo repetí el año de 1933. Este desconocimiento de la realidad procesal en la parte resolutive y la no apreciación o consideración de las pruebas a que hice mención, configuran **grosso modo**, el error de hecho considerado en la causal primera de casación de que trata el artículo 520 del C. J."

Se considera:

El derecho a pensión de jubilación en empresas ferroviarias privadas u oficiales fue establecido por la Ley 1ª de 1932, que en la primera parte de su artículo 1º dispuso:

"Todo empleado u obrero de edad no inferior de cincuenta y cinco años 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..."

El Decreto 1471 del mismo año reglamentó esa ley y al efecto dispuso en varios de sus artículos cuáles eran los requisitos para alcanzar ese derecho (artículo 3º); cómo se puede acumular el tiempo de servicios trabajado con anterioridad a la Ley 1ª expresada con el posterior a su vigencia (artículo 4º); qué proporción le corresponde a las distintas empresas cuando el trabajador ha prestado servicio en varias de ellas, para el pago de la pensión (artículo 5º); que no

es necesario el cumplimiento coexistente de los requisitos de la edad y años de servicio, sino que este último es el determinante de ese derecho y posteriormente puede llenarse el de la edad (artículo 6º); que bien se trate de empleados, obreros, o se remunere por jornal, a destajo o por tarea, la pensión se liquidará tomando el promedio de la remuneración “en los últimos doce meses de servicio” (artículo 9º); la forma de liquidar la pensión cuando el trabajador ha prestado servicios a varias empresas, también sobre la base del “promedio de sueldos o salarios de los doce últimos meses durante los cuales haya servido” (artículo 10); la obligación de señalar en el reglamento de la empresa el procedimiento que debe seguirse para tramitar la solicitud del trabajador sobre pago de la pensión (artículo 15); y, además, que “la pensión mensual vitalicia de jubilación se deberá desde el día en que el empleado u obrero haga la solicitud correspondiente, siempre que tal día se reúnan las condiciones para adquirir el derecho” y que “si la solicitud se hace estando el obrero o empleado al servicio de la empresa, sólo se deberá la pensión desde el día del retiro del beneficiario” (artículo 17).

Posteriormente, esa Ley 1ª así reglamentada, fue modificándose por distintas disposiciones legales para hacer extensiva la jubilación a determinados trabajadores ferroviarios, por el hecho del servicio (los mismos 20 años de trabajo, continuos o discontinuos), pero sin sujeción a edad (cualquiera que sea la edad), como en las Leyes 206 de 1938 y 63 de 1940, que se refirieron, la primera, a los maquinistas, fogoneros, trabajadores de calderos, etc.,... y la segunda, a los **trabajadores de los talleres**, de las empresas ferroviarias, oficiales o particulares, que son estos últimos los que para el presente recurso interesan porque el señor Mesa dijo en la demanda que había prestado sus servicios a los ferrocarriles de que habla “**en los talleres de mecánica de las referidas empresas y en los de fundición**” (hecho 9º de la demanda inicial).

Luégo, la Ley 49 de 1943 modificó la escala de liquidación, y la Ley 6ª de 1945, en sus artículos 30 y 31, ordenó que a los jubilados con anterioridad a esa Ley 49 se les aumentara, a partir de la vigencia de la Ley 6ª, la cuantía de su pensión de acuerdo con la escala señalada en la Ley 49 citada, y “computada sobre las asignaciones de los cargos respectivos en la fecha del retiro”.

Después la Ley 53 de 1945 extendió ese derecho a jubilación a los trabajadores ferroviarios que no gozaran de él según las leyes ya mencionadas (206 de 1938, 63 de 1940 y 49 de 1943), al cumplir 50 años de edad.

Y también dispuso que cuando la jubilación ocurriera después de 20 años de servicios, el trabajador tendría derecho además a cesantía por el mayor tiempo (artículo 2º). Asimismo, modificó la tarifa de fijación de la cuantía de la pensión, pero dispuso que **“se liquidara de acuerdo con el último sueldo o jornal devengado, según las siguientes reglas:...”** (artículo 4º).

Y también consagró otra disposición que debe destacarse en el presunto recurso y según la cual los trabajadores ferroviarios que tengan derecho a jubilación, al completar los 20 años de servicios, continuos o discontinuos, cualquiera que sea la edad, según las Leyes 206 de 1938 y 63 de 1940, sólo requerirán para ser pensionados en las condiciones que dichas leyes establecen, que la mayoría del tiempo de servicio corresponda a la actividad a que dichas disposiciones se refieren (artículo 5º).

Esta última disposición fue reglamentada por el artículo 8º del Decreto 2340 de 1946, que exige diez años de labores en los servicios de que esas leyes tratan, de los veinte que se necesitan para obtener el derecho a la pensión, con el fin de ser pensionados. Es decir, en el caso de los trabajadores ferroviarios de los talleres, que aquí interesa, basta que diez de los veinte años de servicio se hayan trabajado en los oficios que correspondan en esos talleres, únicamente, para gozar de la pensión.

Por último, esta enumeración de las leyes sobre jubilación de trabajadores ferroviarios, culmina con la 64 de 1946, que en su artículo 9º reafirma el principio de algunas anteriores, de que el trabajador tendrá derecho también a cesantía, por el tiempo mayor de los veinte años de trabajos que haya prestado. Y el Decreto 2340 del mismo año, dispone sobre el particular que cuando el trabajador ferroviario hubiere servido “a la empresa respectiva” por un tiempo, continuo o discontinuo, mayor de veinte años, tendrá derecho, además de la pensión de jubilación, y por una sola vez, a un auxilio adicional equivalente a un mes de salario por cada año de servicios que exceda de los veinte expresados, y proporcionalmente por las fracciones de año, sin limitación alguna (artículo 2º).

También consagra una disposición importante esa Ley 64, aunque sólo doctrinariamente tiene efecto para el caso en estudio, y es la que establece un aumento en la pensión de los trabajadores ferroviarios que hayan sido pensionados con anterioridad a la vigencia de la Ley 53 de 1945, según la tarifa de esta última, que se computará “sobre las asignaciones de los cargos respectivos en la fecha de su retiro” (artículos 12 y 17). La primera de estas disposiciones hace

extensivo a los mismos trabajadores el auxilio de cesantía por tiempo mayor de los veinte años de servicios, de que habla el artículo 2º de la expresada Ley 53.

Expuesta en esta forma sucinta la legislación vigente sobre derecho a pensión de jubilación para los trabajadores de empresas ferroviarias, tanto oficiales como particulares, y destacados sólo aquellos preceptos que tienen nexo con el presente recurso, procede a resolverse acerca de éste.

EL ERROR DE HECHO

Como en el segundo cargo, que es prácticamente el bien formulado, se plantea como base de acusación la comisión de un error de hecho por parte del fallador de segunda instancia, y se hace consistir en la falta de apreciación de dos pruebas, pasan a examinarse.

La primera es la confesión que encuentra el recurrente en las respuestas del Presidente del Ferrocarril de Cúcuta —Gerente como aquél lo llama y Presidente, como éste se denomina— que se van a folios 38 del cuaderno de pruebas. Y el error que resultó de esa no apreciación de dicha prueba es el de no haberse tenido en cuenta por el fallo acusado que el último año de servicios prestados por su representado a la compañía del Ferrocarril de Cúcuta, S. A., fue el comprendido entre octubre de 1940 y el mismo mes de 1941.

Las preguntas y respuestas números 4 y 7, que son las que se relacionan con el cargo, dicen así:

“CUARTA. Es verdad, sí o no, que el señor Jesús María Meza solicitó al deponente una vez terminados los trabajos a que se refiere el presente cuestionario, o sea en el mes de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, le pagara la pensión de jubilación a que tenía derecho por razón del tiempo servido a la compañía del Ferrocarril de Cúcuta”. CONTESTO: “Es evidente que en tal época el señor Meza solicitó prestaciones sociales. Con él hablé detenidamente sobre la alternativa de que recibiera su cesantía o su jubilación. Recuerdo perfectamente que le aconsejé como más conveniente para él que optara por la jubilación; sin embargo al acudir a la Inspección del Trabajo por consejo de nuestro abogado para definir la opción a que legalmente tenía derecho Meza entre la jubilación y la cesantía, y después de controvertir detenidamente todas las consecuencias de esa opción ante el Inspector del Trabajo, el señor Meza optó por la cesantía y en este sentido fue extendida y firmada la correspondiente acta en desarrollo de la cual la compañía pagó a Meza la suma li-

quidada como cesantía. La parte pertinente de tal acta figura en el expediente transcrita en el recibo que el señor Meza firmó en la Tesorería de la compañía al entregársele el dinero. Leída, la aprobó". "SEPTIMA. ¿Es verdad, sí o no, que el arreglo anterior (sobre pago de \$ 900.00 por vacaciones y cesantía), se hizo y obtuvo como causa la solicitud que hizo Meza al deponente de que se le pagara la pensión de jubilación, solicitud que fue hecha con anterioridad a la fecha del arreglo?" CONTESTO: "El arreglo de que se ha hablado fue efectuado como consecuencia de una petición de Meza pero no puedo afirmar que esa petición se refiriera únicamente a la jubilación. Leída la aprobó".

La segunda prueba no estimada, en concepto del recurrente, es la información dada por la compañía durante el término probatorio y visible a folios 56 del mismo cuaderno, que demuestra el mismo error de hecho en que incurrió el fallador al no tener en cuenta que el señor Mesa prestó su último año de servicios a la compañía demandada de 1940 a 1941.

Esa información es una carta fechada en Cúcuta el 13 de mayo de 1947, dirigida al Juez del Trabajo de la misma ciudad por el Presidente de la compañía demandada, que se transcribe a continuación, así:

"Punto 1º El señor Jesús María Mesa celebró 3 contratos en el año comprendido del 5 de octubre de 1940 al 4 de octubre de 1941.

"Punto 2º El valor total de cada uno de esos contratos fue el siguiente: el primero por \$ 400.00 ;el segundo por \$ 812.00 y el tercero por \$ 920.00.

"Adicionamos: el señor Meza recibió además de la cantidad de \$ 764.69, para él, de la relación anterior, las siguientes sumas por concepto de utilidades de los contratos así: del primer contrato, \$ 9.38; del segundo , \$ 117.74 y del tercero \$ 128.09.

"La diferencia entre el valor de los contratos y la suma que recibió el señor Mesa para él, fue recibida por otros obreros que lo acompañaron y para pago de sub-contratos".

Se analizan estas pruebas.

En primer lugar, se desprende de estos documentos que el señor Mesa trabajó del 5 de octubre de 1940 al 4 de octubre de 1941 en la ejecución de tres contratos celebrados con la compañía demandada, aunque no se expresa en qué consisten. Mas de las posiciones sí aparece, por respuestas del absolvente, que eran para reparación de calderas, que duraron un año y que el tipo de contratos que da la compañía es de precio fijo por determinada obra, pero como deben

hacerse pagos a buena cuenta, la empresa —agrega el absolvente— computó determinado jornal para el contratista y sus ayudantes con el fin de formar juicio cada semana sobre qué cantidad puede darse a buena cuenta de cada contrato, mas no se trata de un jornal especial, básico o de nómina, como los que se pagan a los individuos matriculados como trabajadores de la empresa (respuestas a las preguntas 2ª y 3ª).

Pero sea lo que fuere, acerca de la labor ejecutada por Mesa en el año de octubre de 1940 a octubre de 1941, en la compañía, el Tribunal Seccional estimó en su sentencia que era un contrato de trabajo y como la sociedad demandada no interpuso el recurso de casación, esa apreciación escapa a la consideración del Supremo y lo aseverado al respecto quedó en firme. Hubiera sido muy importante que a la corporación se le presentase oportunidad de estudiar la naturaleza de las labores desarrolladas por Mesa en dicho año —de 1940 a 1941—, es decir, si constituían un verdadero contrato de trabajo, o eran más bien un contrato de obra como lo da a entender el Presidente de la compañía al absolver las posiciones y también en la carta que se ha dejado transcrita. Pero como el Tribunal Seccional, bien o mal, estimó en su sentencia que era un contrato de trabajo y la compañía se conformó con ese fallo al no recurrir en casación, esa estimación se entiende aceptada por ella, quedó en firme y resulta extraña al recurso de casación porque al haberse interpuesto apenas por el trabajador se circunscribe única y exclusivamente a lo que sea desfavorable para dicho recurrente.

En firme, pues, esa apreciación de que era un contrato de trabajo el que existió entre la compañía demandada y el actor, de 1940 a 1941, resulta de las respuestas de las posiciones y de la carta transcritas, que el señor Mesa, después de terminarse las labores en octubre de 1941, le solicitó al gerente de esa sociedad prestaciones sociales, y que con tal motivo hablaron detenidamente acerca de la conveniencia de recibir cesantía o jubilación. Es lógico concluir de tales pruebas, que en esa época, octubre de 1941, cuando terminó las labores respectivas, estimadas por el Tribunal Seccional como contrato de trabajo, el señor Mesa solicitó al Presidente de la compañía demandada el pago de prestaciones sociales que no podían ser otras que las de jubilación y cesantía, por la conversación detenida que —según el mismo Presidente— se llevó a efecto entre ellos acerca de esas prestaciones y la conveniencia de la una o de la otra. Y de esas mismas pruebas se deduce lógicamente —como lo afirma el

cargo— que el último año de servicios lo prestó Mesa a la compañía, de octubre 5 de 1940 a octubre 4 de 1941.

Por lo tanto, es evidente el error de hecho del fallador cuando escogió como fecha del despido del trabajador Mesa la de 1933 y no la de 1941, para liquidar la pensión de jubilación, no obstante que en su propio fallo reconoce que en ese lapso de 1940 a 1941 prestó servicios que configuraron un verdadero contrato de trabajo, por lo cual ha debido tenerlos en cuenta para los efectos de la pensión de jubilación.

Las normas legales que se mencionaron atrás, sobre este derecho a jubilación de los trabajadores ferroviarios, ordenan, desde la misma Ley 1ª de 1932 y así continúan diciéndolo las restantes, que los años de servicios que deben tomarse para que surja ese derecho, son continuos o discontinuos, de modo que Mesa tiene derecho a computar todos los periodos o etapas en que sirvió a la empresa opositora para el reconocimiento de su pensión, máxime si el segundo es considerado por el propio Tribunal Seccional como un contrato de trabajo.

Por otra parte, tal como lo dispone el artículo 17 del Decreto 1471 de 1932, que está vigente porque no ha sido derogado expresa ni tácitamente, esa pensión de los trabajadores ferroviarios se debe “desde el día en que el empleado u obrero haga la solicitud correspondiente, siempre que tal día se reúnan las condiciones para adquirir el derecho”, de modo que teniendo el señor Mesa por razón de los veinte años de servicios —desde 1933— como lo afirma el Tribunal Seccional, pues la Ley 63 de 1940 suprimió para él el requisito de la edad porque su oficio se prestó en talleres de ferrocarril, era lo legal y lo jurídico entender que se debía la pensión suya desde octubre de 1941 cuando solicitó prestaciones —jubilación o cesantía— al Presidente de la sociedad.

Ahora bien. La cuantía de la pensión de jubilación de los trabajadores ferroviarios se liquida teniendo en cuenta el promedio de la remuneración del último año de servicios, según todas las disposiciones legales al efecto, que no hay necesidad de citar nuevamente aquí, pero que se dejaron expuestas en este fallo, principiando por los artículos 9º y 10 del Decreto 1471 de 1932, reglamentario de la Ley 1ª de ese año —que fueron los preceptos iniciales de este derecho o prestación— y de los cuales se hizo la síntesis pertinente en ese estudio citado. Por consiguiente, ha debido el fallador aplicar esos dos artículos del decreto, que ordenan tomar en cuenta el promedio de la remuneración obtenida en la empresa “en los últimos doce me-

ses durante los cuales haya servido en ella", es decir, los del período 1940 a 1941 y no, como lo hizo en su sentencia acusada, que aplicó el artículo 1º de la Ley 1ª de 1932, sin tener en cuenta su decreto reglamentario citado, y señaló como base los salarios de 1933 y no los del verdadero último período anual, que terminó en 1941.

La estimación hecha por el fallo recurrido de que no pudo optar Mesa por la cesantía en 1941, cuando recibió \$ 900.00 por ese concepto, en lugar de jubilación, y la correspondiente decisión de su ordinal 1º, que declara sin valor esa opción, no fueron objetadas por la compañía demandada, por lo cual están en firme y el presente recurso no puede considerar nada al respecto, pues no fue objeto de inconformidad por esa sociedad, a la que perjudicaba y perjudica. De allí que para la decisión del presente recurso deba tenerse en cuenta esta importante cuestión como parte fundamental no objetada del fallo acusado.

Están, pues, probados los cargos, principalmente el segundo que es el planteado con sujeción a la técnica de casación, por lo cual habrá de casarse parcialmente la sentencia recurrida, en aquellos aspectos que comprende el recurso; es decir, acerca de los cuales versa por haber manifestado el recurrente su inconformidad, por perjudicar o no haber sido favorable a su representado el señor Mesa.

Para fallar en instancia, se considera: deberá disponerse, para restablecer el imperio de las normas quebrantadas por el fallo acusado, que la pensión del recurrente se pague desde la fecha de su solicitud, en octubre de 1941 y concretamente desde el 28 de ese mes porque es la fecha señalada por el recurrente de acuerdo con la diligencia de ese mismo día, verificada en la Inspección del Trabajo de Cúcuta, en la cual se llevó a efecto la opción invalidada. Y como ésta fue declarada sin efecto, desde esa fecha se entendería que solicitó la jubilación y de acuerdo con las posiciones absueltas por el Presidente de la compañía, según las cuales en ese mes de octubre de 1941 pidió prestaciones, —jubilación o cesantía— el señor Mesa.

Como la compañía no interpuso el recurso de casación, habrá de dejarse la parte restante de la sentencia acusada en firme. Y como el recurrente no atacó la decisión que lo condena a devolver de una sola vez la suma de \$ 900.00 que recibió por concepto de cesantía cuando se produjo la opción declarada ineficaz, tampoco podrá el Tribunal Supremo aplicar aquí su reiterada tesis, expuesta en distintos fallos en asuntos similares al presente, sobre la manera de hacerse esa devolución condicionando la jubilación al reintegro de la suma dada por cesantía, porque esta doctrina se ha podido poner en

práctica en esos casos por haber interpuesto el recurso la empresa o patrón, por violación del artículo 28 del Decreto 652 de 1935, que hace incompatibles esas dos prestaciones —cesantía y jubilación—, mas en el presente asunto fue recurrente el trabajador y no la compañía, y no se señaló como infringido el citado artículo 28, que es el que ha dado lugar a aquella jurisprudencia, ni puede condicionarse aquí la jubilación a la devolución de cesantía porque sería hacer más gravosa la situación del trabajador que fue el recurrente, lo que iría contra el elemental y justo principio jurídico de la **reformatio in pejus**, según el cual no se puede considerar un recurso sino en lo desfavorable a quien lo interpone.

En cuanto a la base de la liquidación, se ordenará cumplir con los preceptos ya indicados que ordenan tener en cuenta los sueldos o salarios del último año de servicios, es decir, de octubre de 1940 a octubre de 1941, según las reglas de esos artículos 9º y 10 del decreto de 1932.

La decisión de los falladores de las instancias, especialmente la del Tribunal Seccional que es la que aquí se considera, acerca de la liquidación de la jubilación en la forma prevista por el artículo 553 del C. Judicial, tampoco fue motivo de acusación por ninguna de las partes, de modo que también está en firme. Y por falta de ataque al respecto, no puede aplicarse la reiterada jurisprudencia de este Tribunal, en el sentido de que las liquidaciones posteriores de que tratan los artículos 480 y 553 del expresado Código sólo se refieren a condenas accesorias como las que ellos mencionan, tales las por frutos, intereses, perjuicios, etc., pero no sirven para obligaciones principales como es la de jubilación. Mas debe quedar en firme esa decisión por falta de acusación, es decir, por mutuo consentimiento tácito de los litigantes al no objetarla.

Ya se dejó expresado cuál es la base de remuneración que debe tomarse para los efectos de la liquidación de la jubilación y también debe tenerse en cuenta la pensión que reconoció el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales por Resolución número 9500 de junio de 1940.

La devolución de la suma de \$ 900.00 se hará por Mesa a la compañía del Ferrocarril de Cúcuta, sin descuentos por porcentajes, porque el fallo del Tribunal Seccional —no acusado en este aspecto— no ordena verificarla con deducciones, sino en su totalidad. Y ese reintegro se hará, como lo dijo el mismo fallo, de las sumas debidas por concepto de jubilación.

Queda pendiente lo relacionado con el excedente de tiempo de los

20 años necesarios para jubilación, es decir, si el señor Mesa tiene derecho a cesantía por el lapso que exceda de esos años de la pensión y, en caso afirmativo, cuál de las empresas ferroviarias a las que prestó sus servicios debería cumplir con esa posible prestación. Pero este aspecto no ha sido presentado en las instancias ni en este recurso, y escapa, por lo tanto, a la presente decisión. De allí que nada pueda resolverse, afirmativa o negativamente. Mas observa el Tribunal Supremo que por razón de la presente providencia, que tomó en cuenta el lapso de servicios del señor Mesa, comprendido entre los años de 1940 y 1941 —que no fue considerado para efecto de la jubilación por el Tribunal Seccional—, el ordinal 4º de la sentencia de segunda instancia queda prácticamente sin efecto, aunque no puede casarse expresamente por no haber sido objeto tampoco de este recurso. Pero por razón del presente fallo, realmente no podría producir más efectos ese lapso que el de servir su remuneración —sueldos o salarios— para fijar la base de la pensión, por ser el último período trabajado.

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 PARCIALMENTE la sentencia de 10 de septiembre de 1947, proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Cúcuta y que ha sido objeto del presente recurso, en cuanto por su ordinal 2º ordenó a la compañía del Ferrocarril de Cúcuta, S. A., domiciliada en la misma ciudad, a pagar al señor Jesús María Meza o Mesa, una pensión mensual vitalicia de jubilación a partir del diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y en la proporción que le corresponda de acuerdo con las remuneraciones devengadas por Mesa o Meza durante el año de mil novecientos treinta y tres, y, en su lugar CONFIRMANDO EN PARTE el ordinal 2º de la sentencia de primera instancia, proferida por el Juez del Trabajo de Cúcuta el 30 de mayo de 1947, DISPONE que el pago de esa pensión mensual se verifique por la compañía expresada al citado señor Mesa o Meza, a partir del día VEINTIOCHO (28) de OCTUBRE DE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y UNO (1941) y según la liquidación definitiva que habrá de hacerse teniendo en cuenta la proporción que le corresponda de acuerdo con los sueldos o salarios devengados por Mesa o Meza durante el año COMPRENDIDO ENTRE EL CINCO (5) DE OCTUBRE DE MIL NOVECIENTOS CUARENTA (1940) y el CUATRO DE OCTUBRE DE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y UNO (1941).

Queda en firme la sentencia recurrida, del Tribunal del Traba-

jo de Cúcuta, ya expresada, en todo lo demás, por cuanto en esos aspectos restantes no fue objeto del recurso extraordinario de casación.

Sin costas.

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. — Bertha Salazar Velasco, Oficial Mayor.

CRITERIO A SEGUIR PARA CLASIFICAR OBREROS Y EMPLEADOS PARTICULARES

Para determinar que un trabajador es empleado u obrero, se debe atender, de acuerdo con lo preceptuado por la Ley 10 de 1934 y Decretos 652 de 1935 y 2127 de 1945, a la naturaleza o clase de esfuerzo que realice, a la índole de la actividad que ejecute. Pero en ningún caso, a la forma de la remuneración y de su pago, pues esto daría margen a que se eludiera fácilmente el cumplimiento de las leyes sociales, la satisfacción de los derechos, obligaciones o indemnizaciones que por ellas se establecen en beneficio de los empleados particulares, lo que se obtendría con el solo cambio de la manera de remunerar el trabajo y el modo de pagarlo.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Jaramilló Arrubla).

Bogotá, agosto veintitrés de mil novecientos cuarenta y ocho.

Maximino Villa P. demandó ante el Juez del Trabajo de Armero a Enrique Urueña P. para el pago de cesantía, vacaciones, horas extras y doble remuneración por trabajo en días domingos y festivos.

Dijo haber trabajado con el demandado en dos períodos. En el primero, que va de abril de 1934 a noviembre inclusive de 1941, como empleado particular en el "Teatro Romance" de Honda, de propiedad de Urueña, en forma continua, como encargado del arreglo, pintura y dibujo de la propaganda de los espectáculos públicos del teatro, en las horas de la mañana, y como recibidor de boletas en las de la tarde y de la noche. En la mañana trabajó todos los días desde las siete y media ($7\frac{1}{2}$) hasta las doce (12) a. m. y después desde las cinco y media ($5\frac{1}{2}$) de la tarde hasta las once y media ($11\frac{1}{2}$) de la noche en los días comunes, pues en los festivos principiaban

sus labores en la tarde, desde las dos y media (2½) en adelante. En este primer período devengó un sueldo mensual de cuarenta pesos (\$ 40.00). Durante la primera etapa no disfrutó de vacaciones, ni le fueron reconocidas horas extras y fue despedido al finalizar el mes de noviembre de 1941, sin motivo de mala conducta de su parte y sin reconocérsele el auxilio de cesantía que le correspondía según la ley. Posteriormente el demandado lo llamó a desempeñar el mismo oficio en iguales horas de trabajo, en el "Teatro Unión", también de su propiedad y situado asimismo en Honda. En este segundo período trabajó en forma ininterrumpida y observando buena conducta, desde el 10 de junio de 1943 hasta el 10 de marzo de 1946, cuando dio el demandado en arrendamiento dicho teatro a la compañía "Circuito América", a la cual continuó prestándole sus servicios. En esta nueva etapa, devengó un sueldo mensual de \$ 50.00. Tampoco en el nuevo lapso le concedió el demandado vacaciones, ni le pagó su valor, el de las horas extras ni el auxilio de cesantía. Al celebrarse el arrendamiento expresado, se pactó que las prestaciones e indemnizaciones a que tuviera o pudiera tener derecho el demandante, serían de cargo del demandado, pero no las ha pagado.

El demandado dirigió un memorial al Juez del Circuito Civil de Honda, a quien pasó el asunto por virtud del artículo 5º de la Ley 26 de 1946, a manera de contestación de la demanda, en el que, en síntesis y sin referirse concretamente a los hechos de ese libelo, dice que el actor no trabajaba en las horas de la tarde y que no trabajó todo el tiempo que dice, pues en ese lapso hubo una interrupción de dos períodos y que se retiró voluntariamente por lo cual no tiene derecho a cesantía.

El Juzgado del conocimiento desató el litigio condenando al demandado a pagarle al actor un total de un mil trescientos noventa y tres pesos con treinta y cuatro centavos (\$ 1.393.34) por cesantía, vacaciones, trabajo en días domingos, de fiesta nacional y en horas extraordinarias. No condenó en costas.

Notificado personalmente ese fallo a las partes, apelaron ambas. El recurso fue interpuesto directamente por el demandado Urueña, quien no tuvo apoderado en la primera instancia y figuró así litigando en causa propia, sin que apareciera fundamento para ello. El del actor sí lo interpuso su apoderado judicial. Pero a ambos les fue concedido y por esta razón subió el expediente al Tribunal Seccional del Trabajo de Ibagué.

El fallador de segunda instancia decidió el recurso en su senten-

cia de 27 de agosto de 1947 enmendando la recurrida pues condenó al demandado a pagarle al actor la suma de un mil diez y siete pesos con veintidós céntavos (\$ 1.017.22), así: por sobrerremuneración en días domingos y festivos, \$ 275.26; por cesantía, \$ 516.66 y por vacaciones, \$ 225.00. Revocó la condena del fallo de primer grado por \$ 215.80, por horas extras de días feriados y por \$ 544.70, de horas extras nocturnas de días comunes. Salvó su voto el Magistrado doctor Guillermo Vargas Cuéllar.

El apoderado del demandado en esa segunda instancia interpuso el recurso de casación contra el fallo del Tribunal Seccional y como fue concedido y admitido, pasa a decidirse.

EL RECURSO

Tres cargos formula el recurrente contra la sentencia de segunda instancia, que se estudiarán en su orden.

PRIMER CARGO

Acusa en él el fallo recurrido por violación de ley sustantiva, por aplicación indebida e interpretación errónea.

Y a continuación expone su cargo:

“Lo primero (es decir la aplicación indebida) porque para calificar el carácter de empleado del señor Villa dio aplicación al artículo 1º de 57 de 1915 (sic) —especial para accidentes de trabajo— cuando rigió— pues hoy se encuentra subrogada por leyes especiales y generales que rigen la materia como son la Ley 10 de 1934 y el Decreto 2127 (artículo 8º) de 1945.”

“Lo segundo —interpretación errónea— porque al dar aplicación al artículo 12 de la Ley 10 de 1934, desechó su sentido general y obvio, para aplicar uno que no se compadece ni con el espíritu ni con la letra de tal disposición.”

“El Tribunal estima que la diferencia específica entre empleado y obrero, resulta de la forma de pago —por mesadas— y también conforme al Decreto 2721 (sic) de 1945, de la calidad de labor que el trabajador desarrolle, y que para determinar si se trata de empleado u obrero se pueden aplicar indistintamente estos dos criterios o conjugarlos entre sí.”

“De acuerdo con la Ley 10 de 1934 el criterio esencial de diferenciación entre empleados y obreros particulares es el que consagra el artículo 8º del Decreto 2127 de 1945. La prevalencia de la actividad intelectual sobre la puramente material. El artículo 12 de

la ley (sic) citada no establece un criterio básico de clasificación entre obreros y empleados, pero el Decreto 652 de 1935, artículo 2º al definir qué se entiende por obrero, dio la pauta o sentó el criterio que rige tal distinción, o sea el acordado por el Decreto 2127 la prevalencia del trabajo material sobre el intelectual y viceversa.”

“Siendo este el criterio con que debe interpretarse la Ley 10 de 1934, se viola la ley, por interpretación errónea, cuando se aplica uno distinto, tal el que acogió el Tribunal en la sentencia: la forma de pago y la calidad del trabajo, entendiendo por tal: no la prevalencia del esfuerzo muscular sobre el intelectual sino uno muy distinto, la costumbre o tradición o sea: el que los teatros siempre usan para las labores realizadas por Villa, empleados que no obreros.”

“Por corresponder exactamente al criterio legal transcribo a continuación lo expuesto por el Magistrado doctor VARGAS CUELLAR, en su jurídico salvamento de voto:”

“Cuando el legislador se refirió al sueldo o a cualquiera remuneración periódica sólo quiso decir que la forma de pago en nada influía en la clasificación, cosa muy distinta de lo que sostiene la sentencia, pues en realidad de verdad, ni la clasificación que dé el patrono, ni el modo de deducirse el salario son criterios fundamentales de clasificación; ni en nada tampoco desvirtúan la categoría el hecho de que un empleado se le pague por días y a un obrero por meses”.

“Que Villa no tenía —continúa el recurrente— el carácter de empleado sino el de trabajador obrero, es cuestión que salta al ojo de la lectura del expediente.”

“La labor principal realizada por Villa era la de portero-cobrador de boletos a la puerta de entrada del teatro, además: debía elaborar diariamente cuatro cartelones portátiles, pintados con anilina y a brocha gorda. —Recibir unos boletos a la puerta de un teatro es una labor puramente mecánica— no implica esfuerzo mental alguno allí predomina el trabajo muscular sobre el intelectual, por ello la jurisprudencia unánimemente a (sic) admitido que esta clase de trabajadores no son empleados sino simples trabajadores— obrero. La elaboración de los carteles —de que dan cuenta los autos— por la forma burda como se ejecutan no necesita labor de especialización técnica ninguna, y como esta labor no era la principal sino accesoria, por ella no puede tomarse a Villa como empleado a la luz de las disposiciones que rigen la materia.”

“Si Villa ha debido ser considerado como obrero y no como empleado, no ha debido aplicarse la Ley 10 de 1934 y si se aplicó la sentencia es violatoria de la ley por APLICACION INDEBIDA.”

“También hubo indebida aplicación de la ley, cuando el juzgador de Ibagué, para dar a Villa el carácter de empleado que no tenía dio aplicación a la Ley 57 de 1915 la que siendo modificada por la Ley 32 de 1922 y 133 de 1931, fue abrogada —en la parte aplicada— por la Ley 10 de 1934 y demás decretos citados”.

Se analiza el cargo.

El Tribunal Seccional, al estudiar el problema jurídico de que trata esta acusación y en el aparte intitulado “Calidad de empleado u obrero del trabajador”, expuso lo siguiente:

“Antes de estudiar el Tribunal cada una de las diversas prestaciones decretadas en la sentencia, cree conveniente dilucidar un aspecto fundamental que ha de condicionar la ley aplicable al caso de autos: Si las labores realizadas por Villa pueden calificarse como las de un empleado o las de un obrero.”

“La Ley 57 de 1915 definió al obrero: la persona que ejecuta trabajo por cuenta del patrono, y cuyo salario no excede de \$ 6.00 semanales (inciso 2º del artículo 1º).

“La Ley 10 de 1934 definió al empleado (particular): la persona que realiza trabajo por cuenta de otra a sueldo periódico y fijo, participación de beneficios o cualquiera otra forma de retribución (artículo 12).

“Y el Decreto 2127 de 1945 definió a uno y otro por la naturaleza del trabajo, diciendo que es obrero quien realiza un trabajo en que predomina el esfuerzo material, y empleado el que ejecuta uno en que predomina el esfuerzo intelectual (artículo 8º).”

“Hay pues tres criterios legales para calificar de obrero o empleado al trabajador.”

“En las dos primeras definiciones, el salario y el sueldo constituyen la diferencia específica entre obrero y empleado; y en la última es la clase de trabajo lo que los diferencia.”

“Indudablemente hay trabajadores cuya clasificación es obvia por resaltar la calidad de empleado u obrero en ellos, y otros en que es difícil por concurrir características constitutivas de una y otra calidad, a quienes no puede definírseles como empleados u obreros sino por el mayor número de esas características en uno u otro sentido. Tal es lo que acaece en Villa. Su trabajo fue en parte mecánico, pues que una de sus funciones era la de recibir boletas, y en parte más o menos intelectual o de predominio del elemento inmaterial, desde luego que tenía a su cuidado la elaboración de la propaganda diaria por medio de carteles, que supone aptitud siquiera rudimentaria de dibujante; se le pagaba por mesadas; él y su patrono están

acordes en que se trataba de empleado; en las empresas de cine, como es la del demandado, son empleados todos sus colaboradores permanentes, aun los de inferior condición, como Villa, ya que así aparecen en sus presupuestos, tienen sueldo periódico fijo, se les paga por mensualidades y hasta por nómina, etc.; en esas empresas el obrero es la excepción, y se considera como tal únicamente el trabajador ocasional y para labores estrictamente materiales. Como en Villa concurren más características de empleado que de obrero, se le define como empleado. Por tanto sus prestaciones se rigen por la Ley 10 de 1934."

Se considera:

Como puede observarse, en este cargo se plantea una cuestión de hecho como concreta o de orden práctico y que consiste en acusar el fallo recurrido por no haber tenido en cuenta que la labor principal del señor Villa fue la de obrero y no la de empleado, que para el recurrente es asunto "que salta al ojo de la lectura del expediente". Y como problema de medio para llegar a ese fin, contempla el aspecto jurídico sobre equivocada interpretación e indebida aplicación de las normas legales que cita, acerca de las nociones de empleado u obrero. Pues bien. La que para el recurrente es fundamental o importante, o sea la de hecho, no puede considerarse porque no alegó un error de hecho del fallador, por equivocada apreciación de pruebas o por falta de estimación de medios probatorios, que lo hubieran conducido a dar por demostrada la calidad de empleado de Villa y no la de obrero, ni señaló, por consiguiente, cuáles de las pruebas sirven o servían para demostrar esta última calidad y no aquélla, conforme a la técnica de casación que al respecto estatuye el artículo 520, ordinal 1º, del C. Judicial, y según la jurisprudencia reiterada de este Tribunal Supremo y de la Corte Suprema de Justicia al respecto.

Consecuencialmente, tampoco podría estudiarse el problema jurídico, que sólo es medio para llegar al fin práctico o concreto que es el de hecho, pero, por haberse delineado claramente —lo que no sucedió con la importante cuestión de hecho, pues ni siquiera se mencionó un error de hecho, ni se determinaron pruebas (artículo 520 citado)— se entrará a examinar el aspecto legal aislado y sin resultados prácticos, por amplitud, y para el solo efecto de contribuir a fijar el verdadero alcance de algunas disposiciones y unificar así sea en esta parte motiva la jurisprudencia acerca de ellas.

La noción de empleado particular vino a surgir por primera vez en el país con la expedición de la Ley 10 de 1934 que estableció tres

derechos en favor de esos trabajadores: el auxilio de cesantía, el de enfermedad y el de vacaciones remuneradas.

En su artículo 12 esa ley dio la noción de empleado particular, para los efectos de ella misma, diciendo que era "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".

Y el Decreto reglamentario de esa ley, número 652 de 1935, aclaró esa noción en su artículo 1º que es de este tenor: "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 establecimiento 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".

Mas como la ley consagraba derechos para los empleados particulares y tanto ella como su decreto reglamentario, al dar la noción de empleado de esa naturaleza, excluyó a los obreros, el artículo 2º de ese decreto definió al obrero así: "Se entiende que es obrero y que, por lo tanto, no está comprendido en los términos de la Ley 10 de 1934; todo el 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".

Este artículo 2º, al decir que obrero es todo aquel que ejecute una labor material para otro a cambio de remuneración, y al agregar que el carácter de tal implica el hecho de que la actividad material predomine sobre las labores intelectuales, está expresando claramente y a contrario sensu, que la nota distintiva entre empleado particular y obrero está configurada por el predominio de la actividad intelectual en aquel y —en virtud de esa disposición expresa— por el predominio de la material en éste.

Y así lo vino a determinar en forma inequívoca el artículo 8º del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª del mismo año, en cuanto al contrato individual de trabajo, al decir: "Cuando en la ejecución de la obra o labor, o en la prestación del servicio, predomina el esfuerzo intelectual sobre el material, el trabajador asalariado toma el nombre de empleado, y el de obrero en caso contrario". Que

es lo mismo que sobre el particular dispone la legislación chilena del trabajo.

Por otra parte, la forma de la remuneración y el sistema de pago no sirven para clasificar a un trabajador como empleado u obrero, para efectos de las leyes sociales, puesto que los preceptos que acaban de transcribirse, de la Ley 10 y su Decreto reglamentario 652, y también del 2127, están indicando que puede ser cualquiera la remuneración y la forma en que sea pagada, al decirlo así en forma expresa los dos primeros, y al destacar la índole del trabajo los dos últimos.

Es, pues, la naturaleza o clase del esfuerzo, la índole de la actividad, lo que denota la calidad de empleado o la de obrero, de acuerdo con esos preceptos, y en ningún caso la forma de la remuneración y de su pago. Si así fuese, sería muy fácil eludir el cumplimiento de las leyes del trabajo, la satisfacción de los derechos, obligaciones o indemnizaciones que ellas establecen en favor de los empleados particulares, cambiando la forma de la remuneración y el modo de pagarla.

No resulta, por lo tanto, ajustada a la ley la aseveración del fallador de segundo grado de que "hay, pues, tres criterios legales para calificar de obrero o empleado al trabajador", y son para él, "el salario o sueldo", según el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 57 de 1915 y el 12 de la Ley 10 de 1934, y la clase de trabajo, de acuerdo con el artículo 8º del Decreto 2127 de 1945. No cita el Tribunal Seccional el Decreto 652 de 1935, en sus artículos 1º y 2º, ya transcritos, sin que se sepa por qué hizo la omisión, y que precisamente por reglamentar la Ley 10 que sí menciona, le hubieran servido de modo definitivo para hacer una exacta interpretación legal y jurídica.

En primer lugar, la Ley 57 de 1915 se refiere a accidentes de trabajo y por lo expuesto ya, en el presente asunto no se trata de aplicarla porque ninguna de las peticiones del libelo inicial versó acerca de hechos de esa naturaleza. Y por el aspecto doctrinario tampoco sirve su noción de obrero, en el sentido de que es la persona que ejecuta trabajo por cuenta del patrono, y cuyo salario no excede de \$ 6.00 semanales, porque esa disposición debe entenderse reformada por las leyes posteriores y que hoy rigen lo relacionado con los accidentes de trabajo y porque las nuevas normas sobre las nociones de empleado particular y de obrero, ya citadas, dan una mejor orientación al respecto, aun doctrinaria o de carácter general.

Para el Tribunal Supremo está en lo cierto el Magistrado doctor Vargas Cuéllar, del Tribunal Seccional, en su salvamento de voto cuando dice:

“No estoy de acuerdo con tales opiniones (las del fallo del Tribunal Seccional transcritas y comentadas) pues considero que ese no es el sentido obvio de la Ley 10 de 1934. De acuerdo con este estatuto el criterio esencial de diferenciación entre empleados y obreros particulares es el mismo que consagra el artículo 8º del Decreto 2127 de 1945: La prevalencia de la actividad intelectual sobre la puramente material; en realidad, el artículo 12 de la citada Ley 10 no establece ningún criterio básico de clasificación, pues sólo sienta una pauta negativa cuando afirma: “Se entiende por empleado... toda persona que no siendo obrero realice 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”.

“Cuando el legislador se refirió al sueldo o a cualquier remuneración periódica sólo quiso decir que la forma del pago en nada influía en la clasificación, cosa muy distinta de lo que sostiene la sentencia, pues en realidad de verdad, ni el período de pagos, ni la nomenclatura del cargo, ni la clasificación que dé el patrono, ni el modo de deducirse el salario son criterios fundamentales de clasificación; ni en nada tampoco desvirtúa la categoría el hecho de que a un empleado se le pague por días y a un obrero por meses.

“El aspecto legal de la clasificación es tan claro que basta leer el artículo 2º del Decreto número 652 de 1935, reglamentario de la Ley 10 de 1934, para ver que allí se consigna la verdadera pauta que debe seguirse, cuando dice: “...El carácter de obrero implica el hecho de que la actividad material predomine sobre las labores intelectuales...” “Luego, a **contrario sensu**, empleado será el trabajador en que predomine la labor intelectual sobre la material.

“La cita que hace la sentencia (folio 49) a la Ley 57 de 1915 para descubrir una nueva norma de clasificación de trabajadores no se estudia en este salvamento en cuanto a su verdadero alcance, por tratarse de una ley especialísima para accidentes de trabajo, y por estar subrogada por leyes posteriores que como la Ley 10 de 1934 establecieron el criterio general del legislador con relación a la clasificación de trabajadores.”

Es natural que esta distinción sólo tiene efectos para la aplicación de determinadas leyes colombianas que la estipularon con el fin de otorgar derechos a unos trabajadores —por ser empleados parti-

culares— y los negaron a otros —por ser obreros— simplemente. Pero en la doctrina en general, aun dentro de la Ley 6ª de 1945, por ejemplo, no es dable formular distinciones arbitrarias o caprichosas que pugnan con un elemental sentido de justicia, por razón de la clase de la labor, puesto que en el Derecho del Trabajo sólo surge la noción genérica de “trabajadores” o aún más concretamente de “trabajadores subordinados” o “trabajadores asalariados”. Y debe ser así porque es un postulado innegable de este nuevo Derecho que todos los trabajadores son iguales ante la ley. Por lo tanto, a todos los que viven de su trabajo diario y prestan servicios a un patrón, debe tratarlos la ley en un plano de igualdad, sin establecer distinciones aberrantes, preferencias odiosas o privilegios inexplicables. El trabajo humano es uno, enseña por lo mismo el derecho laboral, de modo que no deben subsistir, en la doctrina ni menos en la ley, esas diferencias por razón de la clase de la labor, ya que, por fortuna, en nuestra legislación no la ha habido por la forma o clase de salario, ni por la manera de pagarlo.

Pero esta disquisición sólo tendría efecto práctico en el presente recurso al incidir sobre el caso concreto, es decir, aplicada a la cuestión de hecho resultante del oficio desempeñado por el señor Villa y del predominio en él de la actividad o el esfuerzo intelectual sobre el material, o viceversa, según se dejó ya explicado.

Pero así lo entendió también y de modo claro el recurrente al decir en este primer cargo “que Villa no tenía el carácter de empleado sino el de trabajador obrero, es cuestión que salta al ojo de la lectura del expediente”. Y agrega: “La labor principal realizada por Villa era la de portero-cobrador de boletos a la puerta de entrada del teatro, además: debía elaborar diariamente cuatro cartelones portátiles, pintados con anilina y a brocha gorda. — Recibir unos boletos a la puerta de un teatro es una labor puramente mecánica —no implica esfuerzo mental alguno allí predomina el trabajo muscular sobre el intelectual por ello la jurisprudencia unánimemente a (sic) admitido que esta clase de trabajadores no son empleados sino simples trabajadores obreros. La elaboración de los carteles —de que dan cuenta los autos— por la forma burda como se ejecutan no necesita labor de especialización técnica, y como esta labor no era la principal sino accesoria, por ella no puede tomarse a Villa como empleado a la luz de las disposiciones que rigen la materia”.

Por consiguiente, aquella cuestión jurídica está subordinada a la de hecho, resultante de las pruebas del expediente. Pero en casación una cuestión de hecho no se plantea en la forma como simple-

mente la propone el recurrente en los párrafos que acaban de transcribirse de su demanda sobre sustentación del recurso, porque, como lo dice claramente el artículo 520 del Código Judicial, "si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos".

Y es que el problema de clasificar a un trabajador como empleado u obrero, para los efectos de las leyes que establecieron esa distinción, requiere dos análisis, como bien lo expone el Magistrado Vargas Cuéllar en su salvamento de voto cuando dice: "Aunque la clasificación que haga el Tribunal de un trabajador, ya como empleado, ya como obrero, es una cuestión de apreciación, considero que tal decisión debe ser debidamente fundamentada y respaldarse primero en un claro conocimiento de alcance de la norma legal que en nuestra legislación del trabajo se establece como pauta de clasificación y, segundo, en un análisis razonado de las pruebas que testifiquen sobre la calidad de la labor realizada por el trabajador".

Pues bien. El recurrente atacó aquí, en este primer cargo, la apreciación legal que ya se estimó equivocada por el Tribunal Supremo. Mas no pasó a señalar las pruebas del expediente que sirven para demostrar cuál es la clase de la labor del trabajador, para calificarlo concretamente como empleado o como obrero. Es decir, el recurrente principió bien su labor y demostró el error del fallo recurrido, en cuanto a la apreciación legal de las nociones de empleado y obrero, pero se quedó en mitad de camino y no concluyó su acusación, por no haberla concretado al problema de hecho relativo a la clase de oficio, a la labor del señor Villa.

Es verdad que él dice que la calidad de obrero de dicho trabajador "salta al ojo de la lectura del expediente". Pero olvidó que este recurso extraordinario de casación no es una tercera instancia en la que se revise todo el proceso, todo el haz probatorio, por lo cual no puede el Tribunal encargado de decidirlo entrar a estudiar todo el expediente, sino únicamente las pruebas que, de acuerdo con el artículo 520 citado, determine claramente el recurrente como mal apreciadas o no estimadas por el fallo recurrido y que configuren un error de hecho manifiesto en los autos, que a su turno haya conducido a la sentencia acusada a violar la ley sustantiva.

El recurrente entra a alegar, como en las instancias, y dice que la labor principal de Villa era la de portero-cobrador y después enu-

mera otras de sus actividades. Pero en casación, la cuestión de hecho se plantea de otro modo, es decir, indicando las pruebas que en concepto del recurrente demuestran el hecho de que se trate, por ejemplo, en el caso de autos, las que acreditasen en verdad que aquéllas —es decir, las de portero-cobrador— eran las labores primordiales del trabajador y que otras, las restantes, eran simplemente secundarias. Pero ninguna prueba en concreto señaló sobre el particular, ni dijo cuáles demostraban esas afirmaciones suyas al respecto.

Y al no plantearse esa cuestión de hecho en la forma como la técnica de casación lo exige, esto es, proponiendo la consideración de un error de hecho por falta de estimación o equivocada apreciación de pruebas, e indicando éstas claramente, es decir, determinándolas, como lo exige el artículo tantas veces citado, el cargo no es eficaz, resulta incompleto y, por lo tanto, no puede servir para casar el fallo recurrido.

Cuando así ocurre, le basta al Tribunal Supremo, para cumplir con su primordial deber de unificar la jurisprudencia, de acuerdo con la doctrina sobre este recurso y en atención a reiteradas providencias de nuestra Corte Suprema de Justicia, con restablecer en la parte motiva de su sentencia, el imperio de la ley quebrantada por el fallo acusado o exponer allí el exacto sentido o verdadero alcance o adecuada interpretación del precepto legal respectivo. Para el caso de autos, ya esa labor de defender el imperio de la ley al través de la unificación de la jurisprudencia, la cumplió al exponer el sentido verdadero de las normas que fijan las nociones de empleado particular y obrero, y la manera de establecer la distinción entre ambas calidades.

Por haberse propuesto este primer cargo en forma incompleta, según lo expuesto, no puede prosperar.

SEGUNDO Y TERCER CARGOS

Bajo el título "Segundo Cargo" propone en verdad dos, pero como los plantea en forma unida, se estudiarán así, en lo posible.

Dice el recurrente al proponerlos:

"SEGUNDO CARGO: Aplicación indebida de las Leyes 6ª de 1945 y 10 de 1934 al computar el monto de la cesantía.

"Como fundamento de este cargo, transcribo lo expuesto por el Magistrado disidente en el salvamento de voto, no sólo porque lo allí

expuesto corresponde exactamente a la realidad procesal sino porque esta clara exposición no deja lugar a duda sobre la violación de la ley al proférirse el fallo acusado en casación.

“Dice el Tribunal en las sentencia (folio 51) que encuentra fundada la apreciación hecha por el Juez, en el sentido de que Villa estuvo ligado con su patrono por dos contratos de trabajo que rigieron en diversas épocas y separados entre sí por un lapso de dos años.”

“El primer contrato rigió entre el mes de abril de 1934 y el mes de marzo de 1941 (7 años)”.

“El segundo contrato rigió entre el mes de junio de 1943 y el mes de marzo de 1946 (cerca de 3 años)”.

“Pues bien, estamos en presencia de dos contratos que nacieron, rigieron y se extinguieron en períodos distintos, lo cual es de trascendencia para determinar la ley aplicable a cada uno de ellos. Pero hé ahí que el Tribunal (folio 54) olvida toda la premisa que ha sentado y aplica retroactivamente la Ley 6ª de 1945 al primer contrato que rigió durante siete años y se extinguió en abril de 1943, lo cual es inconstitucional, pues hace surtir efectos a la ley a situaciones jurídicas perfectamente terminadas antes de entrār ella a regir.”

“Aun admitiendo, en gracia de discusión, que el Tribunal aplicara la Ley 10 de 1934 para ordeñar el pago de la cesantía durante el primer contrato de trabajo (1934-1941), en la sentencia se aplica indebidamente tal ley, pues nadie discute que bajo su vigencia es necesario calificar el retiro del trabajador para para (sic) establecer si es procedente la cesantía que se ha impetrado. Pues bien, tal prueba procesal brilla por su ausencia en el expediente. En el hecho 6º de la demanda afirma el apoderado del actor que el trabajador fue despedido en 1941 sin causa justificativa alguna, lo cual es negado por el demandado (folio 8). Ante estas circunstancias, aun en el derecho probatorio del trabajo rige el principio clásico de que quien alega una situación jurídica que le favorece y que no está amparada por ninguna situación, le corresponde la carga probatoria, pues quien afirma que su retiro de una empresa no ha sido acto voluntario suyo, sino propio del patrón, por una parte alega una negación, pero basada en un hecho positivo susceptible de ser probado, lo cual es de su cargo y riesgo. No habiendo aducido el demandante esta prueba no hay base para decretar cesantía durante este primer período si recatemente se aplica la Ley 10 de 1934.”

“El haber el Tribunal aceptado o dado por aprobado, con relación al primer contrato de trabajo (sic), el que rigió entre los años de 1934 a 1943, que el despido de Villa fue injustificado, sin existir

prueba alguna al respecto, hace incurrir en error de hecho, porque admite como demostrado un hecho que care (sic) por entero de fundamento probatorio. Este es otro cargo que formulo contra la sentencia que demando.

“Por aplicación indebida y por interpretación errónea de la Ley 6ª de 1945 en su artículo 12, también acuso el fallo.

“Sobre el particular y como apoyo indiscutible de este cargo vuelvo sobre el ya citado salvamento de voto.

“...CONTINUIDAD Y DISCONTINUIDAD DEL SERVICIO BAJO LA LEY 6ª DE 1945.—Por este aspecto la sentencia sienta una tesis que no tiene respaldo alguno de la Ley 6ª de 1945. En el folio 54 se cita el artículo 12 del citado ordenamiento para sustentar la tesis de que la Ley 6ª prohija el pago de cesantía por períodos discontinuos que entre sí se suman sin limitación alguna en el pasado. Es decir que un individuo que trabajó como empleado, por ejemplo, de 1925 a 1940 con un patrono privado, por el sólo hecho de trabajar dos meses en 1946 con el mismo patrono tendría derecho a reclamar cesantía por 15 años y dos meses, lo cual está lejos de reflejar la interpretación legal al respecto. Dentro de este orden de ideas la sentencia suma el período discontinuo 1934-1941 al período de 1941-1946 y decreta cesantía por diez años, aplicando retroactivamente la ley a todo este haz de tiempo”.

“Sin embargo, muy distinto es el alcance de la Ley 6ª de 1945 por este aspecto de la discontinuidad de los servicios. Efectivamente, los períodos discontinuos de que habla el ordinal f) artículo 12 de la ley y que se refiere a períodos trienales que se consolidan, sólo pueden contarse a partir de la vigencia de dicho estatuto (17 de febrero de 1947), pues de no ser así estaríamos dándole una aplicación retroactiva a la ley. Y viene en apoyo de esta tesis el hecho de que la Ley 65 de 1946 fijó para los empleados particulares en su artículo 1º el 17 de febrero de 1946 como fecha inicial de las acumulaciones de períodos discontinuos, cualquiera que sea la causa del retiro, y sólo en tratándose de empleados oficiales se fijó la vigencia de la ley a partir de una fecha escogida arbitrariamente y que arranca del 1º de enero de 1942”.

Como puede observarse, principia acusando el fallo recurrido por infracción de dos estatutos legales completos, la Ley 6ª de 1945 y la 10 de 1934. Mas esto en casación es inadmisibile, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal Supremo, de acuerdo con la uniforme y múltiple de la Corte Suprema de Justicia, pues en este recurso no puede acusarse como infringido todo un código, una ley o un es-

tatuto, sino que deben "citarse los textos legales", los preceptos singularizados, es decir, determinándolos claramente y no aludiendo en forma vaga el código, ley o decreto que los contiene, porque debe facilitarse la labor del Tribunal de casación y por serle a éste difícil entrar a analizar todos los artículos de un código, de una ley o de un estatuto determinado en un fallo, sin que señale claramente cuál es el que en forma concreta se estima quebrantado.

Este así planteado viene a ser el **segundo cargo**, que funda exclusivamente en las consideraciones del salvamento de voto que transcribe, sin que el recurrente las ciña al recurso de casación, puesto que en los párrafos mencionados que explican ese voto disidente se habla también en forma general de las Leyes 6ª de 1945 y 10 de 1934, pero no se menciona ninguna de sus disposiciones, ninguno de sus artículos que pudiera dar a entender que esos son los acusados por el recurrente en este motivo segundo.

Por consiguiente no puede estudiarse esta acusación, pues no está ajustada a las normas sobre técnica de casación que principalmente consagra el artículo 531 del C. Judicial.

El **tercer cargo**, no expuesto en capítulo separado como lo manda el artículo 531 que acaba de citarse, se plantea por el recurrente en los párrafos atrás transcritos al decir: "El haber el Tribunal aceptado o dado por probado, con relación al primer contrato de trabajo, el que rigió entre los años de 1934 a 1943, que el despido de Villa fue injustificado, sin existir prueba alguna al respecto, hace incurrir en error de hecho, porque admite como demostrado un hecho que carece (sic) —debe ser carece— por entero de fundamento probatorio. Este es **otro cargo** —es decir, el tercero que se estudia— que formulo contra la sentencia que demando. Por aplicación indebida y por interpretación errónea de la Ley 6ª de 1945 en su artículo 12, también acusó el fallo". Y a renglón seguido lo funda asimismo en el salvamento de voto del Magistrado Vargas Cuéllar, sin que el recurrente formule consideraciones distintas de las que transcribe de ese voto disidente.

Se considera.

Como se observa a simple vista, el recurrente sí menciona en este cargo, un artículo concreto, singularizado, el 12 de la Ley 6ª de 1945. Pero acusa de infracción ese precepto a través de un error de hecho que expresamente propone, que consiste en haber admitido el fallo recurrido como probado un hecho que no aparece acreditado en el expediente, cual es el despido injustificado de Villa en

1943. Y expresamente también dice que no existía prueba de ese despido injusto.

Para que el cargo fuese completo, de acuerdo con las normas que el ordinal 1º del artículo 520 del C. Judicial da sobre la manera de plantearse un motivo en casación por error de hecho, y en atención también a reiterada jurisprudencia de este Tribunal Supremo y de la Corte Suprema de Justicia sobre el particular, ha debido el recurrente señalar las pruebas mal apreciadas por el sentenciador para llegar a conclusión semejante —que el despido fue injustificado— o las dejadas de apreciar y que comprobaron una situación de hecho distinta —bien el despido justificado o el retiro voluntario—. Pero no lo hizo así, pues en parte alguna de su cargo menciona o señala una “determinada prueba”, como lo exige aquella disposición, ni tampoco en el salvamento de voto —que no debe naturalmente ajustarse a técnica de casación— y que es el único razonamiento que sirve de base a este cargo, en la parte que de él se transcribe aquí, indica prueba ninguna al respecto que dé lugar a estudiar si existió o no el error de hecho alegado y propuesto. Y no apareciendo demostrado ese error, más aún no pudiendo saberse si el fallador de segunda instancia incurrió en él o no, tampoco puede entrar a estudiarse la cuestión jurídica propuesta, la infracción del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, pues aquí fue subordinada claramente a la existencia de ese error no demostrado.

Resulta mal planteado también e incompleto este cargo, por lo cual no puede estudiarse, ni menos prosperar.

Y como no se formularon más acusaciones contra la sentencia recurrida, debe quedar en firme.

Se advierte que la sentencia del Tribunal de Ibagué no se limitó exclusivamente a estudiar si el trabajador del asunto de autos era empleado particular u obrero y a determinar si debía o nó reconocérsele cesantía, como parece colegirse de los tres cargos que plantea la demanda de casación, sino que analizó otros problemas distintos, como los referentes al capital del patrón, a la jornada del trabajador, a la sustitución de patrono, al pago doble de trabajo efectuado en días domingos y festivos nacionales, a las vacaciones y a la prescripción, y formuló condenación por varios de esos conceptos en la parte resolutive de su fallo, como se expuso al principio, pero acerca de ellos guardó silencio el recurrente. Es decir, estas condenaciones distintas de cesantía subsistirían aun triunfantes los cargos propuestos en la demanda de casación, pues la de vacaciones por

ejemplo, hubiera quedado en firme con el éxito posible del primer cargo, porque no acusó el recurrente como infringida ninguna de las normas legales que ordenan reconocer ese descanso o pagarlo en dinero en su defecto.

El opositor en este recurso pide, al final de su escrito, que el Tribunal Supremo adicione el fallo recurrido en el sentido de ordenar el pago de unas horas de trabajo suplementario, aunque no se hayan demandado, y las demás condenas que consten del libelo inicial del litigio, más las costas procesales correspondientes. Pero como ya se dijo, este recurso de casación no es una tercera instancia, sólo se circunscribe a la demanda que lo sustenta, tal como se formule, y, además, el señor Villa no fue recurrente aquí, por lo tanto, se conformó con el fallo de segunda instancia y no pueden plantearse problemas jurídicos nuevos sino que debe referirse a la demanda de casación únicamente, porque su labor en este recurso es de modo exclusivo, la de oposición al propuesto por su contraparte.

Sin que sean necesarias 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 de fecha 27 de agosto de 1947, proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Ibagué, y objeto del presente recurso.

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

TECNICA DE CASACION

El artículo 531 del Código Judicial señala en forma expresa los requisitos que debe llenar una demanda de casación para que sea atendible como tal. Entre ellos son de importancia primordial los referentes a la causal invocada por el recurrente, la cita precisa de la disposición o disposiciones que se estimen violadas y la expresión del concepto de la violación legal. Como el recurso de casación es eminentemente formal, en cierto modo rigorista, para que el Tribunal Supremo pueda dirigir convenientemente su examen, a fin de hallar la violación legal alegada y poder pronunciarse acerca de ella, la demanda debe acomodarse a las exigencias del mentado artículo, esto es, a lo que la jurisprudencia llama con propiedad, técnica de la casación.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía).

Bogotá, agosto veintiséis de mil novecientos cuarenta y ocho.

Ha subido a este Tribunal, en recurso de casación la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Popayán con fecha veintiocho de noviembre del año pasado, en el juicio que adelantó Laureano Mera contra el señor Ismael Agrado y el Departamento del Cauca, para obtener el pago de salarios, dominicales, vacaciones y cesantía, como trabajador en la construcción de una escuelas en el Municipio de Tambo.

El negocio fue fallado en primera instancia por el Juez del Trabajo de Popayán, con fecha cinco de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete. La sentencia condena a los demandados a pagar al demandante las siguientes cantidades: sesenta pesos (\$ 60.00) por concepto de salarios; doscientos setenta pesos (\$ 270.00) por dominicales, descanso remunerado y auxilio de cesantía.

Apelada esta providencia para ante el Tribunal Seccional del Trabajo del lugar, esta entidad reformó la de primer grado y dispuso que se pagase a Mera por razón de dominicales, días feriados civiles y cesantía la cantidad de ciento sesenta y cinco pesos con ochenta centavos (\$ 165.80), y, además, dos pesos por cada día de trabajo, remitiendo esta condenación al procedimiento del artículo 553 del C. Judicial.

Esta última decisión del Tribunal Seccional ha sido recurrida en casación por el apoderado del Departamento. Al recurso se le imprimió el trámite legal y ya es el momento de decidirlo.

LA DEMANDA

El recurrente remitió de Popayán un memorial como demanda de casación, en el cual hace algunas consideraciones referentes a la manera como se desenvolvió el pleito, especialmente por lo tocante al hecho de no haberse surtido la etapa conciliatoria, y para el efecto transcribe los apartes del salvamento de voto del Magistrado doctor Tafurt, en el cual se sostiene que el proceso adolece de grave vicio por no haberse llenado tal etapa de conciliación. Este es el que el recurrente llama el **Primer motivo**. En el segundo motivo critica la sentencia del Tribunal en cuanto a lo referente a la libre apreciación de las pruebas, en relación con la regla 4ª del artículo 3º de la Ley 75 de 1945 y afirma que como apoderado del Departamento expuso la tesis de que el actor debió allegar la prueba eficaz para demostrar la solidaridad entre el señor Agredo, contratista de la construcción de las escuelas de Tambo, y el Departamento; que el Juzgado nada dijo sobre el particular; pero que el Tribunal Seccional sí concluyó que el Departamento se hallaba comprendido en los casos de los artículos 6 y 7 del Decreto 2127 de 1945 "sin haber establecido como premisa esencial el hecho del contrato mismo para colegir sobre la solidaridad legal".

Pide, para finalizar su escrito, que se case la sentencia recurrida, se revoque la de primer grado y se declare la nulidad de lo actuado.

Se considera:

El artículo 531 del Código Judicial señala en forma expresa los requisitos que debe llenar una demanda de casación, para que sea atendible como tal. Entre ellos son de importancia primordial los referentes a la causal invocada por el recurrente, la cita precisa de la disposición o disposiciones que se estimen violadas y la expresión

del concepto de la violación legal. Como el recurso de casación es eminentemente formal, en cierto modo rigorista, para que el Tribunal Supremo pueda dirigir convenientemente su examen, a fin de hallar la violación legal alegada y poder pronunciarse acerca de ella, la demanda debe acomodarse a las exigencias del mentado artículo, esto es, a lo que la jurisprudencia llama con propiedad, técnica de la casación.

Y esto es así, porque la finalidad del recurso de casación es antes que todo la de unificar la jurisprudencia nacional en materia laboral, y sólo incidentalmente, en forma, por así decirlo, colateral, incide sobre las cuestiones que tocan con el interés de las partes vinculadas al juicio. Es, pues, un recurso extraordinario, un medio de impugnación de las sentencias, orientado a un fin determinado, y, por consiguiente, no puede confundírsele con una tercera instancia.

Ya este Tribunal se ha visto precisado en diversas ocasiones a desestimar escritos, como el de que se trata, por no ceñirse a las exigencias de la técnica de casación, pues se ha hallado ante la imposibilidad de poder acometer el estudio ordenado y seguro de las cuestiones que se le han planteado con olvido de la forma y contenido de lo que debe ser una demanda de casación. Y es por lo mismo por lo que en el caso presente va a abstenerse de examinar los puntos tratados en el memorial de que se viene hablando, pues el recurrente no invocó ninguna causal legal para pedir la infirmación del fallo, ni citó las disposiciones que considera quebrantadas, ni, lógicamente, pudo exponer el concepto de la violación legal.

Dado que en casación se enfrentan la sentencia y la ley, ya que se trata de una verdadera acusación contra aquélla, es imperativo que se destaque en forma nítida la oposición entre la providencia recurrida y las normas legales que por ella han sido afectadas, y en el memorial que se tiene a la vista nada de esto hizo su autor. Se limitó a sostener que no se llenó la etapa conciliatoria y a hacer algunas consideraciones al respecto, y luego afirmó que el Tribunal hizo mal uso de su facultad para apreciar las pruebas. Pero no dijo si acusaba por esa equivocada apreciación de las pruebas y si fue que el Tribunal incurrió en error de hecho o de derecho al hacer esa estimación probatoria. En síntesis, no cumplió con los requisitos legales en la formulación de su demanda, razón por la cual no puede prosperar, por absoluta carencia de técnica en su presentación.

Por consiguiente, 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 Popayán que ha sido objeto de este recurso.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese, 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.

ALCANCE DE LA HOMOLOGACION. CONTENIDO DE LAS DECISIONES ARBITRALES DE LOS CONFLICTOS JURIDICOS Y ECONOMICOS

En la decisión de los conflictos jurídicos los árbitros realizan una función idéntica a la de los jueces estatales, en cuanto interpretan o aplican normas preexistentes, y en la de los conflictos económicos obran con amplitud, sustituyendo a las partes en la fijación de nuevas condiciones de trabajo. Cuando el conflicto asume un carácter jurídico, el Tribunal del Trabajo, bien el Supremo o el Seccional, al conocer del recurso de homologación, debe proceder como un verdadero superior jerárquico de los árbitros, con facultades análogas a las que ejercen los tribunales de justicia, porque en este caso cumple una función judicial *stricto sensu*. En cambio, en la homologación de los laudos que resuelven conflictos económicos la labor del Tribunal Supremo o del Seccional, se reduce a estudiar si ha habido o no extralimitación de la cláusula compromisoria, del compromiso, del pliego de peticiones o del decreto de constitución del Tribunal Especial, en su caso.

Los Tribunales, Supremo o Seccional, al decidir el recurso de homologación, deben limitarse al estudio de las cuestiones propuestas por el recurrente, o sea a aquellas que estimen resueltas con exceso de poder o con violación de derechos reconocidos por la Constitución o las leyes; pero si el laudo afecta preceptos de orden público, pueden los Tribunales entrar a examinar ese aspecto y resolver sobre él, sin necesidad de que el recurrente lo solicite.

El contenido de las decisiones arbitrales de conflictos jurídicos es igual al de los fallos de los jueces del Estado, mientras que el de los laudos de los conflictos económicos se asimila al de las estipulaciones propias de las convenciones colectivas.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

El Sindicato de Trabajadores de Hospitales, Clínicas y Similares de Cundinamarca presentó el 9 de marzo de este año a la Clínica de Marly, de Bogotá, el siguiente pliego de peticiones:

“Señores Gerente y Administrador de la Clínica de Marly. E. S. D. El Sindicato de Trabajadores de Hospitales, Clínicas, Sanatorios y Similares de Cundinamarca tiene el honor de someter a su digna consideración el siguiente PLIEGO DE PETICIONES, a nombre de los Compañeros Trabajadores de la Clínica de Marly, para que sea tramitado de conformidad con las disposiciones legales vigentes:

“PRIMERO. Aumento de salarios en la siguiente proporción:

“a) Para salarios de \$ 12.00 hasta \$ 30.00 el 100%.

“b) Para salarios de \$ 30.01 hasta \$ 50.00 el 90%.

“c) Para salarios de \$ 50.01 hasta \$ 100.00 el 60%.

“d) Para salarios de \$ 100.01 hasta \$ 300.00 el 30%.

“SEGUNDO. Pago inmediato de todas las prestaciones sociales, trabajo extraordinario, dominicales y días feriados a los trabajadores, a quienes adeuda ésto la Clínica de Marly.

“TERCERO. Por cuenta de la citada Clínica, suministro de uniformes para enfermeras, personal asistencial 8 por año, 2 uniformes de paño en el año para choferes, porteros, ascensoristas, cartero y botones.

“CUARTO. Cuando se enferme cualquier trabajador se le hospitalizará en la misma clínica en pensionado de segunda y la clínica le suministrará los servicios médicos, farmacéuticos y quirúrgicos y se le pagará todo el salario completo.

“QUINTO. Inmediata elaboración y fijación del reglamento de trabajo, para lo cual intervendrá debidamente acreditada una comisión del Sindicato en su elaboración, etc., mejoramiento de alimentación y de dormitorios;

“SEXTO. Descansos dominicales, días feriados y establecimiento de la jornada máxima de trabajo o sea jornada de ocho horas diarias de conformidad con las disposiciones legales vigentes.

“SEPTIMO. Garantía del trabajo al personal reclamante y, ningún género de represalias con motivo de este pliego u otras reclamaciones legales o extralegales.

“Por represalias se entiende:

"a) Imposición de condiciones de trabajo no reglamentarios ni pactadas con la organización sindical;

"b) Reducción del salario;

"c) Mal trato por parte de los superiores o por terceras personas;

"d) Suspensiones temporales sin causa previamente justificada;

"e) Descuentos en el salario;

"f) Multas, etc.

"g) Condiciones de trabajo diferentes entre trabajadores sindicalizados y no sindicalizados sin razones técnicas o justificadas ante la organización sindical;

"h) Remociones del trabajo sin causa justa;

"i) Denigración de la organización sindical, sus miembros o sus representantes;

"j) Incumplimiento de los convenios, reglamento de trabajo o de las leyes sociales, o demora en su cumplimiento;

"k) Cualquiera ingerencia directa o indirecta para separar a los trabajadores de la organización sindical en que militan o, cualquier intento de división o destrucción de la dicha organización.

"OCTAVO. Convención colectiva de trabajo entre la Institución y el Sindicato peticionario para fijar las condiciones que deban regir los contratos individuales de trabajo, para establecer una Comisión o Tribunal Permanente de Conciliación y Arbitraje que conozca, tramite y decida en única instancia de cualquier controversia de trabajo, que se suscite entre la institución y uno, varios o todos sus trabajadores, y para acordar la retención de las cuotas sindicales extraordinarias, de admisión y las multas sindicales. Así como también, para establecer la prohibición de despedir a los trabajadores, o de suspenderlos, o de sancionarlos en cualquier forma sin el concepto favorable de la mencionada Comisión o Tribunal.

"NOVENO. Pago de un mes de sueldo por prima de Navidad y pago del tiempo que inviertan los Negociadores, Conciliador y Arbitro que designe la organización peticionaria, en la tramitación del presente Pliego.

"LA JUNTA DIRECTIVA:

"(Firmados). JOSE JOAQUIN INFANTE, Presidente. JOSE JOAQUIN AREVALO, Vicepresidente. AGUSTIN MARTINEZ, Fiscal. PAULINA CAYCEDO, Tesorera General. EFRAIN LEGUIZAMO, Secretario General. OBDULIO CABALLERO, Vocal. LILIA LEON, Vocal. LUIS ZAMORA, Vocal. ISMAEL MONTERO, Vocal. DAMASO GARZON, Vocal."

Como en arreglo directo y en conciliación las partes sólo llegaron a un acuerdo acerca de los puntos 1º y 3º y a un principio de entendimiento respecto del 4º, el Gobierno, teniendo en cuenta los artículos 22 de la Ley 21 de 1920 y 57 de la Ley 6ª de 1945, ordenó por medio del Decreto 1994 de fecha 11 de junio del año en curso, la constitución de un Tribunal Especial de Arbitramento para que decidiera las peticiones no resueltas.

En desarrollo del citado decreto, el Sindicato reclamante, la Clínica de Marly y el Ministro del Trabajo designaron como árbitros a los doctores Hernando Rojas Otálora, Carlos Gámez Macías y Ricardo Silva, respectivamente.

El Tribunal se instaló el 2 de julio último, y el 12 del mismo mes dictó el fallo, cuya parte resolutive dice así:

“PRIMERO. Condénase a la Clínica de Marly, S. A., domiciliada en Bogotá y representada por el Gerente Miguel Capasso a pagar dentro del término de diez días a partir de la ejecutoria de este fallo todas las prestaciones sociales que deba a sus trabajadores, trabajo suplementario, descansos dominicales remunerados y días feriados de obligatorio descanso de acuerdo con los considerandos de este fallo en que se ha demostrado que se les debe a todos los trabajadores. La regulación de la cuantía se hará por un procedimiento análogo al establecido en el artículo 553 del C. J. en armonía con el nuevo Código de Procedimiento del Trabajo. Si la liquidación fuere impugnada se tendrán en cuenta la serie de presunciones y reglas especiales que da la parte motiva del fallo;

“SEGUNDO. Que queda obligada la Clínica de Marly, S. A., a presentar al Departamento Nacional del Trabajo el Reglamento interno de trabajo de la empresa, para su modificación y revisión de acuerdo con la parte motiva del fallo dentro de los treinta días (30) a partir de la ejecutoria de esta sentencia;

“TERCERO. Que la Clínica de Marly está obligada dentro de las sanciones legales a establecer desde la ejecutoria de este fallo, los descansos dominicales o compensatorios, días feriados, sin perjuicio del reconocimiento por todo el tiempo anterior de acuerdo con las leyes vigentes. Establécese el siguiente horario de trabajo para la Clínica de Marly en armonía con los considerandos de este fallo que tendrá el carácter de jornada ordinaria: para las trabajadoras encargadas del aseo, botones, trabajadores del jardín, choferes de ambulancia y de la camioneta, en consideración a que son trabajos discontinuos o intermitentes y residen en el sitio del trabajo, una jornada de once horas diarias y un descanso intermedio de una hora

para el almuerzo; para las enfermeras trasnochadoras una jornada ordinaria de once (11) horas nocturnas; para las trabajadoras de la sección de cocina y todas sus dependencias una jornada ordinaria de ocho (8) horas diarias o de cuarenta y ocho (48) semanales; para las enfermeras del servicio asistencial diurno de los pabellones y salas de la Clínica una jornada ordinaria de ocho (8) horas diarias o de cuarenta y ocho (48) semanales. Por no poderse interrumpir este servicio por la índole de las funciones de una clínica, interdiariamente están obligadas a hacer el servicio de guardia y en este turno sólo tienen derecho a media hora para tomar el almuerzo y en los demás días tendrán derecho a hora y media de descanso para compensar la media hora de guardia; para la sección de administración y lavandería así como también para los encargados de la caldera regirá un horario ordinario de ocho (8) horas diarias o de cuarenta y ocho semanales. PARAGRAFO. La Clínica de Marly al dar cumplimiento al presente fallo, en lo que respecta a jornadas ordinarias de trabajo no podrá disminuir los salarios existentes, ni los aumentos acordados en conciliación, porque tales salarios se refieren exclusivamente a la jornada ordinaria de trabajo.

“CUARTO. Que la Clínica de Marly está obligada a respetar las garantías de trabajo existentes para el personal reclamante, y se considerarán como represalias contra el personal sindicalizado el desmejoramiento de las condiciones de trabajo existentes actualmente, los despidos sin causas justificativas, los descuentos de salarios o dar un tratamiento distinto y menos favorable a los sindicalizados respecto de los trabajadores no sindicalizados. Asimismo queda obligada la Clínica de Marly a cumplir estrictamente el Reglamento de Trabajo, las leyes sociales y el presente fallo.

“QUINTO. Establécese una Comisión Permanente de Conciliación encargada de resolver por vía amigable todos los conflictos individuales de trabajo que se originen con motivo de la aplicación del presente fallo arbitral, como del contrato individual de trabajo que pueda presentarse entre la Clínica de Marly y sus trabajadores. Sin embargo, cualquier arreglo hecho por un trabajador y la empresa en el seno de la Comisión Permanente de Conciliación, aprobado por el delegado del Gobierno, tendrá la fuerza que le da al arreglo conciliatorio, el artículo 78 del Código de Procedimiento del Trabajo (Decreto 2158 de 1948). La constitución de esta Comisión se integrará así: un representante de la empresa, un representante de los trabajadores que tenga por lo menos seis (6) meses al servicio de la Clínica de Marly, designado por el Sindicato de trabajadores y un ter-

cero designado por el Ministerio del Trabajo. Las partes tendrán la obligación de designar ante el Departamento Nacional del Trabajo sus delegados bajo sanción de que si no lo hicieren dentro de los ocho (8) días a partir de la ejecutoria de este fallo, el gobierno queda facultado para hacerlo, procurando la representación auténtica de las partes. Esta Comisión deberá reunirse por lo menos una vez por semana en el lugar que designe el delegado del Gobierno.

“SEXTO. Establécese en favor de todos los trabajadores de la Clínica una prima de Navidad, equivalente al salario de ocho (8) días para aquellos trabajadores que lleven más de seis meses continuos o discontinuos dentro de un mismo año y que estén prestando sus servicios en el mes de diciembre. La Clínica de Marly hará este pago en forma obligatoria a sus trabajadores el día anterior a la Navidad. Es entendido que esta prima se pagará en el próximo diciembre.

“SEPTIMO. Establécese como término de vigencia de este fallo para las obligaciones relacionadas en lo que fuere pertinente, un (1) año a partir de esta fecha. Para la denuncia y prórroga se estará a lo dispuesto en las leyes vigentes.

“OCTAVO. En lo que se refiere a las peticiones tercera y cuarta del pliego de peticiones que fueron acordadas en arreglo directo y conciliación se estará a lo expresado en la parte motiva de este fallo.

“NOVENO. Que el incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones establecidas en el presente fallo se sanciona en la forma prevista en el artículo 70 de la Ley 6ª de 1945.”

Salvó su voto el árbitro de la empresa, doctor Carlos Gámez Macías.

El representante de la Clínica, al notificarse, interpuso el recurso de homologación, por lo cual el Tribunal de Arbitramento dispuso enviar el expediente con todos sus antecedentes a esta corporación.

Como entre ellos no se encontrara el decreto de convocatoria del Tribunal, se ordenó que la parte interesada lo trajera a los autos. Entre tanto se suspendió el estudio del recurso. Ejecutoriada la respectiva providencia y en vista de que el recurrente se había abstenido de atenderla, en una nueva se señaló el término de dos (2) días para que cualquiera de las partes allegara dicho documento.

Con escrito presentado por el doctor Armando Pachón Padilla, apoderado del Sindicato, se trajo el **Diario Oficial** número 26751 del 23 de junio de 1948, autenticado por el Ministerio de Gobierno, en el

que aparece el Decreto 1994 del 11 de junio de este año, "por el cual se constituye un Tribunal de Arbitramento".

EL RECURSO

Dice el apoderado de la Clínica, para sustentar el recurso de homologación, que corresponde conocer de éste al Tribunal Supremo del Trabajo porque se trata de un laudo dictado por el Tribunal de Arbitraje de constitución obligatoria y porque se refiere a un servicio público asistencial, conforme lo indica el ordinal b) del artículo 50 de la Ley 6ª de 1945.

Considera que si bien de acuerdo con el artículo 143 del Decreto 2158 de 1948 el alcance de la homologación es el de declarar exequible el fallo arbitral cuando no se hubiere extralimitado el objeto para el cual se convocó el respectivo Tribunal, o el anularlo, si hubiere habido extralimitación, como el artículo 141 del mismo decreto consagra la homologación ante los Tribunales Seccionales para los laudos arbitrales no sujetos a obligatoriedad, y el 142 dispone que "...si el laudo se ajustare a los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria y no afectare derecho o facultades reconocidos por la Constitución, por las leyes o por normas convencionales a cualquiera de las partes, el Tribunal lo homologará. En caso contrario lo anulará y dictará la providencia que lo reemplace...", igual procedimiento debe observar el Tribunal Supremo, ya que de otro modo sus atribuciones serían inferiores a las de los Tribunales Seccionales y por otra parte las empresas de servicio público quedarían en situación desfavorable en relación con las que no tienen ese carácter.

Entendiendo, pues, que el recurso de homologación tiene por objeto la revisión de los laudos arbitrales para que si estuvieren ajustados a la Carta, a las leyes o a las normas convencionales, se les declare exequibles y se les confiera fuerza de sentencia, o se les anule y se dicte la providencia que deba reemplazarlos, en caso contrario, el recurrente manifiesta que ha interpuesto dicho recurso por cuanto en el presente caso hubo extralimitación del objeto para el cual se convocó al Tribunal de Arbitraje obligatorio, y, además, violación de normas sustantivas de derecho del trabajo.

Sostiene que el laudo arbitral dictado para la Clínica de Marly quebranta las normas generales sobre jornada de trabajo, especialmente el artículo 3º de la Ley 6ª de 1945, como también las disposiciones del capítulo IV del reglamento de trabajo de la empresa, de preferencia la contenida en los artículos 10, 16 y 19; al fijar una jornada de once horas a determinado grupo de trabajadores que realizan labores discontinuas o intermitentes y al imponer recargo del

25% por horas extras diurnas y del 35% por las nocturnas; que infringe los artículos 1º de la Ley 6ª de 1945 y 1º del Decreto 2127 del mismo año al considerar que tienen vínculo de continuada dependencia con la empresa trabajadores que apenas prestan servicios ocasionales, usurpando jurisdicción, al propio tiempo, puesto que el artículo 58 de la Ley 6ª citada, reserva a la jurisdicción del trabajo el conocimiento de las controversias que versen sobre interpretación o aplicación de las leyes sociales; que viola el artículo 149 del nuevo Código Procesal del Trabajo porque hace una clasificación de trabajadores; que es contrario al artículo 51 del Decreto 2158 de este año porque no dio cumplimiento a los preceptos legales relativos a la recepción de testimonios y a la práctica de la diligencia de inspección ocular.

El cargo de extralimitación lo concreta así:

“En ninguna parte del Pliego de Peticiones sometido a la consideración de la empresa y pasado luego al arbitraje se pide que se clasifiquen trabajadoras, que se diga si entre algunas de éstas y la Clínica de Marly existe o no contrato de trabajo. El Tribunal Arbitral consideró su deber hacerlo y entonces violó la ley, como ya lo demostré y extralimitó el objeto para el cual se le convocó.”

En consecuencia, solicita que se anule el laudo dictado para la Clínica de Marly.

El apoderado del Sindicato de Trabajadores de Hospitales, Clínicas, Sanatorios y Similares de Cundinamarca se opone a la anterior solicitud por estimarla improcedente, de acuerdo con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, debido a que en el momento de instalarse el Tribunal de Arbitramento y de iniciar sus deliberaciones no existía el recurso de homologación. Asevera que en la hipótesis de que el recurso fuera admisible, el Tribunal Supremo sólo podría declarar nulo lo actuado por extralimitación del Tribunal de Arbitramento, sin ir al fondo del asunto. Hace un somero análisis del fallo arbitral, con el fin de demostrar que no hubo extralimitación y pide que si se avoca el conocimiento del recurso, se decida en favor de la parte que representa.

PROCEDENCIA DEL RECURSO DE HOMOLOGACION

En sentencia de fecha 5 de junio de 1946, esta corporación, refiriéndose a la Ley 75 de 1945, que estableció el recurso de casación en los juicios del trabajo, expresó lo siguiente:

“Cuál ley es la que debe aplicar entonces la Corte, dentro de una sana y lógica interpretación jurídica, ¿la que regía cuando se profirió el fallo recurrido o la que estaba vigente cuando el recurso se in-

terpuso? ¿La que estaba en vigor el 12 de diciembre pasado, según la cual no hay recurso de casación en litigios como el presente, o la que ya estaba rigiendo el 7 de febrero último, que sí otorga tal recurso en los mismos juicios?

“Nuestra legislación prevé de modo claro estas situaciones conflictivas. La Ley 153 de 1887 consagra sabias reglas de hermenéutica jurídica que guían al juzgador con paso firme por entre los diversos problemas que surgen de la pugna entre las leyes. Su artículo 1º lo estatuye de modo terminante cuando dice: “Siempre que se advierta incongruencia en las leyes, u ocurra oposición entre ley anterior y ley posterior, o trate de establecerse el tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo, las autoridades de la República, y especialmente las judiciales, observarán las reglas contenidas en los artículos siguientes.

“Entre esas reglas está la del artículo 40, que resuelve los conflictos legales de orden procesal. En efecto, dispone lo siguiente: “Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.”

“Según este precepto, la Ley 75 de 1945 prevalece sobre las normas anteriores de procedimiento en los juicios del trabajo, desde el momento en que principió a regir, o sea, desde el 21 de diciembre de ese año. Pero esta regla general tiene una excepción, que se refiere a las actuaciones o diligencias iniciadas conforme a la legislación anterior, que se rigen por la ley antigua, que es el caso del presente juicio, porque cuando fue dictada la nueva ley ya había sido proferida la sentencia de segunda instancia que le puso término. Ese fallo, como actuación cumplida dentro del anterior procedimiento, se rige entonces para todos sus efectos por ese mismo procedimiento, o sea, por la ley antigua; y es lógico que así ocurra, porque mal puede aplicársele a una providencia un precepto legal que no existía cuando ella fue proferida.

“Toda resolución judicial lleva consigo los medios de impugnarla que establece la ley. Es una garantía para los asociados saber previamente con qué recursos cuentan para atacar una providencia que llegue a agraviarles o perjudicarles en sus derechos o pretensiones. Pero es apenas natural que los medios de impugnación coexistan con la decisión correspondiente. De lo contrario, no habría nunca una sentencia definitiva, por ejemplo, si con posterioridad a su pronuncia-

miento pudieran establecerse válidamente contra ella nuevos recursos o hacerle extensivos otros ya existentes que antes no la afectaban."

En la misma sentencia se citó otra de la Corte Suprema de Justicia en que ésta dijo:

"Consecuencialmente es también la ley vigente al día en que la sentencia se pronunció, o sea, en este caso, la Ley 105 de 1931, la competente para definir los recursos de que el fallo es susceptible, en virtud de que la admisibilidad de un recurso constituye una verdadera calidad inherente a la sentencia misma." (Gaceta Judicial números 1909 y 1910, páginas 628 y 629).

Igual tesis cabe sostener acerca del Decreto 2158 de este año, en cuanto trata de recursos. Por tanto, la admisibilidad de éstos no debe condicionarse a la fecha en que se promovieron los juicios o se presentaron los pliegos de peticiones o se instalaron los árbitros sino a la de los respectivos fallos. Y como la sentencia del Tribunal de Arbitramento de la Clínica de Marly fue dictada el 12 de julio y dicho estatuto comenzó a regir desde el 8 del mismo mes, de acuerdo con el Decreto Legislativo 2215 del presente año, es procedente el recurso de homologación interpuesto por la parte patronal.

LOS CONFLICTOS DEL TRABAJO

El Derecho del Trabajo reconoce dos especies de conflictos: los de derecho o jurídicos y los de intereses o económicos. La Oficina Internacional del Trabajo, siguiendo la clasificación de Henri Binet, los ha definido así:

"El conflicto de derecho versa sobre la interpretación de un derecho nacido y actual; poco importa que éste tenga su fuente de origen en un precepto formal de una ley o en una disposición de un contrato individual o colectivo. Su interpretación depende normalmente del Juez; en este caso el Juez del Trabajo.

"El conflicto de intereses, por el contrario, no versa sobre la interpretación de un derecho adquirido fundado sobre la ley o sobre el contrato, sino sobre una sencilla reivindicación tendiente a modificar un derecho existente o a crear uno nuevo. Este género de conflicto depende normalmente del conciliador o del árbitro."

"En el conflicto de derecho se persigue la interpretación o aplicación de una norma establecida en la ley o en la convención colectiva o en el contrato individual o en el reglamento de trabajo. En el conflicto económico se busca, en cambio, la fijación de condiciones de trabajo, por no estar previstas, o la modificación de las normas

existentes, por haber variado la situación económica o social que les sirvió de base.”

“En el primer caso, y sólo en el primer caso —comenta el profesor Deveali— se trata de una verdadera y propia función judicial, ya que el Juez está llamado a resolver una o más controversias individuales, producidas entre dos o más individuos interesados; dictando una sentencia que aplica el derecho a uno o más casos concretos y actuales.”

“Diferentemente en el segundo caso —anota el mismo profesor— el Juez está llamado a pronunciar una decisión que tiene valor de norma en la futura disciplina de cierta serie de relaciones. Decisión entonces que tiene la naturaleza y la eficacia de una **norma**, más que de una **sentencia**, norma de carácter contractual o legal, según lo sean los ordenamientos. Nos encontramos en ambas hipótesis, evidentemente, fuera del ámbito de la potestad judicial; ya que el Juez, en su función típica, aplica, pero no crea el derecho. El Juez, en este caso, sustituye a las partes en la creación y manifestación de una voluntad contractual o al legislador, en la creación de una norma general; en todo caso sale fuera de la órbita, que es la propia de la función jurisdiccional”. (“Los Tribunales del Trabajo en la Teoría y en la Práctica”, en la publicación del Instituto de Derecho del Trabajo de la Universidad Nacional del Litoral, Argentina, año 1941, página 129).

La diferenciación entre conflictos de intereses o de naturaleza económica y de derecho o de naturaleza jurídica, está subordinada a la finalidad que persigan.

Algunos autores clasifican los conflictos en individuales y colectivos, atendiendo al interés que se procura proteger. Conforme a este concepto, son conflictos individuales aquellos en que se ventilan intereses concretos de los individuos, que por eso se han denominado también conflictos interindividuales. Los colectivos son aquellos que interesan al grupo de trabajadores, según Zanobini, como representantes de una comunidad definida de intereses y no como una suma material de individuos. Barassi dice de estos últimos que su característica es la existencia de una causa común, de un interés profesional colectivo. Y el profesor Brasileño F. Cesarino Junior expresa que son los que interesan a la categoría, esto es a los trabajadores colectivamente considerados y no a los individuos en sí mismos.

De esta última clasificación surge una subdivisión, según la cual tanto los conflictos individuales como los colectivos pueden ser jurídicos o económicos, de acuerdo con la finalidad que persigan, su mis-

ma naturaleza, o su aspecto subjetivo. Es posible, por lo mismo, que estos conflictos revistan un carácter mixto, es decir, que al propio tiempo envuelvan una cuestión jurídica y una reivindicación económica, lo que se explica por el fundamental contenido económico del Derecho del Trabajo que hace difícil aislar completamente los dos factores.

El Decreto 2158 de 1948, sobre procedimiento en los juicios del trabajo, basado en la distinción de Binet, adscribió a la jurisdicción laboral únicamente la decisión de los conflictos jurídicos, mientras que en cuanto a los económicos o de intereses dispuso que se continuaran adelantando de acuerdo con las leyes especiales sobre la materia. No obstante, respecto de todos los conflictos de trabajo, bien los individuales como los colectivos, los de derecho como los de intereses, cuando son resueltos por árbitros, aquel estatuto atribuye a los Tribunales del Trabajo un control para evitar los excesos de los laudos, mediante un recurso extraordinario o especial llamado de homologación. Así quedó consagrado en los artículos 2º, 3º, 141 y 143 de dicho decreto.

ALCANCE DE LA HOMOLOGACION

En el capítulo XVII del mismo decreto se contemplan dos casos de arbitramentos: uno de carácter voluntario para dirimir las controversias que surjan entre patronos y trabajadores por razón de sus relaciones de trabajo, y otro, de carácter obligatorio, ya establecido en el artículo 57 de la Ley 6ª de 1945, para resolver los conflictos colectivos en los servicios públicos, que no hayan sido solucionados por arreglo directo o conciliación.

Del recurso de homologación contra los fallos dictados en arbitramento voluntario, conocen los Tribunales Seccionales del Trabajo y del mismo recurso contra los proferidos por tribunales especiales de arbitramento, obligatorios, por tratarse de servicio público, conoce el Tribunal Supremo del Trabajo.

El tenor literal de los artículos 142 y 143 del Código Procesal del Trabajo es el siguiente:

"Trámite. Recibido el expediente en el Tribunal y efectuado el reparto, el Magistrado sustanciador presentará proyecto de sentencia dentro de diez días y el Tribunal resolverá dentro de los diez días siguientes. Si el laudo se ajustare a los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria y no afectare derechos o facultades reconocidos por la Constitución, por las leyes o por normas convencionales a cualquiera de las partes, el Tribunal lo homologará. En caso contrario, lo anulará y dictará la providencia que lo reemplace. Con-

tra estas decisiones del Tribunal Seccional no habrá recurso alguno.”

“Homologación de laudos de Tribunales Especiales. El laudo que profiera un Tribunal Especial de Arbitramento, cuando el arbitraje fuere de carácter obligatorio, será remitido con todos sus antecedentes al Tribunal Supremo del Trabajo, para su homologación, a solicitud de una de las partes o de ambas, presentada dentro de los tres días siguientes al de su notificación. El Tribunal, dentro del término de cinco días, verificará la regularidad del laudo y lo declarará exequible, confiriéndole fuerza de sentencia, si el Tribunal de Arbitramento no hubiere extralimitado el objeto para el cual se le convocó, o lo anulará en caso contrario.

“Si el Tribunal hallare que no se decidieron algunas de las cuestiones indicadas en el decreto de convocatoria, devolverá el expediente a los árbitros, con el fin de que se pronuncien sobre ellas, señalándoles plazo al efecto, sin perjuicio de que ordene, si lo estima conveniente, la homologación de lo ya decidido.”

Analizando las disposiciones transcritas, de acuerdo con la doctrina ya expuesta, según la cual en la decisión de los conflictos jurídicos los árbitros realizan una función idéntica a la de los jueces estatales, en cuanto interpretan o aplican normas preexistentes, y en la de los conflictos económicos obran con amplitud, sustituyendo a las partes en la fijación de nuevas condiciones de trabajo, se concluye que cuando el conflicto asume un carácter jurídico, el Tribunal del Trabajo —bien el Supremo o el Seccional— al conocer del recurso de homologación, debe proceder como un verdadero superior jerárquico de los árbitros, con facultades análogas a las que ejerce un tribunal de justicia, pues en este caso cumple una función judicial, *stricto sensu*. Y, en cambio, en la homologación de los laudos que resuelven conflictos económicos, la labor del Tribunal del Trabajo —tanto del Supremo como del Seccional— se reduce a estudiar si ha habido o no extralimitación de la cláusula compromisoria, del compromiso, del pliego de peticiones o del decreto de constitución del Tribunal Especial, en su caso, pues por las razones doctrinarias expuestas atrás, tales laudos pueden modificar normas anteriores sobre condiciones de trabajo o crear nuevos derechos, pero no deben ni pueden excederse del objeto señalado en cualquiera de esos documentos o actos.

Mas es claro que los tribunales, al decidir el recurso, deben limitarse al estudio de las cuestiones propuestas por el recurrente, es decir, aquellas que estime resueltas con exceso de poder o con violación de derechos reconocidos por la Constitución o las leyes, a menos que el laudo afecte preceptos de orden público, caso en el cual puede

examinarse ese aspecto sin necesidad de que el recurrente lo solicite.

De lo dicho se infiere que el contenido de las decisiones arbitrales de conflictos jurídicos es igual al de los fallos de los Jueces del Estado, mientras que el de los laudos de los conflictos económicos se asimila al de las estipulaciones propias de las convenciones colectivas, que, como lo dice Roger Bonnard, son actos-reglas elaborados por órganos privados y que pueden constituir la "ley de la profesión" en lo que concierne a las relaciones del capital y del trabajo.

En este último sentido, los laudos, por su equivalencia con la convención colectiva, tienen, pues, cierta fuerza de ley, entendida ésta en su sentido material.

Tal equivalencia está consagrada en nuestra legislación, cuando dice en el artículo 46 de la Ley 6ª de 1945, en su inciso final, que "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".

Es entendido que esta especie de decisiones o sea las que ponen término a un conflicto de intereses, serían ineficaces si desmejoraran las condiciones de trabajo reconocidas por la ley, porque, como lo expresa el artículo 49 de la Ley 6ª de 1945, "las disposiciones legales, en cuanto sean más favorables a los intereses de los trabajadores, se aplicarán de preferencia a las estipulaciones de la convención colectiva de trabajo, o de las decisiones arbitrales".

ESTUDIO DEL RECURSO

Expuestas las anteriores bases doctrinarias, se procede a estudiar el presente recurso de homologación.

La parte resolutive del laudo recurrido se refiere en el ordinal primero al aspecto jurídico del conflicto, planteado en el punto 2º del pliego de peticiones, y en los ordinales 2º, 3º, 4º, 5º y 6º, a las condiciones generales de trabajo, objeto de las peticiones segunda, quinta, sexta, séptima, octava y novena.

En el ordinal octavo se dice que en lo tocante a las peticiones tercera y cuarta, respecto de las cuales se logró acuerdo en arreglo directo y conciliación, se tengan en cuenta las siguientes declaraciones contenidas en la motivación del fallo:

"La Clínica de Marly, está obligada, dentro de la vigencia del laudo arbitral a suministrar cuatro uniformes para enfermeras, per-

sonal asistencial, uno cada tres meses, entendiendo por uniformes, blusas para enfermeras, (divisas), y dos uniformes de paño en cada año para choferes, porteros, ascensoristas, carteros y botones."

"La Clínica de Marly queda obligada por el presente laudo arbitral a suministrar a todo trabajador enfermo y cuando la asistencia sea necesaria por cualquier clase de enfermedad, los servicios hospitalarios, en la misma clínica, en pensionado de segunda y los servicios médicos, farmacéuticos y quirúrgicos a que haya lugar, y le reconocerá además el salario o sueldo completo durante el tiempo que dure la enfermedad, sin pasar de seis meses."

En los ordinales séptimo y noveno se dictamina lo relativo al tiempo durante el cual regirán las normas establecidas en el fallo, a su denuncia y prórroga y a las sanciones por el incumplimiento de cualquiera de las partes, previsiones estas que son de rigor en las convenciones colectivas, conforme al artículo 47 de la Ley 6ª de 1945 y lo son de igual modo en los laudos arbitrales de contenido análogo.

El laudo reviste, pues, un carácter mixto, o sea que decide simultáneamente cuestiones económicas y jurídicas.

Los ataques del recurrente, relativos a unas y otras, envuelven varios aspectos que para su examen conviene separar así:

a) Existencia de la relación contractual con determinados trabajadores.

El laudo incluye a las enfermeras denominadas "trasnochadoras" entre los trabajadores de la Clínica, porque considera que a pesar de su relativa discontinuidad reúnen los requisitos que configuran el contrato de trabajo de que trata el artículo 2º del Decreto 2127 de 1945, o sea la prestación personal del servicio, la dependencia de la Clínica durante el tiempo en que prestan sus turnos y la remuneración o salario por unidad-turno.

El recurrente dice que respecto de algunas de tales trabajadoras sí existe contrato de trabajo, pero no en cuanto a las que sólo concurren dos, cinco y hasta quince veces en el año y prestan servicios en otras clínicas, y que, por tanto, son simples trabajadoras ocasionales.

Asevera que el Tribunal de Arbitramento violó los artículos 1º de la Ley 6ª de 1945 y 1º y 2º del Decreto 2127 del mismo año, que definen el contrato de trabajo y señalan los elementos que lo caracterizan; el artículo 58 de la ley citada, que atribuye a la jurisdicción especial del trabajo el conocimiento de las controversias que suscite directa o indirectamente la ejecución del contrato de trabajo, y el

149 del nuevo Código Procesal del Trabajo, sobre clasificación de trabajadores.

El Tribunal de Arbitramento se atuvo al hecho de que todas las enfermeras "trasnochadoras" interrogadas manifestaron, sin haber sido contrainterrogadas por el representante de la Clínica, que trabajan únicamente en ésta y que están todas las noches en disponibilidad de prestar los turnos, por lo cual la mayor o menor discontinuidad en su labor depende exclusivamente de la empresa contratante, y de allí dedujo que su dependencia no es ocasional.

El Tribunal Supremo estima que el artículo 41 del Decreto 2127 de 1945 es suficiente para definir el punto. En efecto, de acuerdo con este artículo, "trabajo ocasional, accidental o transitorio, es el de corta duración, no mayor de un mes, que se refiera a labores distintas de las actividades normales de la empresa o negocio".

Siendo indiscutible que las actividades de la Clínica de Marly son las de atender enfermos, que las labores de las llamadas "trasnochadoras" hacen parte de dichas actividades y que su servicio es solicitado y prestado, aunque discontinuamente, en largos lapsos, resulta inobjetable la conclusión del Tribunal de Arbitramento.

La facultad del mismo organismo para resolver el asunto no puede ponerse en duda, porque, según se vio atrás, cuando los conflictos del trabajo asumen un carácter jurídico, los arbitros ejercen funciones propias de los jueces.

Por lo demás, no resulta que el Tribunal de Arbitramento haya violado el artículo 149 del Decreto 2158 de 1948, porque la clasificación de trabajadores a que se refiere dicha disposición es la misma de que tratan las resoluciones números 8 y 53 de 1936 del Ministerio de Industrias y Trabajo, o sea la que consiste en definir cuáles trabajadores tienen el carácter de empleados y cuáles el de obreros.

En el laudo arbitral no se hace tal clasificación, sino que se considera como trabajadores dependientes de la Clínica a las enfermeras trasnochadoras, con el fin de que queden amparadas por las prestaciones que se reconocen en el mismo laudo, lo que es diferente.

Por otra parte, el laudo condiciona prudentemente el reconocimiento de las prestaciones al número de turnos que preste cada enfermera trasnochadora. Así, *verbi gratia*, no tiene derecho al auxilio de enfermedad la que no prestare sus servicios por lo menos cuatro veces en el mes o cuarenta y ocho en el año.

b) Fijación de la jornada de trabajo.

El ordinal tercero de la parte resolutive establece el siguiente horario de trabajo como jornada ordinaria:

“Para las trabajadoras encargadas del aseo, botones, trabajadores del jardín, choferes de ambulancia y de la camioneta, en consideración a que son trabajos discontinuos o intermitentes y residen en el sitio del trabajo, una jornada de once (11) horas diarias y un descanso intermedio de una hora para el almuerzo; para las enfermeras trasnochadoras una jornada ordinaria de once (11) horas nocturnas; para las trabajadoras de la sección de cocina y todas sus dependencias una jornada ordinaria de ocho (8) horas diarias o de cuarenta y ocho (48) semanales; para las enfermeras del servicio asistencial diurno de los pabellones y salas de la Clínica una jornada ordinaria de ocho (8) horas diarias o de cuarenta y ocho (48) semanales. Por no poderse interrumpir este servicio por la índole de las funciones de una Clínica, interdiariamente están obligadas a hacer el servicio de guardia y en este turno sólo tienen derecho a media hora para tomar el almuerzo y en los demás días tendrán derecho a hora y media de descanso para compensar la media hora de guardia; para la sección de administración y lavandería así como también para los encargados de la caldera regirá un horario ordinario de ocho (8) horas diarias o de cuarenta y ocho semanales.”

Sostiene el recurrente que el Tribunal de Arbitramento infringió el artículo 3º de la Ley 6ª de 1945, según el cual “las horas de trabajo no podrán exceder de ocho (8) al día, ni de cuarenta y ocho (48) a la semana, salvo las excepciones legales”, y que extralimitó sus funciones porque actuó de legislador al crear nuevas normas sobre jornada de trabajo.

Es evidente que el horario fijado por el Tribunal de Arbitramento y que regirá a partir de la ejecutoria del fallo, parcialmente resulta más ventajoso para los trabajadores que el establecido en las disposiciones legales vigentes.

Pero el Tribunal Supremo encuentra que el de Arbitramento no extralimitó sus funciones, puesto que simplemente decidió una reivindicación económica contenida en el pliego de peticiones y porque siendo el fallo arbitral equivalente a una convención colectiva de trabajo sustituyó acerca de ella a las partes, que bien podían acordar una jornada de trabajo inferior a la establecida en el reglamento de trabajo de la empresa y en el artículo 3º de la Ley 6ª de 1945, tanto más cuanto que este precepto, en armonía con las convenciones internacionales de trabajo sobre la materia, señala el límite máximo, lo que está diciendo que puede haber jornadas de menos de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho semanales.

c). Señalamiento de recargos por trabajo suplementario y de remuneración adicional.

En el capítulo "Pago del trabajo extraordinario", de la parte motiva, el Tribunal señala la siguiente regla para el pago del trabajo suplementario a los trabajadores sujetos a la jornada máxima legal:

"Para los trabajadores de las secciones que se han sujetado a la jornada de ocho (8) horas por no ser discontinuos ni intermitentes, las tres (3) horas restantes, teniendo en cuenta los sobrecargos legales de que trata el artículo 1º de la Ley 64 de 1946 y el párrafo 3º del artículo 3º de la Ley 6ª de 1945".

En el mismo capítulo manifiesta el Tribunal que los trabajadores que desempeñan labores discontinuas o intermitentes y que enumera taxativamente, tienen derecho a que la Clínica les reconozca y pague una remuneración adicional equivalente, siempre que se hubiere pactado o llegare a pactarse tal adición, sin determinarla. Al efecto da esta otra regla:

"Los trabajadores que ejerzan o hayan ejercido actividades discontinuas o intermitentes dentro de la Clínica de Marly, tendrán derecho a que se les reconozca una remuneración adicional por toda hora que pase de las ocho (8) diarias o de las cuarenta y ocho semanales de un 20% si fuere diurna y de un 35% si fuere nocturna."

El recurrente afirma que el Tribunal de Arbitramento violó en esta parte el párrafo 3º del artículo 3º de la Ley 6ª de 1945 y el artículo 1º de la Ley 64 de 1946.

El párrafo 3º citado considera como período nocturno el comprendido entre las ocho de la noche y las cuatro de la mañana siguiente; establece una remuneración para el trabajo realizado ordinariamente en dicho período, que subdivide al efecto en dos partes: la que transcurre entre las ocho y las doce de la noche, y la que transcurre de esta hora en adelante hasta las cuatro de la mañana, asignándole a la primera el 25% sobre el valor del trabajo diurno, y a la segunda, el 50% sobre el mismo valor; fija recargos del 25% y del 50% para el trabajo suplementario ejecutado en período diurno o nocturno, respectivamente, y, por último, permite al patrón y al trabajador estipular una "remuneración adicional" equitativa cuando se trate de labores discontinuas o intermitentes, en que la jornada puede ser de doce horas y aún de más, si el trabajador reside en el sitio del trabajo, o de actividades no susceptibles de limitación en la jornada o que deban regirse por normas especiales.

El artículo 1º de la Ley 64 de 1946 considera como período diur-

no el comprendido entre “las seis (6) horas y las diez y ocho (18) horas”, y como periodo nocturno el comprendido entre “las diez y ocho (18) y las seis”. Y dispone que el trabajo efectuado ordinariamente en el periodo nocturno se pague con un recargo del 35% sobre la jornada ordinaria diurna.

El Tribunal Supremo estima que el laudo arbitral no hizo cosa distinta de aplicar a los trabajadores de la Clínica, sujetos a la jornada máxima legal diurna o nocturna, pero que en la práctica hayan rendido o rindan un trabajo suplementario, lo dispuesto sobre **recargos** en las leyes mencionadas. Y a los trabajadores de la misma Clínica, obligados a una jornada especial, en razón de la discontinuidad o intermitencia de sus labores, lo dispuesto sobre **remuneración adicional**, en la parte final del parágrafo 3º del artículo 3º de la Ley 6ª de 1945, sin más novedad que la de fijar, conforme a la equidad, una necesaria base para liquidarla, en caso de silencio de los contratos a este respecto.

Quizá el Tribunal incurrió en un error de método al tratar de la remuneración adicional en el capítulo relativo a una cuestión tan diferente como es el pago de recargos por trabajo suplementario. Pero ello, desde luego, no basta para invalidar su fallo.

d) Calificación de la naturaleza de las labores de los trabajadores de la cocina, de las asistentes y de los encargados de la caldera.

El Tribunal de Arbitramento consideró que la labor de las trabajadoras de la cocina (excluidas las que atienden el comedor o “meseras”), de las asistentes diurnas y de los encargados de la caldera es continua, y que la de las trasnochadoras es discontinua o intermitente.

En concepto del recurrente esa conclusión implica falta de información y es una consecuencia del procedimiento arbitrario usado por el Tribunal para allegar los datos correspondientes.

Así, en cuanto a las trabajadoras de la cocina, hace el reparo de que sin previo aviso se llevó a cabo una inspección ocular a las siete de la mañana, diligencia en la cual fueron interrogadas dos personas, de cuyas respuestas y de la forma como el Tribunal vio ejecutar el trabajo únicamente a esa hora, que es la de mayor actividad, dedujo que la labor de los trabajadores de la cocina era continua y que por tanto no podía exceder de ocho horas en el día o de cuarenta y ocho en la semana. Agrega que el Tribunal no quiso visitar esa dependencia a otra hora, a pesar de haberlo solicitado el árbitro de la empresa, doctor Gámez Macías, con el fin de demos-

trar cómo la referida labor es por su propia naturaleza intermitente, discontinua, ya que a los momentos de intensa ocupación suceden otros de ocio.

De las asistentes o grupos de trabajadoras de uniforme blanco que tienen a su cargo el aseo personal de los pacientes y el de los cuartos, dice que también realizan una labor discontinua o intermitente. El Tribunal, sin embargo, la considera continua porque al practicar la inspección ocular, en las primeras horas de la mañana, cuando las asistentes suelen iniciar su tarea ordinaria, observó mucha actividad. Pero no tuvo en cuenta que luego viene un período de descanso, apenas interrumpido por algunas llamadas de los dos o tres pacientes que atienden.

Respecto de las trasnochadoras sostiene que la inspección ocular tampoco sirve para comprobar la forma habitual de ejecución de sus labores, porque cuando se efectuó, ya habían entregado su turno a las asistentes diurnas, pero que en todo caso el Tribunal de Arbitramento obró muy a la ligera al calificar como de naturaleza continua la labor de éstas, y de intermitente la de aquéllas, con el sólo argumento de que en la noche son excepcionales las operaciones en la Clínica. En realidad, dice, el trabajo de noche es igual al diurno.

Acerca de los encargados de la caldera cree el recurrente que tampoco acertó el Tribunal de Arbitramento al fijarles una jornada de ocho horas, siendo sus funciones intermitentes, mucho más que la de los choferes, pues su función no es otra que la de vigilar la aguja del manómetro y el tubo del aceite y avisar tan pronto como la aguja deje de subir al sitio que se ha marcado o cuando el aceite descende del nivel indicado.

En el acta número 1 correspondiente al 2 de julio de este año (folios 62 a 64), el Tribunal decretó por unanimidad la visita o inspección a que alude el recurrente; señaló el día 5 del mismo mes para practicarla y ordenó que se diera aviso de ello al Gerente de la Clínica y al Presidente del Sindicato.

Según consta en el acta que obra a folios 66 y siguientes, en el día anunciado se llevó a cabo la inspección en presencia del Gerente de la Clínica, doctor Miguel Capasso, del abogado de la misma, doctor Mario Barrios y del Presidente del Sindicato, señor José Joaquín Infante, a quienes el Presidente del Tribunal advirtió que podían pedir las pruebas que creyeran necesarias e interrogar y contrainterrogar a las personas citadas a declarar en la diligencia.

En el curso de esta inspección o visita, continuada el día 7 (folios 82 a 85), el Tribunal oyó las declaraciones de varios trabajado-

res y las de las Reverendas Hermanas Angelita, jefe de cocina, y Cecilia de la Trinidad, jefe de enfermeras, y observó directamente la ejecución de casi todas las labores, cuya naturaleza calificó luégo.

Es verdad que no se tomó juramento a los informantes. Pero considera el Tribunal Supremo que cuando se trata de resolver cuestiones económicas, caso en el cual los árbitros reemplazan a las partes y no ejercen funciones judiciales, no son indispensables formalidades procesales como esa.

Por lo demás, la prueba se decretó y se produjo en debida forma y sin perjuicio de ninguna de las garantías reconocidas por la ley a las partes. Y si bien pudo ser más completa, por ejemplo mediante la repetición de la visita a las respectivas dependencias, esta corporación halla satisfactorias las siguientes consideraciones expuestas en el acta número 3 y en la parte motiva del fallo, en relación con las labores de las trabajadoras de la cocina, de las asistentes diurnas y de las trasnochadoras:

“Que las trabajadoras de la sección de cocina, en la cual están comprendidas todas las dependencias y subdivisiones que la administración ha hecho para el regular funcionamiento de este servicio estaban en continua actividad y para mayor información de lo que ocurría en el curso del día interrogamos a la Reverenda Hermana Angelita, jefe de la cocina, quien nos explicó ampliamente el sistema de organización desde los comienzos de las labores a las siete de la mañana por la generalidad de las trabajadoras hasta las siete de la noche en que termina la jornada de trabajo. Según lo observado directamente por los suscritos árbitros, las informaciones imparciales de la Reverenda Hermana Angelita y la exposición de la tarde anterior, hecha por diferentes trabajadoras, llegamos al convencimiento de que dada la cantidad del personal de enfermos, personal de trabajadores, el sistema técnico de división del trabajo entre las diversas dependencias de la cocina, la actividad y funciones de las veintiuna trabajadoras está organizado en tal forma que su actividad no es semejante ni parecida al servicio de cocina de las casas de familia, sino que tiene el carácter industrial y técnico que obliga a las trabajadoras a rendir su labor en forma constante y variada; en tal modo que escasamente cuentan con períodos intermedios muy escasos para tomar los alimentos, de acuerdo con la información que aparece en la visita ocular anterior y que fue ampliada por la Reverenda Hermana Angelita. Con todo, la sección de comedor parece ser la más descansada al servicio de dos meseras que cumplen un horario de trabajo incluido en el acta anterior para atender la clien-

tela, el personal de internos de cierta categoría. Además atiende el arreglo del comedor, el aseo del mismo y de un patio inmediato al comedor.”

“Que el personal de enfermeras que prestan sus servicios en la jornada diurna, comprendida entre las siete de la mañana a las siete de la noche, entre las cuales pudimos observar las llamadas anestesistas (que atienden la sala de cirugía) y las de servicio asistencial. Estas últimas tienen a su cargo por disposición de la Clínica tres enfermos, sea en el pabellón de maternidad o en los demás pabellones; excepcionalmente, cuando se trata de un enfermo muy grave se lo confían a una sola enfermera que en ese caso no está obligada a atender más enfermos. Por grupos prestan servicios de guardia cada dos días en turno riguroso; en este caso bajan a almorzar a las doce del día y regresan a las doce y media. Cuando no tienen guardia bajan a almorzar a las doce y media a una de la tarde y regresan a su trabajo a las dos de la tarde. Estas declaraciones fueron hechas por dos enfermeras en esta visita, lo que venía a confirmar lo expresado en la visita anterior por varias enfermeras, quienes nos explicaron cómo cumplían sus labores diariamente: desde su entrada al trabajo se preocupan por el aseo y ropaje de los enfermos, cumplir las prescripciones médicas, aplicándoles las inyecciones y dándoles los medicamentos ordenados. Como se trata de tres enfermos, cuando no están ocupadas con uno de ellos, tienen que atender a los otros y estar en permanente vigilancia sobre el estado de los enfermos. No podría decirse que esta labor les permitiera un reposo adecuado, sino por el contrario una actividad y celo como los exigen los enfermos sobre todo cuando se tienen tres a su cuidado. Y en la sala de maternidad, además de atender a las madres, tiene que atender al cuidado de los recién nacidos. Por lo que pudimos observar en esta ocasión como en otras que hemos entrado en la Clínica en forma particular, como por las informaciones de las interrogadas, llegamos al convencimiento de que la actividad del personal de enfermeras diurnas no es discontinua, teniendo en cuenta las funciones que les tienen asignadas y que ellas ejercen.”

“En cuanto al servicio asistencial nocturno el que es prestado por enfermeras denominadas trasnochadoras externas, no disfrutan de servicio de alimentación ni residen en el mismo lugar y han estado sometidas a una jornada de doce horas diarias, comprendidas desde las siete de la noche a las siete de la mañana, sin ningún refrigerio o servicio alimenticio que les permita guardar la vigilia en las mejores condiciones de salud. El servicio prestado por las enfermeras

denominadas trasnochadoras no tiene sin embargo la misma continuidad, sino por el contrario una marcada intermitencia comparado con el servicio asistencial diurno, porque en la noche excepcionalmente hay operaciones, los enfermos en general duermen y se observa relativa tranquilidad en la Clínica durante la noche, lo que les permite a estas enfermeras una actividad discontinua o intermitente durante la noche. Con todo, por tratarse de un servicio nocturno ordinario que ha venido siendo remunerado desde hace varios años por tres pesos (\$ 3.00), cada turno que prestan las enfermeras denominadas trasnochadoras, el Tribunal no puede autorizar el máximo de las doce (12) horas que prevé el legislador para el servicio discontinuo o intermitente diurno porque sería faltar a las más elementales normas de equidad y de justicia. Por lo tanto el Tribunal establece como máxima jornada para el servicio asistencial nocturno prestado por las enfermeras trasnochadoras, turnos de once (11) horas o de sesenta y cuatro (64) semanales.”

En cuanto a los encargados de las calderas, basta la descripción que de sus labores hace el recurrente para justificar la calificación de continuas que les da el laudo arbitral, ya que es fácil suponer el peligro en que estarían tales calderas si no se tuviera el cuidado de observar a cada instante la situación de la aguja y del aceite. Por lo mismo se explica que la Clínica tuviera establecidos turnos de siete horas en esta sección, según se infiere de la declaración de Amadeo Herrera, visible al folio 71.

e) Pago de prestaciones anteriores.

Las declaraciones recibidas en la inspección o visita practicada en los días 5 y 7 de julio, formaron en el Tribunal la convicción de que la Clínica adeuda la sobrerremuneración por trabajo efectuado en los días domingos de cada mes y en los demás días de fiesta legal durante todo el tiempo posterior al 16 de octubre de 1944, fecha en que comenzó a regir el Decreto 2350 de ese año, hasta un año antes del fallo, en que no se concedieron sino dos descansos dominicales ni se otorgaron descansos compensatorios ni se pagaron las sobrerremuneraciones correspondientes.

A la enfermeras “trasnochadoras”, a quienes no se consideraba vinculadas a la Clínica por medio de un verdadero contrato de trabajo, y que, por tanto, no disfrutaron siquiera de los dos descansos efectivos concedidos a los otros trabajadores en el referido lapso, el Tribunal les reconoce derecho respecto de los domingos y días feriados “en que en forma sumaria demuestren haber prestado este

servicio". Además dispone que, "como la Clínica es la única que lleva el dato exacto de los turnos trabajados por cada enfermera trasnochadora durante todo el tiempo anterior hasta la fecha para los efectos de la liquidación y pago de este trabajo la Clínica queda obligada a presentar los libros de contabilidad y los auxiliares para facilitar la prueba correspondiente bajo la sanción de que de no hacerlo se entenderá por cierta la afirmación bajo juramento de la trabajadora interesada de haber prestado sus servicios en los días domingos y feriados, si por otra parte queda demostrado que estaba trabajando o prestando turnos en la Clínica en el tiempo a que se refiere la reclamación".

De otras trabajadoras, como las del servicio asistencial diurno, aseo y cocina, dice que "tenían que ejecutar ciertas labores o prestar ciertos servicios..., antes de entrar a gozar de parte del descanso en los domingos, y aún regresar temprano a la Clínica".

En consecuencia, establece las siguientes reglas para la liquidación de las sumas que la Clínica debe por concepto de trabajo en días domingos y de fiesta legal:

"1ª) Que todo trabajador de la Clínica que se halle actualmente al servicio de ella o que haya dejado de serlo, tiene derecho a que se le paguen los días domingos y feriados si demuestra que prestó sus servicios de trabajador en el tiempo en que la Clínica sólo tenía establecidas dos salidas al mes, por concepto de descanso dominical y durante todo el tiempo de servicio en que haya habido días de fiesta obligatoria, que prescribe la ley, por el simple hecho de estar en este tiempo en vigencia el contrato de trabajo entre la Clínica y el trabajador reclamante, en forma verbal o escrita;

"2ª) Que se presume que con anterioridad al último año a partir de la fecha se le deben a todos los trabajadores de la Clínica de Marly, dos domingos por cada mes que hayan prestado sus servicios y desde la fecha que la ley estableció el descanso dominical remunerado o sea desde el 16 de octubre de 1944;

"3ª) Que respecto a las enfermeras trasnochadoras se les adeuda hasta la fecha la totalidad de los descansos dominicales y la sobrerremuneración por haber prestado sus servicios en estos días, así como también todos los días de fiesta cívicos, que de acuerdo con el sistema de turnos regula las relaciones con la empresa y con la regla que se establecerá más adelante sobre descanso dominical, para las enfermeras trasnochadoras;

"4ª) Que la presunción establecida en el numeral 2º sólo puede desvirtuarse con el correspondiente recibo de pago firmado por el

trabajador de haberle sido pagado o reconocido el descanso dominical, días cívicos, etc."

En cuanto a trabajo suplementario, manifiesta el Tribunal que está plenamente demostrado "que los trabajadores del servicio asistencial diurno o nocturno, servicio de cocina, servicio de aseo, choferes de la ambulancia y de la camioneta, trabajadores del jardín, han tenido desde la vigencia de la Ley 6ª de 1945 hasta la fecha una jornada no inferior a once (11) horas diarias y las trasnochadoras doce (12) horas durante la noche, sin ningún descanso intermedio para tomar alimentos, de lo que sí han gozado los demás trabajadores de las citadas secciones anteriores, lo cual significa que además del reconocimiento del descanso dominical que se adeuda y de los días feriados debe reconocerse a dichos trabajadores el pago del tiempo suplementario en la forma establecida por la ley".

De consiguiente, ordena el pago de tres horas extras a los trabajadores cuyas labores no hubieran sido discontinuas o intermitentes, teniendo en cuenta los recargos legales y por el tiempo comprendido entre la fecha de la vigencia de la Ley 6ª de 1945 hasta la del fallo.

En lo tocante a remuneración adicional, igualmente ordena que sea pagada por el mismo tiempo a los trabajadores que hubiesen desempeñado labores discontinuas o intermitentes, liquidándola a razón de un 20% y de un 35% por cada hora diurna o nocturna, respectivamente, que excediera de ocho al día o de cuarenta y ocho a la semana, y siempre que apareciere haberse pactado la adición.

Sin embargo, los árbitros, ante la imposibilidad de hacer una condenación en concreto, se limitaron a declarar el derecho de los trabajadores de la Clínica de Marly al pago de lo que se les debe por concepto de trabajo en días domingos y de fiesta legal, trabajo suplementario y remuneración adicional, y a dar las reglas que deben seguirse para efectuar las liquidaciones correspondientes. Al respecto aparece la siguiente manifestación en la parte motiva:

"El Tribunal no puede condenar en concreto a pagar a cada trabajador por parte de la Clínica de Marly una cantidad líquida de dinero por concepto de trabajo en días domingos y feriados y por el reconocimiento del descanso obligatorio según la ley, por la sencilla razón de que carece de pruebas sobre los trabajadores que hayan prestado ese servicio, el tiempo desde que vienen prestándolo, las horas extras en que han trabajado algunos servidores; pero sí puede afirmar con plena certidumbre de que la Clínica está en mora de pagar domingos y días feriados a los trabajadores de las diver-

sas dependencias y secciones con excepción del servicio de administración. Este convencimiento se fundamenta entre otras razones en la manifestación expresa de todos los trabajadores que fueron citados en la visita del Tribunal el cinco de los corrientes que al ser interrogados en presencia del Gerente de la Clínica de Marly, el Presidente de la Junta Directiva, el abogado de la empresa, el Presidente del Sindicato, afirmaron en forma categórica haber trabajado en días domingos y feriados durante determinado tiempo, sin haberseles reconocido remuneración alguna ni por haber trabajado en dichos días ni por concepto de descanso obligatorio. Los representantes de la Clínica estuvieron en todo de acuerdo con lo expresado por los trabajadores sobre estos hechos, y por otra parte, es evidente y de acuerdo con la naturaleza del servicio prestado por la Clínica a los clientes que por ser regular y continuo, necesariamente el personal de trabajadores ha tenido que prestar sus servicios en estos días, en la forma expuesta por los interrogados y en armonía con las consideraciones anteriores."

Según el ordinal 1º de la parte resolutive "la regulación de la cuantía se hará por un procedimiento análogo al establecido en el artículo 553 del C. J. en armonía con el nuevo Código del Procedimiento del Trabajo. Si la liquidación fuere infundada se tendrá en cuenta la serie de presunciones y reglas especiales que da la parte motiva del fallo".

El Tribunal Supremo estima razonable los argumentos que exponen los árbitros para condenar a la Clínica de Marly al pago de las prestaciones sociales de que trata el fallo arbitral, causadas con anterioridad a la fecha del mismo. Advierte, sí, que algunas de las reglas de procedimiento que da el Tribunal para establecer el derecho al pago de dichas prestaciones, por ejemplo, las relativas a la prueba sumaria y al juramento decisorio, no son adecuadas al efecto.

Por tanto, las enfermeras denominadas "trasnochadoras", a quienes se refieren especialmente dichas reglas, pueden probar, como los demás trabajadores de la Clínica, su derecho a las prestaciones que les reconoce el laudo, con cualquiera de los medios ordinarios de prueba que juzguen conveniente escoger, sin perjuicio del derecho de la empresa, reconocido por la ley, a intervenir en la producción o práctica de las pruebas, o contraprobar, es decir, que no debe ser con una "prueba sumaria" como lo dice el fallo arbitral. Entre esas pruebas pueden solicitar la práctica de una exhibición con inspección ocular a los libros de la Clínica, o también deferir al juramento decisorio de su gerente, o la empresa deferir al de los trabajadores.

Pero no resulta legal y jurídico imponer un juramento de esa naturaleza como obligatorio y a manera de sanción a una de las partes.

OBSERVACIONES FINALES

El Tribunal Supremo observa que el de Arbitramento, al decidir lo relativo a la creación de una Comisión o Tribunal Permanente de Conciliación y Arbitraje, materia del punto 8º del Pliego de Peticiones, se apoyó en el artículo 59 de la Ley 6ª de 1945 para negarse a resolverlo favorablemente y sólo accedió a crear una Comisión Permanente de Conciliación encargada de proponer soluciones amistosas "de todos los conflictos individuales de trabajo que se originen por motivo de la aplicación del presente fallo arbitral". Como ese artículo 59 estaba ya suspendido cuando se profirió el laudo, en virtud del artículo 155 del Decreto 2158 de 1948, sobre procedimiento en los juicios del trabajo, y en cambio estaba vigente el artículo 139 de este Código Procesal, que permite estipular en las convenciones colectivas y por tanto en los fallos arbitrales que tienen igual carácter, el establecimiento de la especie de Tribunales o Comisiones Permanentes de Arbitraje, como la contemplada en el referido Pliego de Peticiones, se concluye que la decisión arbitral al respecto fue ilegal, incompleta e incongruente. Lo primero, porque se fundó en una disposición legal suspendida; lo segundo, porque no decidió sino parcialmente una de las cuestiones que le fueron sometidas, y lo tercero, porque reconociendo derechos a los trabajadores de la Clínica en su fallo, creó un organismo ineficaz para darle cumplimiento, ya que sólo lo faculta para presentar fórmulas amistosas de solución en los conflictos individuales que surjan con motivo de su decisión.

Si, como es de suponer y lo prevé el laudo, de su aplicación se suscitaren conflictos individuales, lo lógico es que haya quién los dirima plenamente. Una Comisión de Conciliación, encargada de proponer simples fórmulas de arreglo, no es la más indicada para ello.

Desde luego, bien puede el conflicto ir a los jueces comunes. Pero también puede crearse, para decidirlo, un Tribunal Permanente de Conciliación y Arbitraje, como lo solicitan los trabajadores, lo cual naturalmente queda al libre criterio del Tribunal Especial de Arbitramento, y de allí que el Tribunal Supremo no se incline por una u otra fórmula. El Tribunal Especial de Arbitramento de Marly bien puede escoger una de las dos vías. Lo inaceptable es que sólo contemple la etapa conciliatoria.

Auncuando este aspecto del fallo no fue objeto de reparo de ninguna naturaleza por parte del recurrente, la corporación ha creído del caso examinarlo, en virtud de la facultad que le confiere el inciso final del artículo 143 del Código Procesal del Trabajo que dice:

“Si el Tribunal hallare que no se decidieron algunas de las cuestiones indicadas en el decreto de convocatoria, devolverá el expediente a los árbitros, con el fin de que se pronuncien sobre ellas, señalándoles plazo al efecto, sin perjuicio de que ordene, si lo estima conveniente, la homologación de lo ya decidido.”

En consecuencia, habrá de enviarse el expediente al Tribunal Especial con el fin de que estudie el punto 5º del Pliego de Peticiones de acuerdo con las disposiciones legales vigentes, según las anteriores consideraciones.

Se observa, asimismo, que en la parte motiva del fallo (folio 143) se ordena pasar copia de la sentencia al Departamento Nacional del Trabajo para que “por su conducto se envíe a los jueces del ramo, a fin de que sancionen con multas el incumplimiento de las leyes sociales”, a tiempo que, según el artículo 111 del mismo Decreto 2158, la imposición de multas o apremios, en tales casos, corresponde privativamente a los empleados de que trata el artículo 5º de la Ley 75 de 1945, o sea a los Inspectores del Trabajo.

Además, el ordinal 9º de la parte resolutive del laudo dispone sancionar el incumplimiento de las obligaciones que de él emanen, de acuerdo con el artículo 70 de la Ley 6ª de 1945, que estaba suspendido cuando se profirió y lo está actualmente por haberlo sustituido el artículo 111 del Decreto 2158 de 1948 (artículo 155 de éste). En consecuencia, habrá de reformarse el laudo en lo pertinente para acomodarlo a las nuevas disposiciones legales.

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,

RESUELVE:

1º Decláranse exequibles los ordinales 2º, 4º, 6º, 7º y 8º del laudo proferido el 12 de julio del año en curso por el Tribunal de Arbitramento de la Clínica de Marly, S. A., de esta ciudad, que se constituyó de acuerdo con el Decreto Ejecutivo número 1994 del 8 de junio también de este año;

2º Decláranse igualmente exequibles los ordinales 1º y 3º del citado laudo, con las siguientes modificaciones:

Primera. Respecto del ordinal 1º se modifican los considerandos del laudo arbitral que establecen un juramento decisorio obligatorio como sanción a la Clínica Marly, S. A., y autorizan la prueba sumaria para acreditar derechos de los trabajadores, y, en su lugar, se ordena tener en cuenta las normas sobre medios ordinarios de prueba, de que trata la parte motiva de la presente providencia;

Segunda. En relación con el ordinal 3º se excluye a las trabajadoras del comedor, o “meseras”, de la jornada ordinaria de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales fijadas para el personal de la sección de cocina, por ser su labor discontinua o intermitente.

3º Es inexecutable el ordinal 5º de aquel laudo, en cuanto por él se decidió en forma ilegal e incompleta el punto 8º del Pliego de Peticiones del “Sindicato de Trabajadores de Hospitales, Clínicas y Similares de Cundinamarca”, que dio origen al conflicto, y en consecuencia, se ordena devolver el expediente al Tribunal de Arbitramento para que lo resuelva en forma legal, según las consideraciones hechas en la parte motiva de la presente providencia, dentro del término de cinco días.

4º Es inexecutable el ordinal 9º del referido laudo, en cuanto por él se establecen sanciones a las partes por incumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo, con base en el artículo 70 de la Ley 6ª de 1945, que estaba suspendido cuando se profirió y lo está actualmente, y, además, sería de aplicación improcedente a las infracciones de laudos arbitrales, si estuviese vigente. Se modifica la orden dada en la parte motiva del laudo, de que se envíen copias de él al Departamento Nacional del Trabajo con el fin de que sancionen las infracciones de las leyes sociales en que haya podido incurrir la Clínica de Marly, S. A., en el sentido de que el envío debe hacerse a los Inspectores del Trabajo y no a los jueces, de acuerdo con el artículo 111 del Decreto 2158 de 1948.

En el Ministerio del Trabajo se depositará con el correspondiente ejemplar del fallo arbitral una copia de la presente providencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la “Gaceta del Trabajo” y devuélvase el expediente al Tribunal de Arbitramento.

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

CASACION



La causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial asume diversas modalidades, que responden a otros tantos conceptos de la violación legal. No es lo mismo la infracción directa de una norma legal que su indebida aplicación, ni ésta puede confundirse con la errónea interpretación. De ahí que la técnica de casación exija que el concepto de la infracción legal se exprese en forma clara; que cada una de las modalidades de esa infracción se proponga separadamente, a fin de que el Tribunal Supremo se encuentre en condiciones de efectuar la confrontación de la sentencia acusada con el precepto legal.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía).

Bogotá, septiembre primero de mil novecientos cuarenta y ocho.

Por medio de apoderado, ante el Juzgado Segundo Seccional del Trabajo de Bogotá, Nisso A. Chalem demandó a la empresa denominada "Fábrica de Sostenes y Fajas AGA", representada por el señor Juan Goldschmidt, a fin de que le reconozca y pague algunas prestaciones sociales.

Adujo como fundamentos esenciales de su demanda los siguientes: Que estuvo al servicio de la dicha empresa desde el año de 1940 hasta 1945; que dedicó toda su actividad personal a la venta de los productos de la fábrica; que obraba bajo las órdenes del Gerente o Administrador de la Empresa, a tal punto que ningún pedido podía considerarse firme sin la aprobación del Gerente, y que su remuneración era un porcentaje sobre el producto de las ventas.

Apoyó en derecho su demanda en la Ley 10 de 1934 y su decreto reglamentario, así como en la 6ª de 1945 y el Decreto 2127 del mismo año.

La parte demandada se opuso a las pretensiones de la demanda.

Con fecha 24 de septiembre de 1946 el Juzgado del conocimiento desató la litis, así: Condenó, por concepto de cesantía, a pagar al demandante la cantidad de doscientos un pesos, setenta y cinco centavos (\$ 201.75), por cinco años de servicio; por razón de vacaciones la suma de cien pesos, ochenta y siete centavos (\$ 100.87) y por concepto de preaviso ciento ochenta y tres pesos, cuarenta y tres centavos (\$ 183.43).

Esta providencia fue apelada para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, entidad que con fecha diez de julio de 1947 falló el negocio y al hacerlo revocó en todas sus partes la recurrida y en su lugar absolvió a la empresa demandada de las peticiones de la demanda.

No conforme con esta decisión del Tribunal Seccional, el apoderado del demandante interpuso el recurso de casación, el cual le fue concedido, y como se le dio la tramitación legal en esta corporación, se va a decidir por medio de la presente providencia.

EL RECURSO

Dice el recurrente:

“El Tribunal violó el artículo 1º de la Ley 6ª de 1945, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea. En efecto, el artículo 1º de la Ley 6ª dice: “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, reglamentos 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 patronos ni menos favorables para los trabajadores, que las señaladas por la ley.”

“Con base en la diferencia entre viajante empleado y viajante

autónomo, que existe en la legislación argentina, el Tribunal sacó la conclusión de que cuando un agente viajero es contratado por una o varias empresas, como su agente de ventas, sin la obligación de observar normas de servicio, ni prescripciones reglamentarias de ninguna clase, y corriendo el agente viajero con el riesgo de la remuneración, por estar ésta subordinada al resultado útil de su trabajo, en el cual goza de plena autonomía e iniciativa el mencionado agente viajero no puede considerarse como sujeto de un contrato de trabajo, sino como un agente comercial autónomo."

"Considera el Tribunal que esto es así porque el elemento subordinación, que es esencial en todo contrato de trabajo, "no consiste en la obligación en que está todo mandatario de conformarse a las órdenes e instrucciones de su mandante, sino en aquella peculiar relación de continuada dependencia o subordinación en que se encuentra, respecto a quien presta obligadamente determinada cantidad de energía de trabajo con respecto a quien se aprovecha de ella en virtud de una remuneración cierta, aunque no siempre determinada". Y agrega el mismo Tribunal que la subordinación jurídica no existe en el caso del agente viajero que presta sus servicios a varios comerciantes o industriales al mismo tiempo, porque ninguno de ellos tiene la posibilidad de fiscalizar y controlar su trabajo, imponiéndole un mínimum de rendimiento y sujetándolo a un estado de dependencia efectiva, es decir, porque no concurren los elementos de dirección y fiscalización".

"En síntesis, para el Tribunal no existe contrato de trabajo cuando un agente de ventas presta sus servicios a varias empresas, sin estar sujeto a horarios ni a reglamentos de ninguna clase y sin tener una remuneración fija, porque en su sentir el elemento subordinación no aparece en forma rígida, ya que el patrono no tiene sobre el empleado una dirección y fiscalización inmediata y efectiva."

"Esta apreciación que parece ser exacta en la legislación argentina carece de fundamento a la luz de las disposiciones o estatutos que entre nosotros regulan el derecho del trabajador. Del texto claro de los artículo 1º de la Ley 6ª de 1945 y de los artículos 1º y 2º del Decreto 2127 del mismo año, se desprende que entre quien presta un servicio y aquel que se aprovecha de ese servicio, mediante una remuneración, bajo su continuada dependencia, existe una relación jurídica denominada contrato de trabajo."

Dice, además, el recurrente, que del examen de las pruebas especialmente de la prueba de la confesión judicial y extrajudicial que contiene el expediente, se adquiere el convencimiento de que el de-

mandante prestó servicios al demandado, de quien recibía instrucciones para cobrar cuentas y hacer efectivas letras de cambio, colocar pedidos de mercancías o de productos de la Fábrica de Sostenes y Fajas "AGA" *ad-referendum*, que el demandado se aprovechaba de esos servicios y le pagaba un porcentaje sobre el producto de las ventas, por su trabajo, que lo despidió de la empresa y que todavía no le ha pagado ninguna clase de prestaciones sociales.

Se examina el cargo.

La causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, según lo ha expuesto en reiteradas ocasiones nuestra Corte Suprema de Justicia, y es cosa aceptada por la jurisprudencia, asume diversas modalidades, que responden a otros tantos conceptos de la violación legal. No es lo mismo la infracción directa de una norma legal que su indebida aplicación, ni ésta puede confundirse con la errónea interpretación. De ahí que la técnica de casación exija que el concepto de la infracción legal se exprese en forma clara y precisa; lo que indica que cada una de las modalidades de esa infracción alegada debe ser propuesta separadamente, a fin de que el Supremo se encuentre en condiciones de efectuar la confrontación de la sentencia acusada con el precepto legal. Por este motivo es equivocado procedimiento el del recurrente cuando señala conjuntamente las diversas modalidades o casos de la violación legal, sin que luego haga la debida discriminación de los eventos de ella.

INFRACCION DIRECTA.—Cuando el texto de la norma legal es absolutamente claro y la sentencia contiene disposiciones en abierta pugna con él, se tiene el caso de la infracción directa. Si el hecho básico del litigio no se discute; si se halla debidamente establecido y no se aplica la norma legal pertinente, o si se aplica a un hecho inexistente, hay violación directa de la ley.

En el caso que se estudia se tiene lo siguiente: La sentencia recurrida parte de la base de que el demandante no trabajaba bajo la continuada dependencia del demandado; que era un trabajador autónomo, que realizaba sus actividades sin sujeción alguna a las órdenes del presunto patrono y que su remuneración era eventual, que dependía exclusivamente de la mayor o menor eficacia de su trabajo.

Para el recurrente, en cambio, el señor Chalem sí era un trabajador con vínculo de subordinación que recibía y cumplía órdenes del patrono, y por consiguiente era un empleado. En su sentir, por el mismo hecho se hallaba vinculado a la empresa demandada por un verdadero contrato de trabajo. Todo esto, según lo dice la pro-

pia demanda de casación, resulta de las pruebas del expediente, y muy especialmente de la confesión del demandado, que no fue debidamente apreciada por el Tribunal sentenciador.

A primera vista salta de la argumentación del recurrente que hay un hecho en discusión: la subordinación del trabajador. Establecida ésta, no hay duda que era un empleado, y si no se le aplicó la disposición del artículo 1º de la Ley 6ª de 1945, es fundada la acusación por infracción directa. Pero como, se expresa antes, esta infracción sólo cabe cuando se trata de hechos no discutidos, por lo que no puede decirse que en el evento que se examina pueda haberse configurado esa violación directa.

APLICACION INDEBIDA.—Según la doctrina de la Corte Suprema la aplicación indebida tiene lugar: 1º “Cuando entendida rectamente una norma en sí misma y sin que medien errores de hecho o de derecho, se hace aplicación de la regla jurídica a un hecho probado pero no regulado por ella, o cuando se aplica dicha regla a ese hecho probado en forma de llegar a consecuencias jurídicas contrarias a las queridas por la ley. 2º Cuando se da como probado un hecho alegado como básico, pero que manifiestamente no ha ocurrido, o viceversa, y, sobre esa base, se aplica la respectiva disposición legal—desde luego de una manera indebida— a un hecho inexistente, o se deja de aplicar a un hecho existente, y 3º Cuando la indebida aplicación proviene de que a una prueba se le ha dado un mérito distinto del que expresamente le atribuye la ley o se le ha dado el mismo que ella le ha fijado, pero fuera de las condiciones o sin los requisitos que la ley exige para que se le estime así.”

En el caso que se examina mal puede sostenerse que hubo indebida aplicación de la norma consagrada en el artículo 1º de la Ley 6ª que define el contrato de trabajo, porque justamente lo que se alega es que habiendo trabajado el demandante bajo la dependencia continuada de la empresa demandada se configuró el factor “subordinación”, y entonces lo que ocurrió fue que dejó de aplicarse esa norma; pero en modo alguno que fue mal o indebidamente aplicada.

ERRONEA INTERPRETACION.—Entiende la Corte Suprema que la errónea interpretación de la ley proviene del equivocado concepto que se tenga de su contenido, independientemente de toda cuestión de hecho. Y como la disposición del artículo 1º de la Ley 6ª es clara, no es que el Tribunal de instancia no haya penetrado en su verdadero sentido o se haya extraviado en su interpretación, pues como lo expresa en forma diáfana en uno de los párrafos primordiales de la providencia recurrida, la cuestión debatida es la relativa al ele-

mento subordinación, no puede afirmarse que incurrió en una equivocada interpretación del texto legal.

“Muy distinto alcance tiene el concepto de la infracción por interpretación errónea (del de violación directa), dice De la Plaza, en su obra “La Casación Civil” (página 215) aunque, como en el anterior debe referirse a la premisa mayor del silogismo; no se trata ya de una cuestión de existencia, subsistencia o determinación del alcance de la norma, sino, lo que es muy distinto, de un error acerca de su contenido. Tiene el organismo jurisdiccional que decidir, cuál es el pensamiento latente en la norma, como medio único de poderla aplicar con rectitud, y ha de inquirir su sentido sin desviaciones ni errores; pues cuando en ellos se incurre, la casación pretende corregirlos, poniéndolos de relieve y subrayando la insuficiencia en el juicio, o el exceso cometido al formularlo. Y la censura de la sentencia, por este concepto específico, no podrá hacerse de otro modo que poniendo de manifiesto el desconocimiento de las normas o principios interpretativos que al Juez se le ofrecieron.”

Se ha expuesto lo anterior para indicar que la demanda del recurrente no se formuló bajo las exigencias de la técnica de casación, porque se está en presencia de una simple cuestión de hecho: si entre el demandante y el demandado hubo un vínculo de dependencia que colocara a aquél en la condición de empleado particular. Y ese elemento “subordinación” no puede examinarse sino al través de las pruebas que fueron allegadas a los autos, y aun cuando la demanda hace particular mención de la confesión del demandado, pero al mismo tiempo habla de todas las demás pruebas, es forzoso decir que la demanda se encaminó mal, pues la manera de llegar a la violación legal alegada habría sido posible mediante el examen del haz probatorio, caso en el cual ha debido acusarse por error de hecho en la apreciación de éstas, y que este error fuera de tal modo ostensible que hubiera conducido al juzgador a infringir el texto legal invocado.

Sabido es que el Tribunal goza de amplia autonomía para apreciar las pruebas, con mayor razón cuanto en el derecho laboral se consagrara expresamente esa libre estimación al determinarse que la tarifa legal no es estrictamente obligatoria, lo que implica que el juzgador puede formar su convencimiento mediante un análisis discrecional de los elementos allegados al juicio; estimación que es intocable en la casación del trabajo, salvo en la ocurrencia del error de hecho o de derecho que haya conducido a la violación legal.

Sostiene el recurrente que el Tribunal violó la ley sustantiva.

por infracción directa, porque para negar la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y el demandado tuvo que ignorar o fingir ignorar el artículo 1º de la Ley 6ª de 1945 y los artículos 1º y 2º del Decreto reglamentario 2127 del propio año. Que de igual manera incurrió el Tribunal en aplicación indebida de la ley sustantiva, porque a pesar de que en la parte motiva de la sentencia reconoce la concurrencia de *hechos probados* (se subraya) que configuran el contrato de trabajo, sacó conclusiones jurídicas distintas de las que imponía una sana interpretación de la norma legal. Y que, además violó la ley sustantiva por interpretación errónea, porque después de fijar y analizar los elementos constitutivos del contrato de trabajo, al aplicarlos al caso en estudio, equivocó la relación jurídica entre el precepto de derecho invocado y el *hecho demostrado* (se subraya).

Como puede observarse, una vez más sobresale de la acusación formulada por el recurrente el factor de hecho, la cuestión del vínculo entre demandante y demandado para configurar el contrato de trabajo que se alega existió entre las partes. Sin embargo, la demanda en este primer capítulo no se endereza por tal camino.

El segundo capítulo, referente a la violación del artículo 12 de la Ley 10ª de 1934 es en el fondo la misma acusación formulada con base en el artículo 1º de la Ley 6ª de 1945, o mejor dicho se apoya en las mismas consideraciones, y parte del supuesto de que está demostrado que entre demandante y demandado existió un verdadero contrato de trabajo.

Por tanto se desechan estos dos cargos.

En el tercer motivo de la demanda ya se trata de "violación de la ley sustantiva por manifiesta apreciación errónea de la prueba" pero no acusa por error de hecho.

Dice en este cargo el recurrente que: "Consta de la sentencia que el Tribunal hizo el reconocimiento de los hechos probados que configuran el contrato de trabajo en los siguientes términos: "En la presente controversia, aparecen plenamente demostrados, como lo reconoce el señor Juez del conocimiento, los siguientes hechos: Que el actor, NISSO A. CHALEM, trabajó para la FABRICA DE SOSTENES Y FAJAS "AGÁ", en calidad de agente viajero de comercio (sic), colocando pedidos de productos de dicha empresa; que la empresa demandada enviaba al agente CHALEM listas de precios de sus artículos y muestras de los mismos; que las operaciones de venta tenía que concertarlas sujetándose a los precios señalados previamente y bajo ciertas condiciones; que CHALEM recibió instrucciones

de la empresa para el cobro de algunas obligaciones de los clientes; que las operaciones de venta no eran válidas sin la posterior aprobación de los pedidos hechos por CHALEM; que la empresa podía desaprobare los pedidos hechos por CHALEM si no estaban ajustados a los precios y condiciones determinados; que el actor recibía como retribución un porcentaje sobre las ventas o negocios concluidos."

Y luego comenta:

"Si en los hechos que se dejan enumerados, que el Tribunal reconoce como plenamente demostrados, se encuentran comprendidos los elementos constitutivos del contrato de trabajo, de acuerdo con las definiciones de nuestro derecho social, resulta innegable que el Tribunal violó la ley sustantiva por manifiesta apreciación errónea de la prueba."

"La prueba de confesión judicial, hecha directamente por el Gerente de la Fábrica de Sostenes y Fajas AGA en posiciones y en una de las audiencias tiene fuerza de plena prueba, lo que quiere decir que también se incurrió en violación de los artículos 604 y 606 del Código Judicial."

De suerte que solamente en este último cargo se señala como mal apreciada la prueba de confesión del demandado, y aun cuando no se acusa por error de hecho, será preciso concretar el examen a ella, no sin observar que el Tribunal para llegar a la conclusión de que el trabajador Chalem no fue empleado del demandado hubo de examinar todo el haz probatorio, puesto que, no obstante haber dado como sentados los hechos que el recurrente destaca en el párrafo que transcribe en su escrito, en seguida hace otras apreciaciones, también basadas en hechos, como el de haber dejado el comisionista transcurrir varios meses sin colocar un solo pedido de mercancía en cada uno de los años de 1941, 1942, 1943 y 1945, circunstancia esta que, entre otras, la sirve de base para desechar el factor de continuada dependencia, dada la forma como actuaba el comisionista en el desempeño de su labor. Puesto que no es dable revisar todo el material probatorio, se examina la única prueba individualizada por el recurrente, que es la confesión del demandado.

Hé aquí lo pertinente del pliego de posiciones que absolvió:

Preguntado: ¿Cómo es cierto, sí o no, que el señor Nisso A. Chalem trabajó con la Fábrica de Sostenes y Fajas AGA, ocupándose en la venta de los productos de la fábrica, en distintas plazas del país, durante el lapso comprendido entre los años de 1940 a 1945? Contestó: Es cierto que trabajó el señor Chalem para la Fá-

brica de Sostenes y Fajas AGA, como comisionista, en algunos departamentos del país, durante un lapso de cinco años aproximadamente.

“Diga, cómo es cierto, sí o no, que el señor Chalem recibía órdenes de usted para la venta de los productos de la fábrica, y que ningún pedido que se hiciera por conducto de mi representado se consideraba firme mientras no tuviera su aprobación como gerente o administrador de la fábrica. Contestó: No es cierto que el señor Chalem recibiera órdenes de parte mía para la venta de los productos de la fábrica, y en cuanto a los pedidos que se hacían a la fábrica por conducto de Chalem no se consideraban firmes mientras no tuvieran la aprobación mía.”

“Diga, cómo es cierto, que el señor Chalem estaba autorizado por usted para cobrar cuentas de la fábrica y también para hacer efectivas letras de cambio de algunos clientes que debían a la fábrica. Contestó: Sí es cierto; pues de vez en cuando lo autorizaba para ello.”

Del análisis de esta prueba se tiene lo siguiente: El demandado confiesa plenamente que el señor Chalem trabajó para la Fábrica de Sostenes y Fajas Aga, como comisionista, durante cierto lapso. En lo cual hay un perfecto acuerdo entre las partes litigantes, y ello no agrega nada para hallar el elemento subordinación, que es el primordial en este negocio.

Dice el demandado que no daba órdenes al comisionista para la venta de la mercancía; pero que los pedidos que fueran hechos a la fábrica no se consideraban en firme sino mediante su aprobación

En esta parte quiere verse configurado el factor dependencia, porque el comisionista colocaba libremente sus pedidos; pero éstos necesitaban la confirmación del gerente de la fábrica para poder ser despachados. También estaba autorizado Chalem para cobrar cuentas de la fábrica. Estas circunstancias le daban el carácter de un verdadera empleado de la empresa?

La noción de subordinación es difícil de fijar en este caso, puesto que dentro de una actividad estrictamente comercial caben también las anotadas circunstancias, sin que de ellas pueda desprenderse que hay una relación de dependencia entre el comisionista y su comitente. Es claro que un agente viajero tiene que someterse a los precios y condiciones que se le han fijado por el dueño de la mercancía; si vendiere en condiciones que no resultaren lucrativas para la empresa y el administrador o gerente no tuvieran la facultad de revisar los pedidos para enterarse de la forma en que

se han efectuado las ventas, se llegaría al absurdo de suponer que el comisionista podría obrar por su cuenta y riesgo, respecto a bienes que no son propios, inclusive ocasionando un detrimento patrimonial a la empresa. Apenas es explicable que dada la índole de las relaciones entre comisionista y comitente, éste tenga que dar instrucciones a aquél para el desempeño de su cometido, y entre ellas, la de revisar los pedidos que sean colocados por el agente no reviste ninguna forma especial de subordinación, sino que encaja lógicamente dentro de la relación comercial, ajena completamente al factor dependencia.

Para el caso del agente viajero es, como ya se ha expresado, una dificultad evidente establecer el elemento subordinación en forma indudable, por la particularidad de no realizarse el trabajo con sometimiento a horarios y vigilancia directa del patrono; pero si ello es así, en cada caso pueden hacerse resaltar determinadas circunstancias para configurar esa dependencia. Por eso dice Gallart que esa dependencia “no exige que el trabajo o el servicio se preste bajo la vigilancia directa del patrono o de sus apoderados o delegados, porque son manifestaciones de la misma en el trabajo prestado fuera de los locales del establecimiento patronal, el compromiso de dedicar a este trabajo toda una parte de la jornada, la aceptación de un programa determinado de gestiones a realizar, la obligación de dar cuenta de las realizadas, la exigencia de la justificación del tiempo, la obligación de un rendimiento mínimo de la labor diaria, y, sobre todo, el monopolio de la actividad del obrero, manifestado en la prohibición de realizar otros trabajos, de la misma índole o de índole distinta, ya en provecho del mismo obrero, ya en provecho de otras personas”.

Y Ramírez Gronda, que en su obra “El Contrato de Trabajo”, al hacer la distinción entre el viajante-empleado y el autónomo, se expresa así:

“No puede ser suficiente para negar tal autonomía, y para originar una subordinación de empleo (*subordinatione impiegatizia*) aquella ingerencia en el control por parte de la firma representada, que es común y connatural con otros contratos, como el mandato, en el cual es siempre facultad del mandante impartir instrucciones y normas directivas de carácter general, y que, en algunas relaciones de mandato y de representación comercial se hacen necesarias para asegurar la más idónea y perfecta ejecución del encargo y el logro de resultados económicos que son de interés común y convergente del mandante y del mandatario.”

“La relación de subordinación de empleo no puede identificarse con la genérica potestad de ingerencia y de control que posee cualquier mandante sobre el representante o mandatario para asegurarse la más idónea y perfecta ejecución del encargo o negocio.”

Se desprende de estas valiosas opiniones que no basta para señalar el vínculo de dependencia o subordinación el hecho de que el agente vendedor reciba instrucciones sobre precios de venta y que los pedidos que llegue a colocar queden sometidos a la condición de la respectiva confirmación del gerente de la empresa, pues esta actividad es propia de la índole del contrato de comisión.

Es bueno observar aquí que jurisprudencialmente carece de importancia el examen amplio de las características que ofrece desde el punto de vista de la configuración del contrato de trabajo el problema de los agentes viajeros, toda vez que ya la ley ha venido a definir la cuestión en forma expresa, como en efecto, lo ha hecho la 48 de 1946, que no deja lugar a dudas sobre el particular. Pero, para los casos anteriores a su vigencia, forzoso es detenerse a analizar en forma individualizada las condiciones o circunstancias en que se realizó la actividad del trabajador para poder definir si obró como empleado, con todas las anejas particularidades de esa situación, o simplemente como comisionista autónomo.

Juega, según se desprende de los términos de la sentencia acusada, otro factor importante en este negocio, pero que no puede ser estudiado a espasio por la corporación, puesto que no es prueba destacada por la acusación, el hecho de haber servido simultáneamente a otra empresa el mismo demandante, cosa que está admitida por éste.

A este respecto son muchos los autores de derecho del trabajo, citados con profusión en el texto de la sentencia, que se pronuncian en favor de la tesis de la no subordinación del agente, por la imposibilidad de hecho de poder atender órdenes de diversos empleadores. Pero también es cierto que algunos expositores participan de la tesis contraria y aceptan la posibilidad de que el trabajador obre bajo una pluralidad de patronos, sin que pierda el carácter de subordinada la labor que realiza.

Y el asunto no ofrece grave dificultad cuando el trabajador se somete a horario determinado, pues, como el tan manoseado caso del profesor, o del contabilista, el elemento subordinación se hace inconfundible desde el momento en que hay una obligación, impuesta por el dador de trabajo, en virtud de la cual debe prestarse el

servicio, en horas determinadas y bajo la vigilancia del patrón.

En el comisionista es diferente la situación. Porque si no se está sometido a prescripciones ciertas en relación con el servicio que debe prestarse, se desdibuja fácilmente la noción de dependencia. Y así tiénese en el asunto que se examina, que, según las voces de la sentencia recurrida, el trabajador dejaba transcurrir varios meses en cada año sin que colocara pedidos de mercancía, lo que claramente indica que no había sometimiento alguno en cuanto al rendimiento del trabajo, y que, por otra parte, estando la remuneración del agente condicionada al volumen de operaciones que efectuara, para el propietario de la mercancía resultaba indiferente que el agente obrase o no con diligencia para la colocación de pedidos, cosa que indica, por otra parte, que tampoco operaba la llamada subordinación jurídica, o sea la posibilidad de dar órdenes al trabajador.

Ahora bien: hay una consideración especial cuando se trata de agentes vendedores al servicio de varias casas comerciales, que hace difícil configurar la noción de dependencia. Si el agente se ocupa de la colocación de mercancía de distintas clases, puede ocurrir, y debe ocurrir muy a menudo, que como el agente vendedor tiene autonomía para escoger la región en donde habrá de efectuar las ventas, dedique su tiempo en ocasiones a trabajar en aquellos lugares en donde tiene mejores facilidades la venta de los artículos de una casa, pudiendo ser nula allí la de los producidos por la otra de donde resultaría una situación anómala, pues al paso que el rendimiento de las ventas favorecería a uno de los presuntos patronos, redundaría en perjuicio del otro la permanencia en tales sitios del agente vendedor. Sin embargo, dentro de una amplia concepción del factor dependencia, el trabajador no se desprendería de su vínculo con el otro patrono, porque no desconocería la posibilidad de recibir órdenes mientras estaba al servicio exclusivo de uno de ellos.

En todo caso, al rededor de este tema es abundante la literatura en uno y otro sentido; pero para el caso que se estudia, no siendo posible entrar a examinar todo el volumen probatorio que corre en autos, por haberse destacado únicamente la prueba de posiciones del demandado, con lo cual se ha limitado el ámbito de apreciación de este Tribunal, la cuestión de la subordinación o dependencia del demandante queda circunscrita a los hechos que emergen de esa prueba: la confirmación de los pedidos, y la autorización para cobrar cuentas de la casa. Y ya se ha dicho que éstos, por sí mismos, no configuran el factor subordinación, y, por consiguiente, la relación contractual entre las partes, fuera de que el fallo acusado con-

sideró que no aparecía demostrado en el presente caso el vínculo de dependencia, por el análisis de otras pruebas, no incluídas en la acusación del recurrente, de modo que aun cuando el cargo acerca de las posiciones fuese fundado, no serviría para infirmar el fallo por cuanto serían suficientes para mantenerlo los demás soportes probatorios, tenidos en cuenta por el Tribunal Seccional.

En mérito de las anteriores breves consideraciones, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de ley, NO CASA la sentencia que ha sido objeto del recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la "Gaceta del Trabajo" y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Diógenes Sepúlveda Mejía. — Cástor Jaramillo Arrubla. — Luis Alberto Bravo. — Bertha Salazar Velasco, Oficial Mayor.

DOMINICALES

Cuando el trabajador alega que trabajó en los días de descanso obligatorio, debe probar que efectivamente los ha trabajado. Porque debe presumirse que el patrono da cumplimiento a los preceptos legales que le prohíben exigir y aceptar trabajo en esos días, y esa presunción ha de destruirse por medio de prueba directa.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

Bogotá, cuatro de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho.

Por medio de apoderado el señor Víctor M. Mora demandó al señor Eustacio Villamarín para que se le condenara al pago de las siguientes prestaciones: auxilio de cesantía correspondiente a la labor que realizó como empleado durante un período continuo de cinco años, tres meses y seis días, sobre la base de un sueldo de \$ 70.00 meusuales; vacaciones remuneradas por el mismo período de tiempo y conforme al mismo sueldo; remuneración del trabajo ejecutado en 272 días domingos y 35 de fiesta nacional, comprendidos en el período indicado y teniendo en cuenta el mismo sueldo; pago de 7.300 horas de trabajo suplementario, a razón de cuatro horas por día, durante el mismo período y con el mismo sueldo, y por último la suma correspondiente a un mes de sueldo por concepto de despido intempestivo.

El peticionario, según la demanda, entró al servicio del demandado, en la "Funeraria Garay" como empleado con funciones varias, el 3 de enero de 1941 y desde esa fecha hasta el 9 de abril de 1946, día este en que se le despidió sorpresiva e injustamente; trabajó no sólo las ocho horas diarias de la jornada legal sino muchas veces hasta otras ocho horas diarias extras. Dijo, además, que había observado buena conducta, que sólo faltó un día por motivo de enfer-

medad y que al tiempo de su retiro ganaba un sueldo de \$ 70.00 mensuales, pagadero por quincenas.

El demandado, al contestar la demanda, manifestó que el actor al principio fue un "simple mandadero ocasional u obrero" de la Funeraria Garay y que sólo en los dos últimos años sirvió como empleado permanente; que en ninguna época trabajó en horas extras; que no observó buena conducta; que se retiró voluntariamente; que su labor fue íntegramente pagada y que sólo se le dejó de reconocer el tiempo en que dejó de concurrir a la Funeraria sin causa justificable. Propuso la excepción de prescripción respecto de la acción por remuneración de horas extras y trabajo en días de fiesta y la de inepta demanda.

El Juzgado Cuarto del Trabajo de Bogotá, que conoció del asunto en primera instancia, condenó al demandado a pagarle al actor el valor de 5.144 horas de trabajo extraordinario comprendido entre las siete y las once de la noche durante 1.286 días, a partir del 3 de enero de 1941 hasta el 18 de febrero de 1945 inclusive, a razón de \$ 0.29 cada hora, más un recargo del 50%; el valor de 372 horas comprendidas de las siete a las ocho de la noche en el lapso del 19 de febrero de 1945 al 9 de abril de 1946, al mismo precio, con un recargo del 25% y el valor de 1.116 horas en el mismo tiempo, comprendidas de las ocho a las once de la noche, con el recargo del 50%. En total, \$ 2.857.95. Declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada y absolvió a ésta del pago de las prestaciones contenidas en los puntos primero, segundo y quinto de la demanda, o sea las referentes a cesantía, vacaciones, dominicales y despido intempestivo.

En virtud de apelación interpuesta por ambas partes subió el proceso al Tribunal Seccional del Trabajo de Cundinamarca, entidad esta que en fallo del 28 de abril de 1947 modificó la providencia apelada en el sentido de condenar al demandado a pagar al señor Mora la suma de \$ 4.960.39 por concepto de las prestaciones sociales y los salarios reclamados; lo absolvió del cargo sobre despido intempestivo, y declaró probada la excepción de prescripción y no probada la de inepta demanda.

Contra el fallo de segunda instancia interpusieron ambas partes el recurso de casación, que concedido, admitido y tramitado en legal forma, es el momento de decidir, a lo cual procede esta corporación.

EL RECURSO DEL ACTOR

El actor formula su demanda en los siguientes términos:

"Yo, Jesús Niño B., abogado titulado, mayor y de esta vecindad, cedulado bajo el número 1905686, de Bogotá, en mi condición de apoderado del actor en este proceso, respetuosamente demando ante usted la setencia que puso fin a la litis, con el fin de que se case sólo en cuanto en ella se sentó una doctrina sobre prescripción, acogiendo la establecida por la Ley 165 de 1941, es decir, de cuatro años, para todo lo referente con el pago de horas extras, días feriados, fiestas nacionales, etc., a que se refiere el libelo, como que tales derechos al cobro, prescriban cuatro años a partir de la fecha en que se van haciendo exigibles y no se cobran, y no desde la fecha en que el trabajador es despedido por el patrón, o en que se rompe el contrato de trabajo, y en su lugar, se acoja la tesis de que tal prescripción de esos derechos y de sus acciones respectivas, sólo debe empezar a contarse desde la fecha en que se rompe el contrato de trabajo por alguna de las partes. Que mientras no suceda esto, bien puede el trabajador dejar esos salarios en poder de su patrón como un ahorro para cuando salga ya voluntaria o forzadamente de la empresa. Me parece la doctrina debe aceptarse así, pues favorece más al trabajador, y ya sabemos que en materia de interpretación de la ley, ésta ordena, que en todo caso debe estarse a la interpretación que mejor se acomode a garantizar los derechos de los trabajadores. Pido que en todo lo demás se confirme la providencia recurrida, y que si se sienta la nueva doctrina, que es la justa, se adicione la liquidación hecha en forma magistral por el honorable Tribunal Seccional del Trabajo, pues todos los demás argumentos honran a dicha entidad."

"SON HECHOS LOS SIGUIENTES:

"1º—Como fundamentos de hechos, tenemos: es evidente que al admitir una interpretación distinta de la ley en cuanto se relaciona con los derechos cuya doctrina solicito sea cambiada, perjudicaría gravemente a los trabajadores, pues, que lo (sic) haría perder sumas considerables que ellos no cobran al patrón mientras esté (sic) a su servicio, ya por dejarlas allí voluntariamente como un ahorro, ya por no predisponer su ánimo en su contra.

"2º—La sentencia recurrida por mí, es violatoria de la ley sustantiva, por errónea interpretación de ella, en cuanto con esa interpretación, hace más gravosa la situación de los trabajadores, a cuyo beneficio tienden las leyes del trabajo.

"3º—La sentencia no está en consonancia con las pretensiones deducidas oportunamente en el proceso.

"4º—Por otra parte, hubo una errada interpretación de la prueba, al no estimar también como parte del sueldo, la suma de dos pesos cincuenta centavos (\$ 2.50) m/c., que el trabajador recibía diariamente en distintos factores diferentes del salario, según lo declara el testigo de la parte demandada, señor Jorge Gutiérrez Rubiano, al folio 25 vto. del expediente, con lo cual la cuantía aumenta casi en una tercera parte.

"Es este un elemento de derecho, que el señor Magistrado debe apreciar, y regular sobre esas bases la cuantía del presente juicio.

"Dejo en estos términos propuesta mi demanda de casación, y pido al señor Magistrado que modifique tanto la doctrina sobre prescripción sentada por el H. Tribunal, como el aumento de la cuantía de las prestaciones demandadas, agregando el valor de los dos pesos cincuenta centavos que diariamente recibía mi mandante fuera del sueldo ordinario."

El apoderado del demandado, opositor en este recurso, se refiere al memorial anterior en los siguientes términos:

"El memorial en referencia no alcanza a constituir siquiera una demanda común, según se establece en el artículo 205 del Código Judicial, y muchísimo menos una demanda propia del recurso de casación, al tenor del artículo 531 ibídem, ya que este precepto exige algunos requisitos especiales, que pasamos a examinar someramente.

"1º—Que se haga un resumen de los hechos materia de la controversia.

"No hace el actor el resumen de los hechos generales del juicio y especialmente de aquellos que tengan relación directa con los motivos que pretende hacer valer en casación para tachar la sentencia. La ley no exige este requisito por mero capricho, sino por la muy sencilla razón de que en este recurso extraordinario no puede dejarse al Tribunal Supremo la labor que corresponde al recurrente, de indicar los hechos fundamentales de las causales y peticiones. Por eso no se exige a quien debe responder la demanda, porque éste no sirve de guía necesaria en la actividad jurisdiccional.

"2º—Expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma precisa los fundamentos de ella.

"Aunque el actor tampoco tuvo el cuidado de indicar las causales en que apoya su solicitud, podríamos suponer, sin embargo, que tuvo la intención de invocar la causal primera del artículo 520 al decir que el Tribunal Seccional violó la ley sustantiva por errónea

interpretación y que apreció erróneamente algunas pruebas, y la causal segunda al expresar que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones aducidas oportunamente por las partes.

“Pero, a pesar de ese supuesto, no existen en el memorial comentado las razones o los argumentos que puedan hacer admisibles las causales invocadas. Así, cuando afirma la violación de ley sustantiva por errónea interpretación apenas se limita a decir que las consecuencias de ese error son perjudiciales para el trabajador, sin indicar *precisa y claramente* (según lo ordena el artículo 531) en qué ha consistido tal error y cuál sea la verdadera interpretación de la norma, que, por lo demás, no fue señalada. Decir que una cosa debe ser de tal manera no es indicar el *por qué* de ese estado que se desea, que es lo que exige en el presente caso la ley. Si la prescripción debe contarse a partir de un determinado hecho y no de otro, deben darse forzosamente las razones fundamentales para aceptar aquéllo y rechazar ésto.

“Más lejos aún de constituir una sustentación de la causal 1ª está el cargo que formula a la sentencia de contener apreciación errónea de pruebas, ya que es bien sabido que debe siempre demostrarse la existencia de un error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos o un error de derecho y, como requisito esencialísimo, que el error conduzca a la violación de ley sustantiva en relación de causa a efecto. La mera afirmación (y aun la confirmación) de que existe un error en la apreciación de pruebas, no conduce por sí a que sea infirmado un fallo si la violación no se demuestra. Por otra parte, tanto en este caso como en aquellos en que la violación no se basa en las pruebas, ha de tenerse la seguridad de que por otro camino no sería sostenible la parte resolutive del fallo que se impugna.

“Tampoco sobra anotarle a la demanda que esas dos clases de errores son absolutamente diferentes, siendo excepcional el evento en que puede prosperar la tacha de una prueba por error de derecho en litigios del trabajo, por no ser estricta la observancia de la tarifa legal. En todo caso, es necesario escoger y analizar con precisión la clase de error para establecer una perfecta relación lógica entre éste, la norma sustantiva y la resolución de la segunda instancia.

“En cuanto a la causal 2ª, basta con anotar que el actor apenas incluye en su escrito el texto exacto del artículo 520, sin sustentarla o fundarla en forma alguna. Por lo demás, y aunque sería ésta una tacha de fondo que no sería del caso formular al demostrar la inep-

titud de la demanda, podría afirmar que el recurrente está dándole un extraño significado a la causal 2ª, relativo a mayor o menor cuantía de las pretensiones en juego, lo cual está muy ausente de la verdadera interpretación de esa causal.

“3º—Citar los textos legales que el recurrente estime infringidos.

“Es este el punto cardinal del recurso de casación y en especial de la causal primera, en donde radica toda su técnica. Podría el Tribunal, haciendo uso de las atribuciones que tiene para interpretar la demanda, examinar los puntos anteriores a fin de admitirlos como si estuviesen ajustados a la ley y a la naturaleza del recurso. Pero en cuanto al punto examinado no puede ser elástico que concluya reemplazando al actor en la búsqueda y determinación exacta de las normas legales violadas y el sentido en que lo han sido, desnaturalizando aquel medio extraordinario de impugnación, que tiene por fin único examinar la juridicidad de un fallo de segunda instancia con la guía acertada del interesado, ya que la actividad jurisdiccional del Tribunal no podría ponerse en movimiento sin una minuciosa indicación por parte del recurrente de los precisos caminos que deben seguirse hacia la casación y el reemplazo de la sentencia.

“En el presente caso, el autor del libelo apenas se limita a citar la Ley 165 de 1941 que, como es bien sabido, contiene varios preceptos relativos a cuestiones perfectamente diferentes, pero no indica con exactitud cuál de éstos ha sido violado ni el motivo de esa violación. Si fuera admisible esa mera cita, bastaría con indicar en una demanda referente a asuntos del trabajo que ha sido violada la Ley 6ª de 1945 o en asunto civil que ha sido violado el código respectivo, dejando a los Magistrados la tarea de buscar la norma que pueda interesar al peticionario, los motivos en que haya podido consistir la violación de un precepto y el sentido en que desea que se aplique otro a su caso.

“Ni al formular el cargo de interpretación errónea de ley sustantiva señala el texto violado y la manera como debe interpretarse correctamente, ni lo indica al formular el de errada interpretación de las pruebas y si esta violación ha sido por error de derecho, o de hecho que aparezca de manifiesto en los autos, agregando el por qué de esa violación.

“Sobre estos puntos basta con citar jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sin necesidad de comentario alguno:

“Varias ocasiones ha habido en que la Corte, procediendo con amplitud de criterio, ha ordenado y destacado no obstante la defec-

tuosa composición del libelo el pensamiento confuso del recurrente para configurarlo conceptualmente en torno de las disposiciones sustantivas cuyo quebranto da lugar a la casación. **PERO CONTANDO SIEMPRE CON LA CONDICION IMPRESCINDIBLE DE LA CITA DE LAS DISPOSICIONES PERTINENTES** (la subrayada es nuestra). Pero en el caso presente la Sala no puede entrar en el examen de la sentencia acusada, por lo que hace a la causal primera, porque la demanda de casación no cita ni señala ni una sola disposición de la ley sustantiva cuyo imperio pudiera confrontarse con el fallo acusado". (Sentencia de 6 de diciembre de 1943. G. J. números 2001 a 2005, página 237).

"Esta misma tesis ha sido acogida por ese H. Tribunal en fallo que aparece publicado en "Gaceta del Trabajo" número 2 a 4, páginas 105 a 106).

"Y en cuanto al error en la apreciación de pruebas dijo también la Corte Suprema de Justicia lo que se transcribe a continuación:

"Cuando la acusación se funda en apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que al concepto, al motivo, **SE AÑADAN LA DISPOSICION O DISPOSICIONES SUSTANTIVAS VIOLADAS** (subrayamos). No basta en este caso —continúa la Corte— la mera enunciación conceptual, sino que es necesaria la cita legal pertinente, porque la acusación por el concepto, marca el camino de la Corte para el estudio y le circunscribe el motivo, pero está inhibida para llegar hasta el fin, si no encuentra el factor de confrontación, la cita legal, que debe hacer el recurrente para entonces comparar el texto sustantivo señalado como infringido, por algún motivo, con el fallo recurrido. Y ni aun así puede prosperar un recurso de casación si el error de hecho no aparece de manifiesto en los autos puesto que no es en el caso que se contempla, cualquier error cometido por el Tribunal el que lleva a casación, sino aquel que sea patente y que haya determinado o sea determinante de la violación de una disposición sustantiva por falta de apreciación o mala apreciación de una prueba". (Fallo de 31 de mayo de 1940. G. J. número 1957, página 499).

"Las anteriores razones, y especialmente la que se refiere a no indicación de la norma sustantiva que el actor considera violada, me han inducido a prescindir de todo comentario a la tesis que pueda esbozar en su escrito, pues la amplitud en los asuntos del trabajo no puede conducir a la inobservancia de esenciales elementos técnicos de un recurso tan delicado y especial como el de casación.

“Al mismo tiempo, aquellas razones me han parecido suficientes para solicitar del H. Tribunal que deseche en todas sus partes la demanda referida por no hallarse ajustada a las prescripciones legales...”

Las objeciones que formula el opositor en el escrito que acaba de transcribirse a la demanda del apoderado del actor corresponden a reiterada jurisprudencia de esta corporación. Y como en efecto, la demanda del actor no reúne los requisitos que exige el artículo 531 del Código Judicial, no puede prosperar el recurso de éste.

RECURSO DEL DEMANDADO

El demandado funda su recurso en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, y en dos capítulos formula los cargos que se examinarán en su orden a continuación.

PRIMER CARGO

Sostiene el recurrente que la sentencia al imponer a la parte demandada la obligación de pagar la suma de \$ 3.757.39 por concepto de trabajo suplementario de cuatro horas por día durante todo el tiempo transcurrido entre el 9 de abril de 1942 a la misma fecha de 1946, aplicó indebidamente los artículos 10 (sic) del Decreto 895 de 1934, 5º del Decreto 2350 de 1944 y 3º, parágrafo 3º de la Ley 6ª de 1945, y violó directamente, por falta de aplicación, los artículos 3º, parágrafo, del Decreto 2350 de 1944 y segunda parte del artículo 3º de la Ley 6ª citada.

La violación se produjo, según el recurrente, por haber incurrido el Tribunal en error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas, ya que tuvo en cuenta los testimonios que adujo el demandante para demostrar que su labor fue continua, pero no apreció los que allegó el demandado para comprobar el hecho de la discontinuidad. Agrega que la naturaleza de la empresa demandada, por su misma actividad conocida públicamente, no puede clasificarse siquiera en segunda categoría, debido a su escasa capacidad económica, y por otra parte su funcionamiento no implica una labor continua por parte de los trabajadores que le prestan servicio. Hace luégo el análisis de las declaraciones de los señores Juan Riaño, Carlos Neira y Humberto Torres, según las cuales el señor Villamarín, durante las horas del día y hasta las nueve de la noche atendía personalmente su establecimiento, y de los testimonios de Jorge Gutié-

rréz Rubiano y Carlos Arturo Hernández, de los que deduce que el actor en muchas ocasiones no estaba prestando servicios en la funeraria, y, por otra parte, recibía dinero al finalizar la labor que tenía a su cargo.

Para el recurrente el Tribunal Seccional no ha debido dar crédito a los testimonios de los señores Juan Riaño, Humberto Torres y Carlos A. Neira, porque el primero, chofer de servicio público, sujeto a jornadas de trabajo nocturnas, no podía declarar sobre el trabajo que realizara el actor en las horas comprendidas entre las ocho o nueve de la mañana y las cinco de la tarde; el segundo, quien dijo ser pintor y al mismo tiempo vender prensa cerca a la funeraria, no dio una explicación verosímil de su dicho, y el tercero, luego de afirmar que vio de día y de noche al señor Mora, añade que durante dos años estuvo al servicio del ejército y que después, en los cuatro años siguientes, viajó a Villavicencio dos veces por semana y atendía además un puesto de víveres en la plaza de mercado, por lo cual le resultaba imposible presenciar la actividad diaria del demandante.

En cuanto a la naturaleza de las funciones que el señor Mora desempeñara en las noches, de las mismas declaraciones que él allegó al expediente se deduce que fueron de simple vigilancia. En efecto, Riaño dice que “generalmente le veía hasta las once de la noche cuando se acostaba”, y que el señor Viliamarín, llamado por Mora en las horas de la noche, atendía el servicio, afirmación esta última que coincide con las de Humberto Torres y Carlos A. Neira.

En consecuencia —concluye el recurrente— a estas declaraciones, que el Tribunal no analizó en la sentencia, les falta totalmente exactitud, verosimilitud y uniformidad en lo tocante al punto esencial que es el trabajo continuo en las horas del día.

En cambio, las declaraciones de los señores Gutiérrez Rubiano y Hernández en el sentido de que el demandante prestaba servicios intermitentes y recibía una remuneración para cada labor determinada, según la mayor o menor importancia de los entierros, sí son atendibles porque ellos visitaban casi diariamente la funeraria.

Reconoce el recurrente que el fallador es soberano en la apreciación de las pruebas, pero considera que esa facultad está limitada por “las reglas esenciales de la crítica de la prueba, especialmente del testimonio, previo análisis sobre veracidad y hecha la confrontación de los diversos elementos de juicio, a fin de establecer claramente los hechos que fundamentan la condena”.

De este modo el Tribunal incurrió en error evidente de hecho en

la valoración de las pruebas, y con base en ese error violó las disposiciones atrás citadas, aplicándolas indebidamente por considerar que regulaban el caso en lo relativo al pago, con recargo, del trabajo suplementario o extra. Al mismo tiempo, por infracción directa, violó las normas sobre aumento de la jornada sin recargo cuando se trata de labores ejecutadas en forma discontinua o en calidad de vigilancia, que son las que deben aplicarse."

Se examina este cargo.

El Tribunal Seccional, fundado en las declaraciones de los señores Juan Riaño, Carlos Neira y Humberto Torres, consideró que la labor que desempeñó el demandante desde el 9 de abril de 1942 hasta la misma fecha de 1946, fue por su naturaleza continua.

El testigo Riaño dijo que como chofer de servicio público en ese tiempo estacionaba su carro cerca de la "Funeraria Garay"; que cuando trabajaba —de las cinco de la tarde a las ocho o nueve de la mañana— veía en distintas horas al señor Mora arreglando entierros y atendiendo a los clientes de dicho establecimiento, y que con frecuencia ésta lo ocupaba en transportar ataúdes. Dijo también saber que el actor pasaba las noches en la Agencia (folios 18 a 19 vuelto).

El testigo Neira dijo que conoció al señor Mora doce o quince años antes de su declaración. Al principio el declarante vendió periódicos en la esquina de la carrera 7ª con la calle 10, donde está situada la funeraria en que aquél trabajaba, y por ello tenía oportunidad de verlo. Luego, durante dos años, prestó su servicio militar. Terminado éste, se dedicó, en los cuatro años siguientes, a un negocio que lo obligaba a hacer dos viajes semanales de Bogotá a Villavicencio y sólo veía al señor Mora en la funeraria cada tercer día por la mañana al salir de Bogotá y cada tercer noche, al regresar a esta ciudad. Posteriormente, en los últimos seis años, tuvo un puesto de víveres en la plaza central de mercado, y entonces lo veía cada vez que por la misma calle 10 se dirigía a su trabajo o cuando iba hacia su casa (folios 22 a 23).

El testigo Torres dijo que el señor Mora comenzaba su jornada a las ocho de la mañana, hora en que barría, arreglaba la oficina y limpiaba el polvo; que continuaba trabajando hasta la una, dos o tres de la mañana; que apenas se le daba una hora para almorzar y otra para comer; que estaba facultado para efectuar arreglos con los clientes en ausencia del señor Villamarín sobre precios y demás detalles de los entierros, pero que no le consta que recibiera dinero. El declarante, con anterioridad a 1940, vendía prensa en la esquina

de la carrera 7ª con la calle 10; por las noches le ayudaba a Mora en la labor y dormía también en la funeraria. Después de 1940 lo visitaba con frecuencia en la oficina y aunque no lo acompañaba todas las noches, jugaba naipes hasta la una o dos de la mañana. (Folios 20 a 21 vuelto).

Es cierto, como anota el recurrente, que el señor Riaño no podía testificar acerca de la labor del señor Mora entre las ocho o nueve de la mañana y las cinco de la tarde. Lo es también que el señor Neira durante dos años prestó servicio militar y durante cuatro, tuvo negocios en Villavicencio. Pero la declaración del primero sobre la actividad del demandante en la funeraria al principio de la mañana, al final de la tarde y en la noche, y la del segundo, respecto de la época a que se refieren las peticiones de la demanda, que coincide con la en que atendió un puesto en la plaza central de mercado de Bogotá, complementan el testimonio del señor Torres, que a pesar de su vaguedad en cuanto a las causas del retiro del actor y fecha en que ocurrió, es muy claro en lo relativo al horario y a las funciones, datos que sin duda tuvo en cuenta el Tribunal Seccional para calificar la naturaleza de su labor.

De las declaraciones de los señores Jorge Gutiérrez Rubiano y Carlos Arturo Hernández, presentadas por la parte demandada y que según el recurrente no fueron consideradas por el Tribunal, no se deduce que la labor desempeñada por el señor Mora fuese intermitente o de simple vigilancia. En efecto, el testigo Gutiérrez, en lo pertinente, dijo: Al punto tercero: "Sí sé que a dicha funeraria le prestaba sus servicios en calidad de mandadero no me consta si con sueldo fijo pero sí vi muchas veces que le pagaba por mandados que hacía y también le daba para que almorzara o comiera al señor Víctor Mora". Al cuarto: "Sí me consta que en estos dos últimos años faltaba y se iba de la funeraria sin permiso y muchas veces últimamente no se quedaba en la funeraria". Al quinto: "En cuanto a sueldo fijo no sé nada y sí vi que le pagaban o le regalaban por ejemplo por entierro buenos dos, tres o cuatro pesos y esto era que se lo regalaban, sin saber si era por cuenta del sueldo". Al sexto: "Sí me consta que Villamarín lo mandaba a almorzar a la casa, y en la funeraria le tenía su tarima y cama". Al séptimo: "Sí me consta que hace dos años para acá, se desaparecía de la funeraria y el señor Villamarín tenía que mandarlo buscar o buscar quien le hiciera las cosas". El testigo Hernández dijo: Al punto tercero: "No estoy bien al corriente en la forma en que trabajara el señor Mora allí ni sé qué sueldo ganaba ni en qué forma, ni me consta

si le pagaban por cada servicio". Al cuarto: "En muchas ocasiones dejé de verlo en la oficina pero no sé si su ausencia era por culpa de él o con permiso; en relación con las ausencias el mismo señor Villamarín me constaba que Mora llegaba con frecuencia después de dos días de ausencia sin dar explicación de su falta". Al quinto: "En muchas oportunidades me consta que el señor Villamarín daba extras de diferentes cantidades fluctuando entre dos, tres pesos, especialmente con relación a la posterioridad de la prestación de algún servicio de la agencia". Al sexto: "En cuanto a la alimentación en la casa por tener la funeraria de Garay un depósito en la casa del señor Villamarín a donde se ejecutan varios trabajos tales como tapicería de las cajas, el señor Mora concurría con frecuencia y allí según se me informa tomaba la alimentación algunas veces; en cuanto a los préstamos en dinero y alojamiento en el recinto de la funeraria me consta lo del alojamiento en la funeraria ya que es costumbre de esas oficinas que los empleados habiten en el mismo local".

El recurrente, sostiene que mientras el señor Villamarín permanecía en la funeraria nada tenía qué hacer el demandante. Sin embargo, de las declaraciones presentadas por ambas se deduce que el señor Mora no solamente prestaba sus servicios en la oficina sino que debía concurrir frecuentemente al lugar en donde se tapizaban las cajas y llevar ataúdes de la funeraria a las casas mortuorias, etc.

De las mismas declaraciones resulta que a Mora se le daba alojamiento en la funeraria para que garantizara la permanencia del servicio, atendiendo a la posible clientela, especialmente en la noche cuando el señor Villamarín solía retirarse a su casa.

En todo caso, no hay prueba alguna dirigida a establecer el hecho de que fuera empleado de vigilancia.

No se demostró que el Tribunal Seccional incurriera en error de hecho manifiesto, y en consecuencia no aparece evidente la violación de las disposiciones legales que el recurrente cita como infringidas.

No prospera este cargo.

SEGUNDO CARGO

Asevera el recurrente que la sentencia violó por aplicación indebida, "los artículos 10 (sic) del Decreto 895 de 1934, 5º del Decreto 2350 de 1944 y 3º de la Ley 6ª de 1945, en su párrafo 3º, porque al relacionar tales normas con las pruebas sobre el tiempo

extraordinario trabajado, les hizo producir efectos mayores condenando en concreto sin estar exactamente determinado el número de horas, y violó las mismas normas en cuanto no las aplicó para deducir una condena en abstracto”.

Hace en seguida un análisis de las declaraciones de los testigos Torres y Riaño, relativa a las horas en que empezaba y terminaba su jornada de trabajo el demandante para llegar a la conclusión de que el Tribunal no ha debido aceptarlas por ilógicas, pero que si se atuvo a ellas, se equivocó en el cómputo. Por lo tanto, añade, “la sentencia no podía ser una condena en concreto careciendo de toda base probatoria sobre el *quantum*. Ha debido aplicar, entonces, el artículo 480 del Código Judicial aplicable por virtud del 203 ibidem y extendible, según jurisprudencia unánime, a todo caso de regulación numérica. Al no hacerlo el Tribunal violó los artículos 10 (sic) del Decreto 895, 5º del 2350 y 3º de la Ley 6ª, al hacer operar tales disposiciones en todo su acance sobre hechos no probados cuando ha debido aplicarlas en cuanto establecen una escala de sobrerremuneración por unidad de tiempo pero sin fijar su consecuencia exacta en dinero, careciendo de prueba para ello. El error evidente de hecho que acaba de analizarse condujo a aquella violación y debe subsanarse en forma de que la condena se haga en abstracto con el fin de que se determine la cuantía, si es del caso, mediante el artículo 557 del Código Judicial”.

Sobre el particular se lee en la sentencia lo siguiente:

“Los testigos Juan Riaño, Humberto Torres y Carlos Neira, como ya se dijo anteriormente, están acordes cuando afirman que Mora trabajaba permanentemente al servicio de Villamarín, y que le veían hasta altas horas de la noche, atendiendo los servicios solicitados a la funeraria.

“Es verdad que cada uno de estos declarantes afirma haber visto a Mora hasta diferentes horas de la noche prestando sus servicios; dando cada cual la correspondiente explicación de su dicho, el uno dice que era vendedor de periódicos y que le ayudaba al transporte de los ataúdes a distintas horas de la noche y del día; el otro afirma, que la labor de Mora comenzaba a las ocho de la mañana y muchas veces a la una, dos o tres de la mañana, y el último o sea Torres dice que él iba todas las noches a la funeraria y permanecía con él hasta la una o dos de la mañana y que con frecuencia se presentaban en la noche dos y hasta cuatro diligencias de entierros.

“Como lo afirma el señor Juez del conocimiento, aparece la realidad procesal de que, en todo caso, Mora trabajaba una canti-

dad de horas diarias superior a ocho y que de las pruebas del demandante en orden a este punto, podrían establecer un número mayor de cuatro diarias, pero este Tribunal lo mismo que el Juez *a- quo*, encuentra justo equitativo (sic) limitar el número de horas extras trabajadas a cuatro diarias, cada vez (sic) que este límite se ajusta a la precisa petición del actor.

“Para hacer el cómputo preciso de las horas extras trabajadas por Mora, y su valor respectivo, es preciso dividir en tres períodos, que corresponden a situaciones jurídicas distintas el período de los últimos cuatro años durante los cuales Mora estuvo al servicio de Villamarín.”

Se examina este cargo:

El Tribunal, que goza de libertad en la apreciación de las pruebas, encontró suficientemente comprobado el hecho que el demandante trabajó en forma permanente dentro de la jornada legal de trabajo y más allá de ella, con las declaraciones de los señores Riaño, Torres y Neira.

El recurrente no demostró el error evidente de hecho que alega al respecto, ya que no destruyó el valor de las referidas declaraciones ni demostró que el Tribunal omitiera la consideración de otras pruebas de donde emergiera manifiestamente un hecho distinto.

En lo tocante al número de horas suplementarias de trabajo, explica el fallador que si bien estima que excedieron de cuatro diarias, limita la condenación a este número para ajustarse a la precisa petición del actor, en lo cual nada se encuentra que sea contrario a la ley. Antes bien, la sentencia en abstracto, como lo desea el recurrente, hubiese pugnado con el principio de economía, en tiempo y dinero, que debe observarse en cuanto sea posible en los juicios del trabajo.

Se rechaza también este cargo.

TERCER CARGO

Dice el recurrente:

“El fallo aplicó indebidamente los artículos 3º de la Ley 57 de 1926, 9º del Decreto 1278 de 1931, 5º del Decreto 2350 de 1944, 1º de la Ley 35 de 1939 y 7º de la Ley 6ª de 1945, por haber impuesto al demandado la obligación de pagar el valor correspondiente al trabajo en días de fiesta legal sin prueba alguna que fundamente y la condena, y dejó de aplicar, incurriendo en violación di-

recta, los artículos 1º de la Ley 72 (sin decir de qué año), 1º del Decreto 1278, 7º del Decreto 2350 y 7º de la Ley 6ª en cuanto han debido aplicarse en atención a que, sin falta de prueba no puede suponerse (sic) violadas por el demandado, es decir dio cumplimiento exacto a ellas.

“Verdad es que el contrato de trabajo se presume (artículos 1º del Decreto 2350, 1º de la Ley 6ª y 20 del Decreto 2127 de 1945) y por consiguiente debe considerarse al patrono forzado a probar que ha cumplido con todas las obligaciones que esencial y naturalmente se entienden surgidas del contrato, tales como el descanso anual o su equivalente en dinero, la cesantía, etc. Pero lo que no es admisible es la presunción de que el contrato se ha ejecutado fuera de las condiciones fijadas por la ley y que se suponga al patrono, mientras ella misma no lo haga, violando sus prohibiciones. La presunción de buena fe juega para ambas partes mientras la ley no establezca lo contrario, y esa presunción debe armonizarse con la de la existencia del contrato de trabajo.”

Agrega el recurrente que no basta la sola afirmación de haber trabajado en días de fiesta, sino que es necesario probarlo, lo que no ocurrió en el caso de autos pues en ninguna parte afirman los testigos presentados por el demandante que éste hubiera trabajado en días de descanso legal, y ni siquiera hacen mención de tales días. El propio Tribunal declara “que las pruebas no se completaron en forma clara y precisa a hacer referencia a estos días trabajados”.

De lo anterior concluye el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho, error que lo condujo a la violación de las normas que cita como quebrantadas en este cargo.

Se examina el cargo:

Ciertamente el Tribunal reconoce que no existen pruebas concretas que acrediten el hecho de que el demandante prestara servicios en los domingos y demás días de fiesta señalados por trabajo realizado en esos días porque considera que del texto de las exposiciones de los declarantes se deduce que el actor trabajó permanentemente, tanto en los días ordinarios como en los de fiesta y porque “es un hecho unánimemente sabido el de que las funerarias están permanentemente abiertas para el público, todos los días de la semana, del mes y del año, pues en todos estos días ocurren defunciones y consecuentemente entierros”.

El razonamiento del fallador es inaceptable porque como bien lo sostiene el recurrente debe presumirse que el patrono ha dado

cumplimiento a los preceptos legales que le prohíben exigir y aceptar trabajo en los días de descanso obligatorio. Es, pues, necesario que se aduzca una prueba directa para destruir la presunción de que se ha hablado.

Por otra parte, aunque de acuerdo con la costumbre las funerarias estén abiertas al público todos los días, inclusive los de fiesta, y aun aceptando que la demandada en este juicio observara dicha costumbre (lo que debería aparecer demostrado, porque la costumbre debe probarse), quedaría por demostrar que el demandante no fue reemplazado sino que efectivamente prestó sus servicios en los días de fiesta.

En consecuencia, prospera este cargo, por lo cual habrá de cassarse la sentencia parcialmente en lo relativo a la condena por trabajo en los días domingos y en los de fiesta señalados en la Ley 35 de 1939.

CUARTO CARGO

Dice el recurrente:

“La sentencia aplicó indebidamente los artículos 5º de la Ley 57 de 1926, 9º del Decreto 1279 (sic), 5º del Decreto 2350 de 1944, 1º de la Ley 35 de 1939 y 7º de la Ley 6ª de 1945, cuya violación se produjo a causa de que se les hizo producir un efecto mayor al relacionarlas (sic) con las probanzas, exceso que consiste en que no estando probado el número de días de fiesta trabajados, aquellas normas sólo podían aplicarse en tanto ordenan un recargo por unidad de tiempo pero no en cuanto al valor que fijan por día festivo en relación con cantidad determinada de tiempo para deducir una cantidad de dinero debido; al mismo tiempo fueron violadas tales disposiciones por no haber sido aplicadas en el sentido de disponer una condena en abstracto con base en el artículo 480 del C. Judicial.”

Añade el recurrente que ninguno de los declarantes se refirió al hecho de que Mora trabajara en días festivos, pero dice que en el supuesto de que existiera tal prueba, habría absoluta imposibilidad de hacer una determinación numérica de los días en que trabajó.

Se analiza este cargo:

Al estudiar el cargo anterior esta corporación llegó a la conclusión de que no existe prueba alguna acerca del trabajo que el demandante afirma haber realizado en los domingos y días de fies-

ta de que trata la Ley 35 de 1939. Y como el presente cargo es subsidiario del anterior, no es el caso de considerarlo, por haber prosperado el principal.

Al fallar én instancia la petición sobre pago de remuneración por servicios prestados en los domingos y días de fiesta a que se refiere la Ley 35 de 1939, debe absolverse al demandado por falta de prueba que acredite directamente este hecho.

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 acusada, en cuanto condenó al demandado a pagar al demandante la suma de setecientos ocho pesos (\$ 708.00) moneda legal por concepto de trabajo realizado en día domingos y demás de fiesta legal; en su lugar lo absuelve de este cargo. No la casa en lo demás.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la "Gaceta del Trabajo" y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo. — Cástor Jaramillo Arrubla. — Diógenes Sepúlveda Mejía. — Bertha Salazar Velasco, Oficial Mayor.

EL SOCIO DE UNA SOCIEDAD COLECTIVA NO ES EMPLEADO DE LA MISMA. LIBRE APRECIACION DE PRUEBAS.

No es empleado de una sociedad colectiva de comercio el socio de la misma. Si éste administra, dirige, orienta las actividades de la sociedad y no recibe órdenes de nadie, ni menos del consocio o consocios, sino que es él mismo quien las puede impartir, queda descartada totalmente la idea de dependencia o subordinación.

Los Tribunales disponen de un ámbito de gran amplitud para apreciar las pruebas que se hagan valer ante la justicia del trabajo; forman su convencimiento con entera libertad, pues no se hallan sometidos a la tarifa legal de conformidad con el artículo 3º de la Ley 75 de 1945

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía).

Bogotá, septiembre seis de mil novecientos cuarenta y ocho.

Se va a decidir el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Seccional de Cali, de fecha 22 de agosto de 1947, proferida en el juicio que adelantó Ernesto Guevara contra T. J. Martínez & Cía., sociedad domiciliada en la misma ciudad y representada por Teófilo J. Martínez, para obtener el pago de algunas prestaciones sociales.

ANTECEDENTES

Ernesto Guevara demandó a la expresada compañía para que le reconociera el valor correspondiente a la indemnización de cesantía, por haber servido como su empleado, desde el 15 de octubre de 1920 hasta el 31 de julio de 1944, esto es por un lapso de 23 años y 9 meses, y a razón de \$ 450.00 mensuales, lo que totaliza la suma de

diez mil seiscientos ochenta y siete pesos con cincuenta centavos (\$ 10.687.50). Además pidió el reconocimiento de vacaciones por los dos últimos años servidos en la época en que la compañía se transformó en sociedad anónima.

Pidió igualmente que se ordenara el pago de los respectivos intereses y las costas del juicio.

Anotó entre los hechos básicos de su demanda que la sociedad T. J. Martínez fue establecida como comercial colectiva, por medio de la escritura pública 785 de 15 de octubre de 1920, otorgada en Cali; que se le transformó sucesivamente por medio de las escrituras números 688 de 30 de agosto de 1934, 23 de 7 de enero de 1937, por la cual se le convirtió en sociedad anónima bajo la denominación de T. J. Martínez & Cía., S. A.; 1163 de 27 de julio de 1940, por la cual se autorizó su incorporación en otra compañía, y la número 1183 de 31 de julio de 1940 que organizó una nueva sociedad también anónima, en la cual entró como accionista principal la anterior.

Por haber desempeñado el cargo de gerente, subgerente y otros, pidió el reconocimiento de las cantidades anotadas atrás.

El demandado se opuso a las pretensiones de la demanda.

El Juzgado Primero del Trabajo de Cali desató la litis y condenó únicamente al pago de la cantidad de ciento setenta y cinco pesos (\$ 175.00), por concepto de cesantía.

Apelado este fallo por el actor para ante el Tribunal Seccional de Cali, esta entidad profirió la sentencia de 22 de agosto, por medio de la cual revocó la de primer grado en lo tocante al pago de cesantía y condenó, a su turno, al pago de vacaciones en cuantía de trescientos pesos (\$ 300.00), por lo tocante al tiempo en que fue empleado de la sociedad T. J. Martínez, S. A.

EL RECURSO

Contra esta decisión del Tribunal Seccional se ha interpuesto el recurso de casación, y en escrito presentado ante esta superioridad el 12 de enero de este año, se han expuesto los cargos que el recurrente formula contra ella, los que van a ser analizados en esta providencia.

LA DEMANDA

En extenso memorial el demandante sustenta el recurso de la siguiente manera:

En el primer capítulo hace la historia del negocio, relatando las peticiones, de la demanda del primer grado, lo mismo que los hechos fundamentales, y termina con la decisión del Juez.

En el capítulo siguiente, que es el último, da cuenta de la decisión del Tribunal Seccional y de una vez destaca los puntos fundamentales a que se contrae el negocio, transcribiendo los apartes de la sentencia que considera equivocados, y ataca las conclusiones que estima contrarias a los derechos de su representado (conclusiones a) y c), involucrando en un solo cargo todos los reparos que hace a la sentencia, los cuales al finalizar su exposición separa por lo que hace a los textos que cree violados y que según su numeración resultan ser cinco, así:

1) Violación directa del artículo 2079 del C. C., al dejar de aplicarlo al caso de las sociedades colectivas;

2) Violación de los artículos 1º del Decreto 652 de 1935, 1º de la Ley 6ª de 1945 y 1º, 2º y 3º del Decreto 2127 del mismo año, por aplicación indebida e interpretación errónea;

3) Violación directa del artículo 482 del Código de Comercio, por no haberlo aplicado;

4) Violación del artículo 14, inciso c), de la Ley 10 de 1934, proveniente de error de hecho en que el Tribunal incurrió al apreciar unos testimonios, y

5) Violación del párrafo del artículo 14 de la Ley 10 de 1934, proveniente de error de hecho en que el Tribunal incurrió al apreciar unas pruebas.

Estos cinco cargos, que en la parte expositiva del memorial son en realidad dos, están presentados en forma que no se compadece con la técnica a que debe ajustarse una demanda de casación, según lo que determina el artículo 531 del Código Judicial.

En efecto, en el capítulo que rotula —La sentencia materia de la casación— transcribe los párrafos de ella que considera vulnerables; pero lo hace en forma confusa, involucrando una cuestión con la otra, y que sólo puede entrarse a considerar por vía de amplitud, pues, como lo observa el opositor, el escrito que se comenta no puede, en rigor, tenerse como una verdadera demanda de casación. El Tribunal, según los párrafos de la sentencia que el recurrente transcribe, solamente hizo referencia al artículo 2079 del C. C. para sostener que en las sociedades anónimas el gerente o administrador sí puede tener el carácter de empleado; pero por lo que respecta a las colectivas se limitó a hacer consideraciones de otra índole, por lo que llega a sostenerse que ha debido aplicar la misma disposición, y éste, es en realidad, el cargo que resulta de la primera parte de la acusación. Porque el recurrente afirma que la disposición es de carácter general y cubre a toda clase de sociedades.

A pesar de las deficiencias que se dejan anotadas en relación

con la demanda de casación presentada en este negocio, el Supremo va a resolver sobre el fondo de las cuestiones en ella tratadas.

Se considera:

La cuestión cardinal sobre que versa la acusación del recurrente es la siguiente:

Sostiene el apoderado del demandante en este recurso que la sentencia del Tribunal violó el artículo 2079 del Código Civil, que determina que la sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, porque de la misma manera que tuvo en cuenta esta disposición, que es de carácter general, en lo referente a las sociedades anónimas, debió aplicarla también a las sociedades colectivas.

La sociedad colectiva, dicen todos los tratadistas, es una sociedad de personas; la sociedad anónima es una sociedad de capitales. De este solo hecho se derivan sustanciales diferencias. Pero es evidente que en la sociedad colectiva también forma ésta una persona jurídica distinta de cada uno de los socios individualmente considerados. Lo que quiere decir que esa persona es capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y que puede ser representada judicial y extrajudicialmente.

¿Qué consecuencias se derivan de esta condición?

En primer lugar debe observarse que cuando la ley establece que la persona jurídica que forma la sociedad es distinta de la de los socios individualmente considerados, está haciendo relación a su responsabilidad respecto de terceros, ya que de conformidad con el artículo 482 la firma social constituye el estado civil y la personalidad de la sociedad y expresa el mandato recíproco que se confieren los socios para tratar y obligarse a aquéllos.

Según lo cual la entidad tiene vida jurídica independientemente de quienes la forman; pero la que la ley ha creado al reconocer en las sociedades una personalidad no coloca a los socios de las sociedades comerciales colectivas en el mismo plano de igualdad que a los accionistas de las sociedades anónimas, desde el punto de vista de las relaciones de quienes las integran con la misma sociedad.

Es tan elemental la distinción entre unas y otras que resultaría casi inútil tratar de intentar teorías para hacer ostensible esa diferenciación. Pero, ello no obstante, para puntualizar la cuestión debatida, en lo que respecta a la condición del socio de la colectiva, que se pretende por el recurrente colocar en la categoría de empleado de la misma, basta observar en primer término que la misma definición que contiene el artículo 2087 del Código Civil señala inconfundiblemente el carácter de cada clase de sociedad cuando expresa que

es colectiva aquella en que todos los **socios administran** por sí o por un mandatario elegido de común acuerdo, es decir, hace resaltar la noción de personas, en tanto que allí mismo se dice que "sociedad anónima es aquella en que el fondo social es suministrado por accionistas que sólo son responsables por el valor de sus acciones, y no es conocida por la designación de **individuo alguno** (se subraya), sino por el objeto a que la sociedad se destina. En la primera, la administración corresponde de derecho a todos y cada uno de los socios, y cuando el contrato social no designa la persona del administrador, se entiende que los socios se confieren recíprocamente la facultad de administrar, es decir, son mandatarios de la misma; los socios son responsables de las obligaciones de la sociedad a prorrata de su interés social; en la segunda, la administración corre a cargo de mandatarios temporales y revocables, asociados o no asociados, asalariados o gratuitos. También es distinta la responsabilidad frente a terceros.

Mas como no se trata de establecer si los gerentes o administradores de las sociedades anónimas son o no empleados, pues no se ha acusado la sentencia por este concepto, el estudio se concreta a lo referente a los socios de las colectivas.

En primer término, no es ni siquiera discutible que el contrato de sociedad es diferente del contrato de trabajo; su objeto y causa son distintos. En aquél se asocian dos o más personas con el objeto de obtener proventos, utilidades o beneficios. Si los hubiere se distribuyen en la forma convenida, o a prorrata de sus cuotas; y lo mismo ocurre si hubiere pérdidas. ¿En qué contrato de trabajo el empleado contribuye al pago de las pérdidas? En ninguno. Se acepta, dentro del concepto de remuneración, que el asalariado participe de las utilidades; porque esa es una forma de salario. Pero si el trabajador concurre en las pérdidas, entonces deja de serlo para convertirse en socio. He allí una de las diferencias entre el contrato de sociedad y el de trabajo. Por otra parte, en el contrato de trabajo no existe el elemento esencial que aparece en el de sociedad, que es el ánimo, la intención de asociarse (*affetiones societatis*). Tampoco el contrato de trabajo forma o da origen a una persona jurídica distinta de quienes lo constituyen; como sí ocurre con el de sociedad.

Ciertamente hay que realizar un esfuerzo mental extraordinario y será necesario utilizar muy sutiles argumentos para llegar a configurar en el caso del socio colectivo la calidad de empleado. Porque los elementos esenciales del contrato de trabajo, aun cuando el recurrente los encuentra tan claros, no lo son, en efecto.

Prestación de un servicio personal. En la sociedad colectiva, los

socios tienen por derecho la administración; esto es, su obligación es de hacer; pero no de cualquier manera sino llevando la representación misma de la sociedad, con capacidad para comprometerla ante terceros, dirigir sus actividades, la orientación de los negocios, y en suma, todos los actos encaminados a obtener beneficios en favor de la sociedad, y en definitiva, en provecho propio. Puede sostenerse que hay en esa forma un trabajo que sólo persigue la remuneración corriente que en los demás casos busca todo asalariado sin relación directa comercial con la sociedad? No, por cierto.

De allí mismo se deriva la negación de los elementos subordinación y salario; porque si el socio administra, dirige, orienta las actividades de la sociedad, y desde luego no recibe órdenes de nadie, y mucho menos del consocio, sino que es él mismo quien las puede impartir, queda desplazada totalmente la idea de dependencia.

En cuanto a remuneración, ¿puede considerarse que la suma que cada socio puede retirar se asimila a salario? Tampoco. El asalariado consume o puede consumir lo que devenga como retribución por el servicio que presta, sin ulterior responsabilidad. El socio puede disponer de una suma cualquiera prefijada; pero si la sociedad se hace insolvente o produce pérdidas, siendo como es responsable solidariamente en la sociedad colectiva comercial con los otros socios, esa responsabilidad opera de tal forma que las cantidades recibidas quedarían afectadas posteriormente, si no hubiere utilidades, y llegarían hasta desaparecer al hacerse efectiva esa responsabilidad. ¿En qué queda, pues, el concepto de salario que el recurrente aduce ante la consideración de hecho que aquí se expone? Si, pues, entre los socios hay una responsabilidad solidaria para atender a las obligaciones de la sociedad con respecto a terceros, ¿podrá considerarse esa responsabilidad en el empleado que solamente se compromete a prestar un servicio remunerado? Y, además, ¿en qué casos el empleado hace aportación de bienes en favor de su empleador sin convertirse en socio?

Si se examina la causa del contrato, se tiene también una distinción importante: en el contrato de sociedad es relevante la intención de asociarse para obtener un fin determinado, o sea la de obtener proventos; el contrato se celebra *intuitae personae* en todo caso, pues son las condiciones individuales de los socios las que se tienen en cuenta para el efecto, lo que no ocurre en el caso de la contratación de servicios, que no siempre atiende a tales condiciones.

A este respecto expone con mucha claridad Alarcón y Horcas, en su obra Código del Trabajo, lo siguiente: "En el contrato de sociedad pusieron los contratantes una intención específica, denomi-

nada *affectio societatis*, por la que establecieron la comunidad de pérdidas y ganancias, elemento ausente del contrato de participación en los beneficios, que resalta aun más con la carencia de responsabilidad en el dependiente con respecto a terceros, de intervención en la contabilidad y, sobre todo, en el hecho de poderse despedir y ser despedido en cualquier momento, lo que no sucede en la sociedad, por virtud del condominio de todos los socios en el negocio o empresa.”

Este último argumento es de un valor apreciable también. Y en el caso que se examina, tratándose de una sociedad integrada por sólo dos personas, ambas con el ejercicio pleno de su administración, ligadas solidariamente como condueños de las misma, ¿cómo puede concebirse que el socio se despida a sí mismo, o al consocio? ¿Y en la hipótesis extravagante de que pudiera confundirse el contrato de sociedad con el de trabajo, si recayese contra la persona jurídica distinta de los socios (que es el argumento matriz del recurrente), una condenación por el concepto indicado, no será al mismo tiempo responsable del pago el socio demandante, y en caso de insolvencia del consocio no recaería sobre él mismo todo el peso de la condenación?

Es tan elemental todo lo anterior que no vale la pena de hacer más disquisiciones en defensa de la tesis que sustenta la sentencia recurrida, pues el ataque puede parecer inteligente pero no sólo es injurídico, sino contrario a la realidad de los hechos.

No vale, pues, el argumento de que por cuanto la sociedad es una persona distinta de los socios individualmente considerados, pueda tenerse a éstos como subordinados de aquélla, en el caso de la sociedad colectiva, dada la naturaleza del contrato, el vínculo específico entre los socios y la sociedad, la responsabilidad de los mismos ante terceros y los demás elementos que lo distinguen como de carácter eminentemente mercantil que es, del de trabajo.

No prospera el cargo.

SEGUNDO CARGO

“Ya se vio que la tercera conclusión de la sentencia es la de que aunque el señor Ernesto Guevara, como gerente de T. J. Martínez & Cía., S. A., fue empleado de dicha compañía, no tiene derecho al auxilio de cesantía porque su retiro fue voluntario. Textualmente dice:

“Dispone el artículo 14 de la Ley 10 de 1934, en su párrafo, que los empleados particulares tendrán derecho al auxilio de cesantía cuando su retiro obedezca a terminación del contrato por venci-

miento del plazo de duración, o por despido que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato.”

“En el caso de estudio, aparece que el señor Ernesto Guevara G. se retiró voluntariamente del empleo que desempeñaba en la sociedad T. J. Martínez & Cía., S. A.

“Trató, dentro del juicio, de justificar su retiro voluntario, en las declaraciones de los señores Jesús A. Lombo (folio 3º, cuaderno 3º), Aquileo Peña (folio 38, cuaderno 1º) y Gustavo Luna (folio 41, cuaderno 1º).

“Estos testigos están acordes en afirmar que el señor Guevara se retiró de la sociedad T. J. Martínez & Cía., por obstaculizaciones repetidas y constantes del señor Tomás Herrán, gerente de la sociedad, en la época de su retiro.

“Como se ve por lo transcrito, la sentencia acepta, mediante las declaraciones de los testigos Jesús A. Lombo, Aquileo Peña y Gustavo Luna, que el señor Guevara fue constante y repetidamente obstaculizado en sus labores como empleado subalterno de T. J. Martínez & Cía., S. A., por el gerente, señor Herrán, pero no admite que tal actitud del superior haya sido causa suficiente para que el subalterno se hubiera visto obligado a dejar el empleo, por cuanto el señor Guevara era accionista de la citada sociedad.”

Este cargo se refiere al retiro del demandante del puesto que desempeñó posteriormente al servicio de la sociedad y que, según el recurrente, fue ocasionado por la conducta del gerente de la compañía, señor Herrán, quien “desarrolló una verdadera guerra de nervios que lo obligó a retirarse contra su voluntad”. “En estas circunstancias nada le valía al señor Guevara ser fuerte accionista de la compañía, pues por encima de ello se encontraba el poder directivo del gerente que lo hostilizaba, desacreditaba y perseguía, hasta obligarlo a dejar el empleo. En tales condiciones el Tribunal incurrió en error de hecho al apreciar las declaraciones rendidas por los testigos Lombo, Peña y Luna, sin que pueda decirse que el Tribunal solamente aplicó criterio de juzgador al apreciar el dicho de tales testigos, pues al no poner en duda la credibilidad de éstos, la realidad es que la sentencia ha desconocido el hecho de que el señor Guevara se vio obligado a dejar el empleo por la persecución del gerente.”

“Así, pues, hay violación del artículo 14 inciso c), de la Ley 10 de 1934, proveniente del error de hecho en que el Tribunal incurrió al apreciar los testimonios referidos.”

Agrega el recurrente que "como consta en las copias de las escrituras sociales traídas al juicio como pruebas, el período de las funciones del gerente en la sociedad T. J. Martínez & Cía., S. A., era primeramente de un año y luego de dos, es decir, que al finalizar tal lapso, el designado para ocupar tal puesto terminaba sus labores, quedando también finalizado el contrato de trabajo que lo ataba con la sociedad, según lo admite la sentencia. Ahora bien: habiendo desempeñado el señor Guevara el cargo de gerente de la sociedad anónima, tal como consta en las copias mencionadas y en los certificados expedidos por la Cámara de Comercio de Cali, y que obran en autos, es claro que al terminar los respectivos períodos, su derecho al auxilio de cesantía quedaba adquirido, de conformidad con el párrafo del artículo 14 de la Ley 10 de 1934, sin que su permanencia en la sociedad con otros cargos tenga nada que ver con ese derecho adquirido de la cesantía."

Se considera:

Son dos cuestiones distintas que el recurrente involucra en este cargo, y que solamente por obrar con amplitud pueden ser examinadas en casación. Y se dice lo anterior porque uno es el cargo por error de hecho proveniente de la falsa o errada apreciación de los testimonios de los señores Lombo, Peña y Luna, que el recurrente atribuye al Tribunal de instancia y una violación distinta la que emerge del hecho que se anota en seguida referente a la consolidación del derecho a la cesantía al vencimiento de cada período de gerencia. Luego han debido formularse separadamente, y en este último caso, señalar mejor el concepto de violación, si por infracción directa, por indebida aplicación o por errónea interpretación, modalidades distintas que es preciso presentar debidamente, de acuerdo con la técnica del recurso de casación.

En cuanto a la primera cuestión debe decirse que el Tribunal dispone de un ámbito de gran amplitud para apreciar las pruebas que se hagan valer ante la justicia del trabajo; forma su convencimiento con entera libertad, pues no se halla sometido a la tarifa legal de conformidad con el artículo 3º de la Ley 75 de 1945. Si del examen de los testimonios aducidos por el actor y de las demás pruebas que forman el haz probatorio del juicio no pudo deducir cosa distinta a la del retiro voluntario del empleado, sería necesario demostrar, para que esta superioridad entrase a considerar la cuestión, que se incurrió en error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos; es decir, que sea de tal modo ostensible que resalte **prima facie**, caso único en el cual podría tener viabilidad el cargo. Pero acontece que, según las propias frases del escrito del recurrente,

el Tribunal consideró otras circunstancias como la de ser fuerte accionista el demandante en la sociedad, lo que seguramente influyó en el ánimo del fallador para no encontrar tan notoriamente razonable la dejación que de su puesto hizo el reclamante. Por lo demás, como lo observa el opositor en el recurso, ocurre que el recurrente no señala otra disposición violada que la del parágrafo del artículo 14 de la Ley 10 de 1934, y esta disposición se concreta a contemplar el caso de despido injusto del trabajador para reconocer el derecho a la cesantía. Y si es verdad que el Decreto 652 de 1935 es reglamentario de sus disposiciones, y el recurrente considera que en algunos de los casos señalados en éste cabe el de su representado, ha debido puntualizarlo exactamente, pues el juzgador en casación debe ceñirse estrictamente al examen del texto que se indica como infringido.

De suerte que por este aspecto no prospera el cargo.

Y por lo que hace a la última cuestión planteada, referente al hecho de que el derecho al auxilio de cesantía, aún en el supuesto de que el retiro fuera voluntario, dice el recurrente, quedaba adquirido al finalizar cada período o ejercicio del gerente, con aplicación del parágrafo del artículo 14 de la Ley 10, basta con transcribirlo aquí para hallar la sin razón del cargo.

Dice así:

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

¿Cuál es el hecho cardinal que aquí se contempla? El retiro del empleado, sea por despido o por la terminación del contrato. Cuando se está en el último evento no puede reclamarse cesantía si el contrato se renueva en las mismas condiciones; pues cuando el patrono se allana a esa renovación y el empleado no acepta, tampoco hay derecho alguno qué reclamar. De manera que este parágrafo está diciendo todo lo contrario de lo que el recurrente sostiene, pues si se sirvió durante varios períodos el cargo de gerente fue porque no hubo despido, y por consiguiente, tampoco surgió el derecho a cobrar cesantía. La consolidación por períodos de trabajo nace posteriormente en virtud del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945; pero esa ley es ajena al caso que se analiza.

Por las razones expuestas, el Tribunal Supremo del Trabajo, admi-

nistrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, que ha sido objeto de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la "Gaceta del Trabajo" y devuélvase al Tribunal de origen.

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

AGENTES VIAJEROS Y COMISIONISTAS

No es posible declarar en términos generales que un agente vendedor o agente viajero o comisionista para vender mercancías, sea empleado particular o no. Sólo en atención a las circunstancias especiales en que se desarrolle su actividad, cabe hacer la clasificación respectiva.

Cuando al empleado se le paga no un sueldo mensual fijo sino una comisión, cree el Tribunal Supremo que debe entenderse comprendida en esa comisión la remuneración correspondiente al descanso dominical.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

Bogotá, once de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho.

El señor Nisso A. Chalem, por medio de apoderado, solicitó en demanda presentada ante el Juzgado Primero del Trabajo de Bogotá que, en primer término, se declarase que el actor fue empleado particular de la Fábrica de Tejidos Superior y que, en consecuencia, se ordenara a ésta reconocer y pagar las prestaciones sociales causadas a su favor, en especial la indemnización de cesantía, las horas extras, el descanso dominical y el auxilio por enfermedad.

Como hechos señaló los siguientes:

“1º El señor Nisso A. Chalem estuvo al servicio de la Fábrica de Tejidos Superior desde 1940 hasta 1945.

“2º En el tiempo en que el señor Chalem sirvió a la Fábrica dedicó su actividad personal a la colocación y ofrecimiento en venta de los productos de la Fábrica.

“3º El señor Chalem recibía instrucciones y órdenes del Gerente de la Fábrica de Tejidos Superior, a tal extremo que ningún pedido se consideraba firme mientras no hubiera sido aprobado o no tuviera la aprobación del Gerente o Administrador.

"4º La remuneración del señor Chalem por su trabajo se le pagaba en forma de porcentaje, reconociéndole un 5% sobre el producido de las ventas."

La parte demandada se opuso a las peticiones del actor, alegando que éste tuvo la calidad de comisionista y no de empleado particular suyo, por lo cual las relaciones entre la Fábrica y el señor Chalem no podían regirse por las normas de la legislación de trabajo sino por las pertinentes de los Códigos Civil y de Comercio.

La controversia fue desatada por el Juzgado de primera instancia en fallo de fecha 12 de noviembre de 1946, en el que se condenó a la Fábrica de Tejidos Superior a pagar al señor Chalem lo siguiente:

"El auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo por cada año y proporcionalmente por las fracciones de año, teniendo en consideración lo que dispone el artículo 25 del Decreto 652 de 1935, por todo el tiempo en que el señor Chalem prestó sus servicios a la Fábrica demandada.

"El valor que corresponda por concepto de descanso dominical a partir de la fecha de vigencia del Decreto 2350 de 1944.

"El valor que corresponda por concepto de vacaciones causadas durante todo el tiempo de servicios de Chalem a Tejidos Superior."

El Juzgado absolvió a la empresa de los demás cargos de la demanda.

De la referida sentencia apeló el apoderado de la Fábrica de Tejidos Superior para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, que con fecha 14 de mayo de 1947, la confirmó en todas sus partes.

Contra el fallo de segunda instancia interpuso recurso de casación el apoderado de la empresa demandada.

Concedido el recurso por el Seccional y admitido y tramitado por esta corporación, procede a decidirse.

LA SENTENCIA ACUSADA

El Tribunal de Bogotá estudia en primer lugar el problema relativo a la índole del contrato celebrado entre Chalem y la Fábrica de Tejidos Superior, y al respecto dice:

"En cuanto a la primera parte, ya este Tribunal ha tenido diversas oportunidades de decir su criterio en relación con los llamados 'agentes de comercio', frente a las disposiciones del derecho del trabajo. La conclusión de esta doctrina ha sido la de que los agentes de comercio, para comprar o para vender, como en el caso de autos, se encuentran ligados al propietario o encargado de la empresa

o base industrial o comercial por un auténtico contrato de trabajo, siempre que reúnan los requisitos que la ley laboral establece como necesarios para que se dé por existente la relación de trabajo. El contrato que celebra una persona natural con otra, natural o jurídica, para colocar en el mercado sus productos, en forma permanente, es decir no instantánea ni ocasional, sometién dose a instrucciones y órdenes del comerciante propietario y mediante una remuneración, es un verdadero contrato de trabajo y en manera alguna un contrato de comercio. La característica fundamental del contrato de comercio, es la de ligar al comerciante o a quien tal condición tenga de acuerdo con el Código de Comercio y la doctrina, a terceros que a su vez contraen para con el comerciante obligaciones de especial fisonomía jurídica. La relación entre estos dos sujetos puede ser directa, aun cuando es evidente que los avances de la vida comercial han puesto de presente el hecho de que en la mayor parte de las ocasiones esta relación jurídica se traba o se forma, o se concreta en forma indirecta, por medio de la acción de intermediarios. En el contrato de trabajo, por el contrario, la relación es siempre directa, salvo muy escasas excepciones contempladas en la ley, y no es una relación jurídica cualquiera, sino una relación de subordinación, de dependencia, de jerarquía, donde el patrono manda y remunera, y el asalariado, cualquiera que sea su denominación, presta personalmente su servicio, recibe y obedece las órdenes e instrucciones de su patrono o persona que se beneficia de su trabajo y percibe la remuneración. El derecho comercial mira principalmente a los actos de comercio y a los contratos, derecho y obligaciones que surgen de ellos entre el comerciante y los terceros, sin ocuparse para nada de la existencia de una dependencia de unos a otros, de una jerarquía legal establecida entre ellos como resultado de su actividad y sin considerar el supuesto de un servicio personal prestado al uno por el otro. En cuanto dentro de la relación de comercio pueda presentarse esta dependencia, esta subordinación, esta jerarquización, como en el caso de los dependientes y de los agentes para comprar o para vender, se presenta inmediatamente un aspecto jurídico profundamente diferente, que con la evolución del derecho se salió de los estrechos márgenes señalados por el estatuto de los comerciantes y cayó bajo la regulación de las leyes de trabajo, que se ocupan primordialmente de proteger y de tutelar la relación de trabajo propiamente dicha, subrayada por la dependencia económica de una persona a otra, por la subordinación a que una de ellas se encuentra sometida. Ya no se tuvo en cuenta, como en el derecho comercial la igualdad de las partes, la posición jurídica idéntica de los contratan-

tes, sino un postulado mucho más evidente y real que es el de la presencia dentro de la relación contractual de una parte económicamente débil, que no por encontrarse encajada dentro del engranaje comercial debe considerarse fuera de la protección que la legislación social ha dado a todas aquellas personas que de la prestación de sus personales servicios derivan el sustento.

“El certero análisis hecho por la sentencia de primera instancia para definir los campos del derecho comercial, alegado como vigente en este caso por el apoderado del demandado, y del derecho social invocado por el actor, es correcto y debe ser sostenido por el Tribunal una vez más, como lo ha sido en ocasiones anteriores. No hay duda, por otra parte, dados los elementos probatorios del juicio, que Chalem era un verdadero empleado particular de su demandado, ya que en verdad reunió todos los requisitos que tanto la Ley 6ª de 1945 como su Decreto reglamentario número 2127 del mismo año y la propia Ley 10 de 1934 y su Decreto reglamentario, establecen como necesarios para la existencia del contrato de trabajo. En efecto, se encuentra demostrado por confesión del demandado que Chalem desempeñó, entre los años de 1940 y 1945 inclusive, el cargo de agente vendedor de la casa de tejidos en distintos lugares del país; que sus actividades y operaciones de venta se encontraban sometidas a las órdenes y condiciones impartidas con anterioridad por la casa de tejidos “Superior”, y que después de verificadas era necesario enviar los pedidos a la casa donde se revisaban las condiciones de la venta con el objeto de saber si se ajustaban a lo establecido por el propietario; y que a Chalem se le pagaba un cinco por ciento de las ventas por él verificadas. En realidad, tanto de la exposición hecha en las dos instancias por los apoderados del demandado y del actor, se deduce claramente que Chalem dedicaba su actividad personal a la colocación de los productos de la empresa demandada y que se encontraba sometido a las condiciones impuestas por ella. Resalta así un elemento fundamental del contrato de trabajo como es la dependencia o subordinación personal, que implica la permanente posibilidad —sur- gida de la misma relación— de que el patrono dé órdenes e instruccio- nes a su trabajador y la obligación para éste, también permanente, de acatarlas y seguirlas. Las otras dos condiciones son evidentes y si a ellas se agrega el hecho de que el servicio se prestó, según confesión del propio demandado, entre los años de 1940 y 1945, sin soluciones de continuidad en el contrato —concepto este que no puede confundirse con el de la intermitencia del trabajo propiamente hablando— tenemos claramente establecido que entre demandante y demandado

no hubo contrato comercial como lo supone el abogado del demandado, sino un auténtico contrato de trabajo.

“Esta tesis no se destruye por el hecho de que Chalem no tuviera horario fijo, como lo dice el apoderado del recurrente, porque en esta clase de contrato de trabajo que por definición implica la actividad del trabajador fuera de las oficinas privadas de la empresa, no puede estar sometido al régimen común de los contratos ordinarios en cuanto a jornada de trabajo se refiere, pues en ellos la acción del asalariado en desempeño de su oficio no puede encontrarse limitada por el tiempo, y de ordinario no se encuentra limitado.”

Por otra parte, el Tribunal acoge la doctrina según la cual la pluralidad de patronos no es contraria al régimen de contrato de trabajo ni priva al trabajador que sirve a varios patronos de los beneficios legales correspondientes.

En el caso concreto del señor Chalem, considera el Tribunal que el haber servido simultáneamente a la Fábrica de Sostenes y Fajas Aga, no es un hecho que implique deslealtad, como lo cree el demandado, por cuanto los productos de una y otra empresa eran distintos y con clientela especial para cada grupo de ellos.

EL RECURSO

La demanda no está ajustada a la técnica de casación. Así, por ejemplo, a tiempo que el artículo 531 del Código Judicial exige perentoriamente expresar la causal o las causales que se aduzcan para pedir la infirmación del fallo, el demandante manifiesta que se abstiene de hacerlo, con el pretexto de que esa labor sería interminable.

“Podría alegar —dice— H. H. señores Magistrados múltiples causales consistentes en la violación de disposiciones legales del Código Civil y del Código de Comercio; erradas interpretaciones de ellas, y su aplicación indebida; pero si optara por tal procedimiento, me haría interminable en la sustentación de todas y cada una de ellas, y, como no está en mi ánimo fatigar la atención de ese H. Tribunal con una larga exposición, cuando puedo limitarme a proponer la simple violación de los estatutos del trabajo, ya al considerar las relaciones entre la Fábrica de Tejidos Superior, y el señor Chalem, como contentivas de un contrato de trabajo, o ya en el supuesto caso de que él existiera como determinante para reconocer a su favor determinadas prestaciones tal como lo ha hecho la sentencia, prefiero en gracia de la brevedad sustentar lo antes enunciado, pues al ser acogidos mis puntos de vista por ese H. Tribunal, quedaría ampliamente satisfecha la defensa de la empresa que represento en este juicio.”

Por otra parte, formula los cargos desordenadamente, sin la separación necesaria cuando son varias las causales que se invocan.

Y por último, se remite a los alegatos presentados en las instancias, lo que no es aceptable en el ejercicio de este recurso extraordinario de casación.

Pero no obstante las deficiencias anotadas, esta corporación, para obrar con amplitud, examinará el escrito del recurrente.

Para el autor del referido escrito, entre el señor Chalem y la Fábrica de Tejidos Superior existió simplemente un contrato verbal de comisión. Nunca se celebró un contrato de trabajo y por ello no se dio cumplimiento al artículo 13 de la Ley 10 de 1934 que exigía extender el de esta clase por escrito, sujetándolo al modelo que autorizara el Departamento Nacional del Trabajo. Ni, a falta de contrato escrito, podía presumirse que se hubiese celebrado un contrato de empleo particular porque las relaciones del demandante con la empresa no encajaban dentro de la definición que de empleado particular dio el artículo 1º del Decreto 652 de 1935. Tampoco cabían en la que posteriormente adoptaron el artículo 1º de la Ley 6ª de 1945 y el 2º del Decreto 2127 del mismo año.

Sostiene el recurrente que uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, la dependencia del trabajador respecto del patrono, no fue demostrada por el demandante. Al respecto, dice:

“En el expediente de esta controversia, no aparece prueba de ninguna naturaleza de que el demandante, estuviera sujeto siquiera a un control especial del patrón, y la prueba de que no lo estaba nos la da el mismo demandante en carta de fecha 19 de octubre de 1944, escrita desde Medellín, y que figura al folio 39 del expediente, cuyo texto en la parte pertinente, dice: “SI SE LES OFRECE ALGO DE PEREIRA / MANIZALES”, “CALI, POPAYAN Y PASTO, escríbeme (sic) y con gusto les atiendo incondicionalmente.” ¿Es posible suponer, H. H. señores Magistrados, que un individuo empleado en una casa de comercio, que está recibiendo órdenes de su patrono, le escriba en estos términos que dejo transcritos? Si hubiera sido empleado, le diría: de acuerdo con sus instrucciones, sigo para tales sitios donde espero sus órdenes, pero en ningún caso les informaría cuál era el derrotero del viaje que él mismo se había fijado, haciéndoles el galante ofrecimiento de atenderlos incondicionalmente. Este hecho demuestra muy a las claras que la Fábrica de Tejidos SUPERIOR no estaba en condiciones de imponer al señor Chalem determinada obligación, y que si en la voluntad de éste por su propia iniciativa y posterior consentimiento no había el ánimo de realizar cual-

quier diligencia en relación con la Fábrica, ésta no se llevaría a efecto.

“El documento a que me refiero, es sin lugar a duda, señores Magistrados, la mejor prueba, de que el demandante no recibía órdenes de la Fábrica, ni estaba sometido al control de ella, sino que por el contrario tenía absoluta libertad de acción.

“El señor Chalem, preguntó en las posiciones que hizo absolver al señor Felman, representante de la Fábrica, cómo era cierto que la Fábrica, había pagado a él (Chalem), alrededor de \$ 6.000.00 por año por concepto de comisiones, a lo cual repuso el señor Felman que tal hecho era inexacto; respondiendo a otra pregunta de las posiciones, que entre los años de 1940 y 1945, se habían pagado al señor Chalem por concepto de comisiones una suma entre \$ 2.500.00 y \$ 3.000.00 (folio 50, vuelto).

“La afirmación de Felman, sobre la suma devengada por Chalem, no ha sido hasta hoy infirmada, de manera que tenemos que durante el lapso comprendido entre 1940 y 1945, el señor Chalem devengó la suma de \$ 3.000.00 que es la máxima aceptada por Felman. Como no se ha establecido en qué fecha entró a trabajar Chalem, supongamos para beneficiarlo, que entrara a la mitad del año de 1940 y que dejara de hacerlo el 31 de diciembre del año de 1945, y tenemos entonces, que trabajó en la Fábrica de Tejidos Superior en colocación de pedidos, y en cumplimiento de un contrato verbal de comisión, por espacio de cincuenta y cuatro (54) meses, devengando mensualmente por concepto de comisiones, la suma de \$ 55.54.

“Cabe, señores Magistrados, pensar que alguien pudiera ser tan poco práctico para celebrar un contrato de trabajo en el cual por la insignificante cantidad de \$ 55.54 al mes, estuviera comprendido el pago de su trabajo personal, la sujeción de su libertad personal, de su voluntad de movimiento, los gastos de viaje que esa persona tenía que efectuar en el caso de autos, y en fin, que en tales condiciones pudiera una persona sujetarse a una continuada dependencia en relación a otra?”

Para el recurrente, pues, el Tribunal dejó de tener en cuenta las pruebas señaladas, lo cual lo condujo a estimar como contrato de trabajo el que reguló las relaciones entre el señor Chalem y la Fábrica de Tejidos Superior, infringiendo así, por “errónea interpretación” los artículos 13 y 14 de la Ley 10 de 1934; 1º del Decreto 652 de 1935; 1º de la Ley 6ª de 1945, y 1º y 2º del Decreto 2127 de 1945.

Sostiene, además, el recurrente que aún en el supuesto de que el señor Chalem hubiese sido empleado particular de la Fábrica de Tejidos Superior, no tendría derecho al auxilio de cesantía que reclama,

ni conforme al artículo 14 de la Ley 10 de 1934 porque el retiro fue voluntario, ni de acuerdo con el 12 de la Ley 6v de 1945, puesto que no se acreditó que el capital de la empresa demandada alcance a \$ 125.000.00.

Tampoco habría lugar al pago de la remuneración por concepto de descanso dominical, ya que tratándose de un empleado esa remuneración debe entenderse comprendida en el sueldo correspondiente. Por otra parte, no se demostró que la empresa obligara a trabajar al señor Chalem en los días domingos. En consecuencia, el fallo por este aspecto carece de fundamento y viola el artículo 7º de la Ley 6ª de 1945.

Por último, dice el recurrente que si el Tribunal confirmó la sentencia de primer grado en cuanto ordenó pagar prestaciones no pedidas por considerarlo necesario en guarda de la equidad y la justicia, también debió condenar al demandante a satisfacer al patrono la suma correspondiente por no haber cumplido la obligación legal de dar el aviso de retiro con antelación no inferior al período que regulaba los pagos del salario. Al no condenar el Tribunal al señor Chalem por este incumplimiento de sus obligaciones legales violó el artículo 8º de la Ley 6ª de 1945.

Se examina la acusación:

No es posible declarar en términos generales que un agente vendedor, o agente viajero o comisionista para vender mercancías sea o no empleado particular.

Sólo en atención a las circunstancias especiales en que desarrolle su actividad cabe hacer la clasificación respectiva.

Será, pues, preciso indagar en cada caso si el agente o comisionista se dedica exclusivamente al ejercicio de esa profesión, en calidad de asalariado y no de empresario, y si, por lo demás, en sus relaciones con el patrono, concurren los elementos característicos del contrato de trabajo, a saber: a) La prestación del servicio por el mismo trabajador; b) La subordinación o dependencia respecto del patrono, o sea la obligación de atender sus órdenes e instrucciones y de someterse a su control o vigilancia, y c) El pago de un salario (en dinero, en especie, etc.), como retribución del servicio.

En el asunto que se estudia el Tribunal Seccional de Bogotá, en uso de la facultad soberana que le corresponde de apreciar las pruebas allegadas al juicio, manifestó su convicción en el sentido de que los servicios prestados por el señor Chalem a la Fábrica de Tejidos Superior son los propios de un empleado particular y que por tanto las relaciones entre las dos partes configuraron un contrato de tra-

bajo, de donde infiere que el actor tiene derecho a los beneficios sociales establecidos por la ley en favor de los empleados.

“El recurrente no objeta concretamente las pruebas que sirvieron de base al fallo. Sólo afirma que no se tuvo en cuenta la carta dirigida por el señor Chalem desde Medellín, en la que dice al señor Felman que si se le ofrece algo de alguna de las ciudades que se propone visitar, le escriba con la seguridad de que sabrá atender sus encargos incondicionalmente. Pero esta carta no tiene fuerza suficiente para invalidar la prueba de la confesión del demandado en la cual se fundó el Tribunal para considerar al actor como empleado particular, y que ha debido ser refutada en forma directa.

Asevera también el recurrente que otra prueba que indica que no existió contrato de trabajo y olvidada igualmente por el Tribunal, es la relativa a la escasa asignación —\$ 55.54 mensuales— que devengó el señor Chalem.

El argumento carece completamente de valor. No es el **quántum** del salario, sino éste en sí mismo el que ha de tenerse en cuenta. Y tampoco sirve para demostrar que el señor Chalem no se dedicara exclusivamente a la profesión de agente viajero, porque el propio demandado se encargó de probar que el actor colocaba pedidos de otras fábricas de productos distintos; sin que ello significara una competencia desleal, según lo sostiene el fallo.

Es de notar, finalmente, que el Tribunal Seccional no halló demostrada la tesis de que el contrato celebrado con el señor Chalem fuera un simple contrato de comisión, regulado por el Código de Comercio, porque la labor confiada al señor Chalem no se refirió a un acto determinado, que sólo creara accidentalmente dependencia entre comisionista y comitente, sino que se extendió a toda la actividad propia de un agente viajero, dándole a la dependencia de éste un carácter permanente.

Sentado que el señor Chalem tuvo la calidad de empleado particular de la Fábrica de Tejidos Superior, el fallo necesariamente tenía que declarar cuáles eran las prestaciones a que se hizo acreedor, de acuerdo con las peticiones de la demanda, en la que se habla de “indemnización de cesantía, las horas extras, el descanso dominical, el auxilio por enfermedad y las demás que le corresponden de acuerdo con las leyes vigentes”. Al respecto confirmó la sentencia de primer grado que condenó al demandado a pagar al demandante “el valor correspondiente a las vacaciones, a la cesantía y a los dominicales a cuya remuneración tiene derecho”.

Sobre vacaciones nada dice el recurrente.

En cuanto al auxilio de cesantía, afirma que el retiro del señor

Chalem fue voluntario y que, por tanto, no tiene derecho a esa prestación ni de acuerdo con el artículo 14 de la Ley 10 de 1934 ni conforme al artículo 12 de la Ley 6ª de 1945.

El demandante se limita a expresar en la demanda que prestó servicios a la empresa demandada desde 1940 hasta 1945, sin señalar la causa de su retiro.

El Tribunal Seccional sólo dijo que, demostrada la existencia del contrato de trabajo, debía prosperar la petición respectiva "que concretamente no ha sido atacada por el demandado sino en forma global con las demás peticiones". Pero no hizo, como ha debido hacerlo, ninguna consideración acerca de las circunstancias en que se operó el retiro del actor.

Sin embargo, la afirmación escueta del recurrente no es bastante para dar por establecido que el retiro del trabajador fue voluntario. Y como no se alegó ni demostró que el sentenciador incurriera en error de hecho en la estimación de alguna o algunas pruebas, no es posible examinar el cargo por este aspecto.

En lo que se refiere a la remuneración por descanso dominical, alega el recurrente que como los empleados reciben el pago del descanso dominical comprendido en sus mismos sueldos y como el demandante no demostró que la empresa lo obligara a trabajar en los días domingos, la condenación carece de fundamento legal.

Este punto tampoco fue materia de especial consideración en el fallo acusado.

Cree el Tribunal Supremo que aunque al señor Chalem no se le pagaba un sueldo mensual fijo sino una comisión, debe entenderse comprendida en esta comisión la remuneración correspondiente al descanso dominical. En consecuencia, habrá de casarse la sentencia para el sólo afecto de absolver al demandado de la obligación de pagar nueva remuneración por descanso dominical.

La acusación por violación del artículo 8º de la Ley 6ª de 1945, relativa a que el fallo no condenó al señor Chalem a pagar la suma correspondiente al período regulador de pagos del salario, por haberse retirado sin previo aviso, no es aceptable porque esa petición no fue hecha por la empresa en el juicio, en forma de demanda de reconvencción ni en ningún otro momento en las instancias, de modo que constituye un medio nuevo inadmisibile en el presente recurso.

El Tribunal Seccional dispuso hacer la liquidación de las prestaciones reconocidas al actor de acuerdo con el artículo 553 del Código Judicial, que como lo ha sostenido el Tribunal Supremo reiteradamente no es aplicable en estos casos. Sin embargo, habrá de mantenerse esa disposición porque no fue objeto de acusación.

En sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, con posterioridad a la que ha sido objeto del recurso que se examina, y en litigio adelantado a la Sociedad denominada "Fábrica de Sostenes y Fajas AGA"; por el mismo señor Chalem, que figura en el presente negocio como demandante, dicho Tribunal llegó a conclusión contraria de la que contiene el fallo recurrido. En el caso que se estudia sostuvo que el señor Chalem fue empleado como agente viajero, y en el otro, que tuvo la condición de agente vendedor autónomo.

Como ambas sentencias quedarán en firme y de consiguiente podría suponerse que el Tribunal Supremo se colocó en situación contradictoria por no haber casado ninguna de las dos, es pertinente aclarar aquí que ello se debe a la circunstancia de que no siendo la casación una tercera instancia, el estudio hecho en cada uno de los casos se derivó de la manera como se produjeron las acusaciones formuladas por los apoderados de los recurrentes, que si bien distintas, resultaron por igual ineficaces para infirmar los fallos respectivos.

Ocurrió así que al paso que en el de la Fábrica de Sostener y Fajas Aga se orientó la impugnación a demostrar la existencia de un contrato de trabajo sobre la confesión del demandado, que no fue bastante para establecerlo, en sentir de esta corporación, en el presente asunto, con el fin de combatir la sentencia del Tribunal de instancia, el recurso se fundó en otros soportes, distintos de la confesión del demandado. No se acusó por error de hecho en la apreciación de las pruebas, sino que se expusieron los cargos sobre la base de que la cuestión cardinal del litigio, esto es, el factor subordinación, no estaba debidamente comprobado.

El error de técnica de ambas acusaciones dio, pues, como resultado que uno y otro fallo hayan resistido el ataque hecho en casación, que, como es sabido, es un recurso extraordinario, ceñido a requisitos especiales, sin los cuales no es posible que prospere.

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 objeto del presente recurso en cuanto condenó a la Fábrica de Tejidos Superior a pagar al demandante señor Nisso A. Chalem, el valor correspondiente a dominicales; REVOCA la de primer grado en el inciso tercero de la parte resolutive que formula igual condenación, y, en su lugar, ABSUELVE a la Fábrica de Tejidos Superior de este cargo. No la 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. — Cástor Jaramillo Arrubla. — Diógenes Sepúlveda Mejía. — Bertha Salazar Velasco, Oficial Mayor.

LIBRE APRECIACION DE PRUEBAS. SALARIO. PRESCRIPCION DE VACACIONES. COMPENSACION EN DINERO.

En distintas ocasiones ha dicho el Tribunal Supremo que en los juicios del trabajo el sentenciador es soberano en la apreciación de las pruebas y que la estimación que de ellas haga es intocable en casación, a menos que se haya incurrido en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

Cuando el trabajador reside en el lugar en que presta sus servicios, es porque se presume que el patrón le da allí mismo alojamiento y alimentación, como parte del salario, y corresponde a éste destruir esa presunción.

No existe disposición legal que disponga la compensación en dinero de las vacaciones de los empleados particulares, en la Ley 10 de 1934 ni en su Decreto reglamentario número 652 de 1935. Existe sí para los trabajadores del servicio oficial, pues el inciso 2º del artículo 4º del Decreto 484 de 1944, que modificó el número 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".

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.

Tampoco existe disposición legal expresa en la Ley 10 de 1934 ni en el Decreto reglamentario número 652, citado, 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. El artículo 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 artículo 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, 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 aquélla rige el mismo plazo de cuatro años.

El derecho de 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 una salario ordinario, el patrón 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 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.

Así, pues, 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 las de los últimos cuatro años, porque las anteriores prescribieron.

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.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

Bogotá, treinta de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho.

El señor Guillermo Angel Dávila, por medio de apoderado, demandó a los señores Eulogio y Hugo Angel para el pago de salarios, cesantía, vacaciones, horas extras, dominicales y demás días de fiesta legal, prestaciones estas originadas en un contrato de trabajo que, para la administración de una finca de propiedad de los demandados, celebró con ellos.

Dice el apoderado del actor que éste fue llevado desde su infancia a una finca llamada "Buenavista", ubicada en el Municipio de Montenegro, Departamento de Caldas, perteneciente a los señores Angel. Allí comenzó a trabajar como ayudante y mandadero sin otra remuneración que el cuidado y los alimentos que le daban los dueños de la hacienda. En el mes de enero de 1920 se le reconoció un sueldo mensual de \$ 20.00, además de la alimentación y la vivienda. En el mes de agosto de 1925 se retiró de la hacienda, pero volvió en noviembre de 1927 y desde entonces el salario en dinero fue de \$ 30.00. En noviembre de 1940 se retiró nuevamente, hasta el 18 de julio de 1942, fecha en que regresó a la hacienda de "Buenavista" para con-

tinuar trabajando bajo la dependencia de los señores Hugo Angel, administrador, y Eulogio Angel, propietario, con un sueldo mensual de \$ 60.00, que luégo, en el año de 1946, fue subido a \$ 80.00 mensuales, aparte de vivienda y alimentación. El 7 de noviembre de 1946 se le despidió sin justa causa y sin que se le pagaran los salarios y las prestaciones sociales a que tenía derecho. El contrato era de duración indefinida y renovable, por tanto, cada seis meses. En consecuencia, el actor reclama también los salarios correspondientes al tiempo que faltaba para vencerse la última prórroga. Asegura el apoderado del demandante que en la actividad profesional de éste, puesta al servicio de la hacienda de "Buenavista", predominó el esfuerzo intelectual sobre el material, por lo cual tuvo la condición de empleado y no de obrero.

El demandado, al contestar la demanda, negó los hechos de ésta, se opuso a que se hicieran las declaraciones solicitadas y propuso algunas excepciones, tales como la de carencia de acción, prescripción e ilegitimidad de la personería sustantiva del demandado.

Conoció del negocio en primera instancia el Juez del Trabajo de Armenia, que lo falló condenando a Eulogio y Hugo Angel a pagarle a Guillermo Angel la suma de \$ 691.31, por concepto de cesantía, vacaciones y salarios.

Las dos partes apelaron de la citada providencia para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales, entidad esta que en fallo del 29 de mayo de 1947, reformó el numeral 1º del de primera instancia en el sentido de condenar a los demandados a pagar al actor la cantidad de \$ 1.229.73. Confirmó lo demás.

Interpuesto el recurso de casación por ambas partes y concedido por el Tribunal Seccional, se enviaron los autos a esta superioridad, la que, una vez recibidos, ordenó la fijación en lista. En este estado el honorable Magistrado doctor Cástor Jaramillo Arrubla se manifestó impedido por existir parentesco en cuarto grado de afinidad entre él y el señor Eulogio Angel, uno de los recurrentes. Aceptado el impedimento, se dispuso sortear conjuez de la lista patronal, habiendo resultado escogido el doctor Bernardo Mejía Rivera, quien aceptó y tomó posesión oportunamente.

Agotados los trámites legales, esta corporación procede a decidir el recurso.

El demandado recurrente invoca la causal primera del artículo 520 del Código Judicial y en cinco capítulos formula los cargos que en su orden serán examinados a continuación.

CAPITULO PRIMERO

UNICO CARGO

Dice el recurrente:

“La sentencia es violatoria de los artículos 12 y concordantes, de la Ley 10 de 1934 y de su Decreto reglamentario 652 de 1935, en sus artículos 1º, 2º y 3º, por aplicación indebida, que consiste en que dichas normas fueron estatuidas, con carácter especial, para los empleados y obreros urbanos, con exclusión de los trabajadores rurales. Por consiguiente, no ha podido ser aplicado por el sentenciador de instancia a este caso particular, por cuanto en él se contemplan prestaciones sociales de un trabajador agrario y no urbano.

“Esta tesis se sostiene, con fundamento jurídico y doctrinal, por el hecho de que el Legislador se vio en la necesidad de expedir la Ley 6ª de 1945, en virtud de la cual se hicieron extensivas aquellas prestaciones a todos los trabajadores sin discriminación.”

Se estudia el cargo:

La Ley 10 de 1934 no estableció derechos o prestaciones a favor de los obreros urbanos ni tampoco hizo exclusión de los trabajadores rurales. Dicha ley se refiere a los empleados particulares, sin distinguir entre los de la ciudad y los del campo. “Se entiende por empleado particular —dice—, 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 periódico o fija, participación de beneficios o cualquiera otra forma de retribución.” (Artículo 12).

Los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto 652 de 1935, definen lo que se entiende por empleado particular, por obrero y por patrono, dueño o empresario, sin que en parte alguna expresen nada que pueda considerarse siquiera como intención de excluir de los beneficios de la mencionada ley a quienes puedan ser clasificados, de acuerdo con la misma, como empleados particulares.

La Ley 6ª de 1945, es verdad, prescindió de la diferenciación entre empleados y obreros para asegurar igual tratamiento a unos y otros, pero no hay razón para sostener que sólo a partir de su expedición quedaron amparados los empleados particulares no urbanos, que lo están desde cuando comenzó a regir la Ley 10 de 1934.

Por tanto, se rechaza este cargo.

CAPITULO SEGUNDO

UNICO CARGO

Afirma el recurrente que la sentencia viola, por aplicación indebida, los artículos 12, 13 y "concordantes" de la Ley 6ª de 1945, por cuanto en el juicio no se estableció el valor de la finca o el capital de la empresa agrícola en que el actor prestó sus servicios, requisitos indispensables para determinar la cuantía de sus prestaciones.

Se estudia el cargo:

En primer término es de observar que la cita de disposiciones "concordantes" es impropia del recurso de casación. El recurrente debió citar precisamente las disposiciones sustantivas que considera quebrantadas.

Respecto de la violación de los artículos 12 y 13 de la Ley 6ª de 1945, por aplicación indebida, se anota que el Tribunal Seccional no hizo ninguna aplicación de tales normas. Para condenar al demandado se basó en preceptos de la Ley 10 de 1934 y de su Decreto reglamentario 652 de 1935, que no exigen tener en cuenta el capital de la empresa o patrono.

Y habiendo clasificado al trabajador demandante como empleado particular, obró de acuerdo con el artículo 36 de la Ley 6ª de 1945, al aplicar preferentemente la disposición más favorable.

Tampoco se admite este cargo.

CAPITULO TERCERO

UNICO CARGO

El recurrente acusa la sentencia por violación del artículo 12 de la Ley 10 de 1934 y de los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto 652 de 1935, violación proveniente de la apreciación errónea de las declaraciones presentadas tanto por el demandante como por el demandado, en relación con las funciones de aquél.

El recurrente acepta que tales funciones consistían en conseguir peones rústicos para desyerbas, corte de caña, resiembras, etc.; vigilar que estos trabajadores cumpliesen las labores encomendadas; pagar a los peones de la hacienda, y verificar trabajos materiales como envolver y empacar panela y llevarla hasta el lugar de consumo. Pero considera que la liquidación de jornales a los trabajadores, "que parece fue uno de los principales determinantes para la

calificación de empleado", no constituyó la función primordial y, por tanto, deduce que el demandante tuvo la calidad de obrero.

Se estudia el cargo:

Es bien sabido que en los juicios del trabajo el sentenciador es soberano en la apreciación de las pruebas y que la estimación que de ellas haga es intocable en casación, a menos que se haya incurrido en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

En el presente caso, el Tribunal Seccional se refirió a las funciones del trabajador en los términos siguientes:

"Para el Tribunal no hay ninguna duda de que el señor Guillermo Angel Dávila actuó dentro de un contrato de trabajo como un verdadero empleado y no cualquier clase de empleado, sino un empleado de toda la confianza del propietario de la finca y de su administración general. Aun cuando en el negocio hay múltiples declaraciones que confirman la calidad de mayordomo que tenía Angel Dávila, es suficiente para este despacho saber que sus oficios fueron los de vigilar el personal de trabajadores, pagarlos, contratarlos, llevar dinero de la finca, de una ciudad a otra o de una ciudad a la finca, atender a todas las necesidades técnicas de la finca, etc. Esto se confirma por la misma confesión que hacen los demandados por conducto de su representante al contestar la demanda. Entonces tenemos (sic), que la clase de oficios desempeñados por Angel Dávila le dan la categoría de empleado, aunque no se entrara a discutir si en realidad fue o no el administrador o mayordomo de la finca de "Buenavista".

Es indudable que en las funciones que señala el Tribunal Seccional —contratar peones, vigilarlos, pagarlos, dirigir los trabajos de la finca— funciones cuyo ejercicio por parte del actor no niega el recurrente, prevalece el esfuerzo intelectual sobre el material. En cuanto a la labor de envolver, empacar y transportar panela, que implica aparentemente mayor esfuerzo físico, no hay de donde inferir que fuese la más importante.

No está, pues, comprobado el error de hecho y, en consecuencia, tampoco se acepta este cargo.

CAPITULO CUARTO

PRIMER CARGO

Sostiene el recurrente que el Tribunal dejó de apreciar el documento contentivo del contrato celebrado entre el demandante y uno de los demandados, visible al folio 20 del expediente, del cual resulta

que las relaciones jurídicas de las dos partes fueron de derecho común y no de trabajo. A consecuencia de ello el fallador incurrió en error de hecho que lo llevó a la violación de la Ley 10 de 1934 y su Decreto reglamentario número 652 de 1935.

Se estudia este cargo:

Esta corporación ha expresado repetidas veces que no es admisible que se mencione como violado toda una ley o todo un estatuto sino que es necesario individualizar las disposiciones que se consideren infringidas e indicar, además, el modo en que lo han sido, esto es, si por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea. No obstante, por amplitud, se examinará el cargo.

Evidentemente al folio 20 del expediente se encuentra el original de un contrato celebrado el 2 de abril de 1944 entre los señores Hugo Angel, Angel y Guillermo Angel D., por medio del cual el segundo se compromete a producir o elaborar panela de los cañamelares que el primero administra y explota; a entregarla en la plaza de Armenia o Montenegro, o en los almacenes de depósito que se le indiquen; a desyerbar, deshojar, cultivar y beneficiar dichos cañamelares por su cuenta; a hacer las resiembras de caña y a cuidar las mulas y demás bestias de servicio de la hacienda. Angel Angel se compromete a suministrar a Angel D., las herramientas para el beneficio de la caña y para las demás labores, los empaques para la panela y las mulas necesarias para el acarreo de la caña, de las leñas y de la panela. Se obliga también Angel Angel a pagar las desyerbas de los cultivos de caña a razón de \$ 15.00 cada cuadra y a hacer los gastos que demande la reparación de las maquinarias. Se fija el precio de cada carga de panela de ocho arrobas cada una y de doce atados cada arroba en \$ 4.00. Se señala como término de duración del contrato el de dos años, prorrogables a voluntad de las partes.

El Tribunal no menciona este contrato, pero como manifiesta que acoge el fallo de primera instancia, conviene transcribir la declaración de éste en lo pertinente:

“En cuanto a la existencia de contrato de trabajo en la forma y laxos (sic), indicados en el libelo de demanda, ninguna duda queda al juzgador sobre tal hecho pues de la abundante prueba testimonial producida en el juicio se acredita en forma indubitable esa relación contractual, sin que el contrato de elaboración de panela celebrado entre Hugo Angel y Guillermo Angel Dávila, el día 2 de abril de 1944 menoscabe la vigencia del primero ya que éste continuó sus gestiones de administrador mayordomo.”

Como lo anota el Juez de primera instancia, los numerosos tes-

timonios allegados al juicio son suficientes para demostrar la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y el demandado sobre prestación de servicios en la hacienda de éste, que se prolongó hasta noviembre de 1946, o sea que comprendió el posible período de duración del contrato celebrado el 2 de abril de 1944.

Por otra parte, aún en la hipótesis de que esta especie de contrato hubiera de regirse por el derecho común y no por el de trabajo, según lo dice el recurrente sin dar razón alguna, no está demostrado que sus estipulaciones tuviesen cumplida ejecución.

Las declaraciones aducidas por la parte demandada no hablan del supuesto contrato civil y antes bien, son claras en el sentido de afirmar que el demandante estuvo subordinado siempre al señor Angel Angel en el desarrollo de sus actividades. Así, por ejemplo, el testigo Moisés Vargas dice que Guillermo Angel D. "era dirigido por don Hugo", como los demás trabajadores y que "ha estado siempre bajo la dependencia de otro". Agrega que desde el mes de abril de 1944 el señor Angel D. se encargaba apenas de vigilar los trabajos y hacer los pagos a los trabajadores, "como encargado y mandado por don Hugo". En el mismo sentido deponen Julio Vargas, Antonio Vargas, José Bernardo Botéro, Francisco E. Rúa y José Echavarría. Este último dice que Angel D. "hacía los pagos de los trabajadores, después de recibir el dinero de manos de don Hugo, unas veces..."

Sí, pues, el señor Angel Dávila desempeñó sus funciones bajo la dependencia del demandado sin ninguna variación apreciable en el último período de servicio, o sea entre el 18 de julio de 1942 y el 7 de noviembre de 1946, la no estimación del documento en que consta un contrato cuya ejecución no está comprobada, no implicó un error de hecho que incidiera en la sentencia de segundo grado y, por tanto, no prospera este cargo.

SEGUNDO CARGO

Dice el recurrente que el Tribunal, al condenar al pago de vacaciones por un término de cinco años a razón de \$ 80.00 mensuales, más \$ 45.00 deducidos del peritazgo que obra en el juicio, incurrió en error de hecho que lo condujo a la violación de la ley sustantiva por aplicación indebida.

Agrega que habiendo existido el contrato a que se refirió en el cargo anterior y que se extendió a dos años, no podía condenarse a vacaciones por ese tiempo ni tampoco liquidarlas de acuerdo con el sueldo de \$ 80.00 devengado en los últimos tres meses sino con

la doceaba ganada en cada año, ni condenarse por el tiempo anterior a 1940, por no existir prueba acerca del salario correspondiente.

Se estudia este cargo:

El texto pertinente de la sentencia acusada dice así:

"Comprobado el trabajo continuo de Angel Dávila, entre el 20 de noviembre de 1934, fecha de la sanción de la ley de ese año, hasta los primeros días de noviembre de 1940, fecha en la cual se retiró voluntariamente, hay que concluir que en este período tiene derecho a cinco vacaciones y no a seis, como había liquidado el señor Juez de instancia, puesto que en el último año, que terminó en los últimos días de noviembre de 1940, no aparece que lo hubiera trabajado en forma completa, para que tenga derecho al descanso. El sueldo que se debe tener en cuenta para la liquidación de estas cinco vacaciones es de \$ 60.00, más cuarenta y cinco pesos por concepto de alimentación y alojamiento. Esto da un sueldo mensual de \$ 105.00 mensuales sobre el cual se liquidará definitivamente. Siendo el derecho a una vacación igual al medio sueldo de un mes, es decir, a \$ 52.50, debe multiplicarse esta cantidad por cinco, o sean las vacaciones a que tiene derecho en el primer período y nos da un total de \$ 262.50

"En el segundo período en el cual el empleado tiene derecho a vacaciones, está comprendido entre el 18 de julio de 1942 y el 18 de julio de 1946, con sueldo mensual de \$ 60.00, o sea de \$ 105.00, agregando el alojamiento y la alimentación, ya que \$ 80.00 no vino a ganar, como lo hemos visto sino en los cuatro meses anteriores al 7 de noviembre, fecha del despido. Entonces en este segundo período tiene derecho a cuatro vacaciones de \$ 52.50 cada una, o sea... 210.00

Total por concepto de vacaciones.....\$ 472.50."

Como se ve, no es cierto que el Tribunal tomara como base para liquidación de las vacaciones que reconoció al actor el sueldo de \$ 80.00, según lo afirma el recurrente, sino el de \$ 60.00, más \$ 45.00 por concepto de alojamiento y alimentación. Esta remuneración básica la aplicó tanto respecto del período posterior a 1940 como del anterior.

En lo relativo a la existencia del contrato que indica el recurrente, el punto quedó estudiado y decidido al analizar el cargo anterior.

Además, no cita el recurrente las disposiciones sustantivas que considera violadas, por lo cual no será posible examinar a fondo este cargo, sin perjuicio de que cuando se considere el que formula ade-

lante sobre prescripción, se tenga en cuenta la condenación por vacaciones relativa al período anterior a los últimos cuatro años de servicio.

No se acepta este cargo como ha sido propuesto.

TERCER CARGO

La sentencia al condenar al pago de vacaciones y de cesantía, aumentando la retribución mensual del demandante en la suma de \$ 45.00 en que peritos apreciaron el valor de la alimentación y del alojamiento que a Angel Dávila le daban los demandados, incurrió en error de hecho que lo llevó a violar disposiciones sustantivas.

Agrega el recurrente que el actor necesariamente debía residir en la hacienda, pero que es excesivo avaluar, como lo hicieron los peritos, en \$ 15.00 mensuales al alojamiento ya que sólo ocupaba una pieza de una de las casas de la finca, y que si se sienta ese precedente los dueños de predios rurales se verán obligados a rebajar proporcionalmente los salarios de sus trabajadores. Dice también el recurrente que en ninguna parte aparece demostrado que los demandados suministraran al señor Angel Dávila la alimentación, que los expertos estimaron en \$ 30.00 mensuales.

Se estudia este cargo:

No señala tampoco el recurrente la disposición sustantiva que supone infringida por el Tribunal. Por ello, esta corporación se limita a observar simplemente que si un trabajador reside en el lugar en que presta sus servicios, es porque se presume que el patrón le da allí mismo alojamiento y alimentación, como parte del salario, y por tanto corresponde a éste demostrar lo contrario, lo que no se hizo en el juicio.

Por otra parte, la objeción del dictamen pericial por error grave fue declarada infundada por falta de pruebas.

No se admite este cargo.

CAPITULO QUINTO

UNICO CARGO

Dice el recurrente:

“Acuso igualmente la sentencia, por aplicación errónea de la ley sustantiva, que determinó la violación del artículo 4º de la Ley 165 de 1941. En efecto:

“Oportunamente, al contestar la demanda, alegué la excepción perentoria de prescripción de la acción establecida por Angel Dávila. Como razones para ello tenía, en primer lugar, la de que desde el año de 1940 el señor Angel se había retirado de la hacienda de Buena Vista, y que al regresar en 1942 lo hizo no en calidad de asalariado sino en

calidad de contratista, de acuerdo con el contrato que ya ha citado en esta demanda y, en segundo lugar, porque sumados el tiempo de ausencia y el en que estuvo como contratista, daban un lapso mayor de cuatro (4) años, que hacía prescribir toda acción del año de 1940 para atrás, cualquiera que fuera el derecho reclamado por concepto de prestaciones sociales. Y como el Tribunal sentenciador denegó mi solicitud, que fundé en el artículo citado como violado, incurrió en la violación de éste, ya que le dio una errónea interpretación a esa disposición, que aparece de manifiesto en los autos."

Se estudia este cargo:

El Tribunal condenó al pago de dos prestaciones sociales: la de auxilio de cesantía por el término de duración de la última relación contractual que existió entre el actor y el demandado, o sea el comprendido entre el 18 de julio de 1942 y el 7 de noviembre de 1946, y la de vacaciones causadas y no disfrutadas respecto del lapso transcurrido desde el 20 de noviembre de 1934 hasta los primeros días de noviembre de 1940, por una parte, y entre el 18 de julio de 1942 y la misma fecha de 1946.

Ahora bien, el artículo 4º de la Ley 165 de 1941, dice:

"Ampliase 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 accidente de trabajo. Queda derogado el artículo 17 de la Ley 57 de 1915 y modificado el artículo 2543 del Código Civil."

Según la tesis del recurrente el derecho al auxilio de cesantía prescribe como el derecho al salario en cuatro años.

El Tribunal Supremo no comparte en manera alguna esa tesis, ya que no hay disposición legal expresa que le sirva de fundamento. Pero ocurre que aún en la hipótesis de que así fuere, el cargo por este aspecto sería inaceptable porque aquel derecho no se causa sino a partir del momento en que termina la relación de trabajo. Y como en el presente caso el retiro del trabajador se efectuó el 7 de noviembre de 1946 y la demanda se promovió y quedó notificada a fines del mismo mes, no pudo tener cabida esa prescripción. En cuanto al derecho a vacaciones compensadas en dinero cuando se trata de empleados particulares, tampoco hay disposición legal expresa pero este Tribunal ha considerado que es aplicable por analogía el precepto correspondiente del Decreto 484 de 1944, reglamentario de la ley sobre vacaciones de los trabajadores públicos.

En efecto, en el fallo de 24 de mayo de 1947, dictado en el juicio de Carlos Julio Ruiz contra Da Vía Hermanos, se expresó lo siguiente:

“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 1934 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 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.

“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 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 exista ley que contemple exactamente el caso controvertido, se aplicará la que regula 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 aquélla rige el mismo plazo de cuatro años.

“Ya se dejó visto que el derecho a vacaciones es el que se otorga a quien trabaje 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 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 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. 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 las de los últimos cuatro años, porque las anteriores prescribieron.

“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 permitidas 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.”

Ciertamente el recurrente no cita como violado el artículo 5º del Decreto 484 de 1944, que conforme a la anterior doctrina es la disposición aplicable a la prescripción de las vacaciones. Sólo señala el artículo 4º de la Ley 165 de 1941, que trata de la prescripción de las acciones provenientes del salario. Mas, como, conforme al primero de dichos preceptos, la prescripción es la misma, se casará la sentencia recurrida en cuanto a la petición de vacaciones.

Se profiere el fallo que reemplaza la parte infirmada del que es objeto del recurso.

El demandante afirmó que no le fueron concedidas sus vacaciones de acuerdo con lo que dispone la ley, y el demandado no negó el hecho sino que se limitó a manifestar que no siendo empleado particular no le correspondía tal prestación y que en el caso de clasificársele como tal dicha prestación habría prescrito.

Este Tribunal estima que en las funciones que desempeñó el señor Guillermo Angel Dávila al servicio de los demandados y que fueron las de vigilar el personal de trabajadores, contratarlos, pagarlos, empacar panela, llevarla a la ciudad, y, en general, dirigir las labores propias de una hacienda, prevaleció la actividad intelectual sobre la material, lo que es suficiente para clasificarlo como empleado particular de acuerdo con la Ley 10 de 1934 y su decreto reglamentario.

Está comprobado, además, que desempeñó tales funciones desde el 18 de julio de 1942 hasta el 7 de noviembre de 1946.

Se le dejaron de conceder, en consecuencia, cuatro turnos de vacaciones correspondientes a cuatro años completos de servicio comprendidos entre el 18 de julio de 1942 y la misma fecha de 1946, que deben liquidarse sobre un salario de \$ 60.00 en dinero, y \$ 45.00 en habitación y alimentos, y a razón de quince días por cada año de servicio, o sean \$ 210.00.

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 29 de mayo de 1947, proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales en el presente juicio, en cuanto condenó a los demandados a pagar al actor la suma de cuatrocientos setenta y dos pesos con cincuenta céntavos (\$ 472.50) moneda legal, por concepto de va-

caciones causadas y no disfrutadas; en su lugar, reforma el ordinal 1º de la sentencia de primera instancia, en el sentido de fijar en doscientos diez pesos (\$ 210.00) moneda legal, la suma que los señores Eulogio y Hugo Angel están obligados a pagar al señor Guillermo Angel Dávila por el referido concepto; y no casa la sentencia acusada del Tribunal de Manizales, 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. — Bernardo Mejía Rivera. — Guillermo Martínez R., Secretario.

TRABAJADORES A DOMICILIO. LIBRE APRECIACION DE PRUEBAS. DOMINICALES. CONDENA EN ASBTRACTO.

Para que pueda entenderse que no hay contrato de trabajo deben reunirse todas las circunstancias que señala la parte final del artículo 1º de la Ley 6ª de 1945; esto es, que se celebre sin consideración a la persona que haya de ejecutar la obra respectiva, lo que quiere decir que ya no se trata de un servicio personal del trabajador, con lo cual bastaría para que no se configurara el contrato, y que no haya sujeción a horarios, reglamentos, etc., condición esta que sobra desde el momento en que no se realiza el trabajo personalmente. A *contrario sensu*, si la labor a realizar se encomienda *intuitu personae*, es decir, teniendo en cuenta las condiciones de quien la va a ejecutar, y bajo el control del patrono, subsiste la relación de trabajo, aun cuando, como ocurre en el caso del que se efectúa a domicilio, éste, por su misma naturaleza, escapa a la fijación de un horario determinado o a un reglamento especial.

Cuando la ley habla de sujeción a horario, reglamentos o control, tratándose de ejecución de obra determinada, no está indicando precisamente que se requiera la concurrencia de todas estas condiciones, porque la conjunción empleada, como disyuntiva que es, hace que la existencia de una cualquiera de ellas, relacionada con la primordial de la ejecución personal y directa de la labor, y el salario configure el contrato de trabajo. De manera que si se establece que se ha encomendado la confección de una obra determinada, en consideración a las condiciones personales del trabajador con una remuneración y, además, ella se lleva a cabo bajo el control especial del patrono, esto es, bajo las instrucciones que se le den a aquél, y si la obra no es ocasional sino con carácter de permanencia, se tiene un verdadero contrato de trabajo.

Como tesis general, se puede sentar la de que los trabajadores a domicilio, en determinadas circunstancias gozan de las mismas garantías que los demás trabajadores. Cuando ejecutan su labor personalmente y lo hacen bajo las instrucciones o el control del patrono, aun cuando no estén sometidos a horarios fijos, no dejan de tener la calidad de trabajadores vinculados al patrono, amparados por las disposiciones legales.

El Tribunal de instancia goza de un radio de amplitud considerable para apreciar las pruebas que se aduzcan para establecer los hechos en que se funda el derecho de las partes. Con mayor razón cuando se trata de las que se hacen valer ante la jurisdicción especial del trabajo, en virtud de la regla 4ª del artículo 3º de la Ley 75 de 1945. Esa libre apreciación de pruebas no puede destruirse en casación sino cuando es de tal manera equivocada o errónea que haya producido un error de hecho o de derecho que a su vez lleve a la violación de una norma legal, y es necesario que el error de la primera naturaleza aparezca de manifiesto en los autos.

Para que el trabajador tenga derecho a que se le pague el descanso dominical, es preciso que demuestre que ha prestado el servicio en todos los días laborables de la semana, con la excepción que consagra el artículo 7º de la Ley 6ª de 1945, en el sentido de que falte el trabajador con justa causa si no fuere por más de dos días.

La prueba del salario es cuestión fundamental en los juicios del trabajo para poder deducir el monto de las prestaciones que de su cuantía se deriven. Por lo tanto, es equivocado el procedimiento adoptado por los jueces, cuando éste no se establece en el proceso, de remitir la fijación de su cuantía al que establece el artículo 553 del C. J. que no es aplicable sino cuando se trata de daños o perjuicios, intereses, frutos y cosas análogas.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía).

Bogotá, octubre dos de mil novecientos cuarenta y ocho.

Por medio de apoderado demandó Querubín Duarte, ante el Juzgado del Trabajo de Girardot, a Andrés Guzmán, a fin de que le pa-

gase algunas prestaciones sociales, por haber trabajado como obrero exclusivo suyo desde el 1º de diciembre de 1944 hasta el 3 de agosto de 1946, en la confección de calzado, así:

Por cesantía, \$ 50.00; por vacaciones, \$ 60.00; trabajo en días feriados, \$ 55.00, y por dominicales, \$ 400.00, lo que totaliza la suma de quinientos sesenta y cinco pesos (\$ 565.00).

Como hechos de la demanda adujo los siguientes:

Que estuvo al servicio del demandado con el carácter de obrero exclusivo suyo, desde el 1º de diciembre de 1944 hasta el 3 de agosto de 1946, esto es, durante veinte meses. Que se ocupó en la fabricación de calzado, a domicilio, y que se le pagaba un promedio de treinta pesos semanales. Que Guzmán no le pagó descansos dominicales, ni los demás días feriados que la ley señala, ni le dio vacaciones ni le pagó la correspondiente cesantía.

Se opuso el demandado a que se hicieran las declaraciones pedidas por el demandante, manifestando que no hubo contrato de trabajo alguno entre él y el demandante, porque se trataba del llamado contrato de "confección de obra", y por lo mismo no tuvo ningún vínculo de dependencia o subordinación, pues trabajaba en su domicilio, y bien podía ocuparse de la elaboración de obras para otras personas

Con fecha 28 de abril de 1941 el Juzgado del conocimiento decidió el litigio y condenó al demandado a pagar a Duarte la cantidad de quinientos cincuenta pesos (\$ 550.00) por concepto de dominicales, vacaciones y días feriados civiles.

Apelada esta providencia para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, esta entidad profirió su sentencia el día 15 de septiembre siguiente, y en su parte dispositiva dijo lo siguiente:

"Refórmase el fallo apelado, materia de estudio, proferido por el Juzgado Seccional del Trabajo de Girardot, con fecha 28 de abril del año en curso, en el sentido de condenar solamente al señor Andrés Guzmán a pagar al señor Querubín Duarte el valor correspondiente a noventa y siete días de salario (97) (sic), por valor del auxilio de cesantía, dominicales y días de fiesta señalados por la ley, conforme a la parte motiva de esta providencia."

"La estimación del salario deberá hacerse conforme lo ordenado en el artículo 553 del C. J."

LA CASACION

Contra esta decisión del Tribunal Seccional de Bogotá se interpuso el recurso de casación, por considerarse que envolvía cuestiones fundamentales en derecho del trabajo.

Admitido el recurso y una vez tramitado en la forma legal, se procede a decidirlo, mediante el examen de la demanda de casación que ha presentado el apoderado del recurrente.

EL RECURSO

En escrito presentado ante este Tribunal, el apoderado del recurrente formula dos cargos contra la sentencia del Tribunal Seccional de Bogotá.

El primer cargo dice así:

“De las declaraciones de Víctor Julio Castro (fs. 8v.), Roberto Castaño (fs. 16) y Manuel José Hernández Yepes (fs. 17), todas las cuales están contestes se desprende, que Duarte sí trabajo en forma permanente para el demandado en forma exclusiva, en la elaboración de calzado, y que su pago era por unidad de obra, lo cual no desvirtúa el vínculo contractual de trabajo; los deponentes nombrados anteriormente fueron contrainterrogados por el señor apoderado de la parte demandada y tanto las respuestas como las explicaciones dadas por ellos aparecen claras y satisfactorias y no se observa contradicción alguna entre cada una de ellas o entre una y otra, en estas condiciones, dichos testimonios hacen plena prueba a juicio del Tribunal.” (Fs. 39 a 40).

“8) Acepta, pues, el Tribunal sentenciador como plenamente demostrado el supuesto contrato de trabajo entre Guzmán y Duarte, con todas las características que lo distingue, atribuyéndole a los testimonios de las personas indicadas —únicos testigos— el mayor grado de convicción legal.”

“9) A fs. 16 y 17, obra la exposición del testigo Roberto Castaño, quien, refiriéndose a las condiciones de trabajo del demandado, dice:”

“No había ni horarios ni reglamentos.” Y, más adelante, en forma más concreta, agrega: **‘No me consta, porque no lo oí, las condiciones que expusiera el señor Guzmán a Duarte para la ejecución de esos trabajos. Más claro, no supe a qué precio iba a confeccionar la unidad, ni cuánta al día, ni la forma de pago’.**”

“10) Y el testigo Víctor Julio Castro, a su turno, afirma:”

“En cuanto a lo relacionado con el contrato no me consta por el motivo, a que, como ya lo he dicho, entré a trabajar a dicho taller en el mes de marzo del año pasado, ocasión en la cual encontré trabajando allí al mismo Duarte, de lo que se desprende que dicho señor venía de antemano trabajando allí, sin saber yo las condiciones sobre el particular”. (Fs. 10).”

“11) Surge de lo que se deja transcrito, sin lugar a la menor duda, que los testigos referidos no afirman en manera alguna, y menos en la forma responsiva que exige la ley, como lo estimó el Tribunal, que el actor haya estado ligado al demandado por razón del vínculo jurídico que configura el contrato de trabajo, que, como es sabido, se caracteriza por la continuada dependencia y subordinación de quien presta servicio, a favor de quien lo retribuye. Estos elementos —subordinación y continuada dependencia— son condición *sine qua non* del contrato de trabajo, y sin ellos él no puede subsistir.”

“12) De suerte que, al atribuir el Tribunal a los testimonios de los señores Castro, Castaño y Hernández una fuerza de convicción legal que no tienen, en cuanto a las características que configuran el contrato de trabajo, especialmente en cuanto a la insustituible subordinación y dependencia, incurrió en **error de hecho** en la apreciación de la prueba, manifiesto en los autos, que lo llevó a quebrantar el artículo 1º de la Ley 6ª de 1945, el cual establece que ‘hay contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal bajo la **continuada dependencia de otro, mediante remuneración**, y quien recibe tal servicio.....’ (Subrayo).”

“13) Sin el error cometido, en la apreciación de la prueba, el Tribunal no hubiera hallado probado el supuesto contrato de trabajo de que trata el actor, y del cual pretende derivar su derecho, y entonces no se hubiera producido la condena.”

Se encamina el cargo transcrito a establecer que los testimonios de los señores Roberto Castaño, Víctor Julio Castro y Manuel José Hernández no son suficientes para demostrar que entre el demandante Duarte y el demandado Guzmán haya existido un vínculo jurídico que configure el contrato de trabajo que se afirma existió entre los litigantes.

Sostiene que hubo error de hecho por parte del Tribunal al atribuir a los mencionados testimonios una fuerza de convicción que no tienen; que en todo caso no se ha configurado el elemento subordinación, que es esencial en la formación del contrato de trabajo.

Se examina el cargo.

Según los términos de la acusación, se trata de que el Tribunal de instancia apreció equivocadamente las declaraciones de los testigos presentados por el demandante, pues de ellas no se desprende con exactitud que Duarte fuera un trabajador al servicio exclusivo de Guzmán. Que, además, el obrero no se hallaba sometido a horarios

ni reglamentos determinados, por lo cual no aparece configurada la subordinación existente entre las partes, para que pueda sostenerse que hubo un verdadero contrato de trabajo entre ellos.

Ya este Tribunal ha examinado en diversas providencias las características del trabajo a domicilio, entre ellas la de fecha 30 de marzo de este año, en la cual emitió los siguientes conceptos:

“En sentir de esta corporación, para que pueda entenderse que no hay contrato de trabajo deben reunirse todas las circunstancias que señala la parte final del artículo 1º de la Ley 6ª de 1945; esto es, que se celebre sin consideración a la persona que haya de ejecutar la obra respectiva, lo que quiere decir que ya no se trata de un servicio personal del trabajador, con lo cual bastaría para que no se configurara el contrato, y que no haya sujeción a horarios, reglamentos, etc., condición esta que sobra desde el momento en que no se realiza el trabajo personalmente. A **contrario sensu**, si la labor a realizar se encomienda **intuitu personae**, es decir, teniendo en cuenta las condiciones de quien la va a ejecutar, y bajo el control del patrono, subsiste la relación de trabajo, aun cuando, como ocurre en el caso del que se efectúa a domicilio, éste, por su misma naturaleza, escape a la fijación de un horario determinado o a un reglamento especial.”

“Y es que cuando la ley habla de sujeción a horarios, reglamentos o control, tratándose de la ejecución de obra determinada, no está indicando precisamente que se requiera la concurrencia de todas estas condiciones, porque la conjunción empleada, como disyuntiva que es, hace que la existencia de una cualquiera de ellas, relacionada con la primordial de la ejecución personal y directa de la labor, y el salario configure el contrato de trabajo. De manera que si se establece que se ha encomendado la confección de una obra determinada, en consideración a las condiciones personales del trabajador con una remuneración y, además, ella se lleva a cabo bajo el control especial del patrono, esto es, bajo las instrucciones que se le den a aquél, y si la obra no es ocasional sino con carácter de permanencia, se tiene un verdadero contrato de trabajo.”

“Mas, como se afirma que el trabajador a domicilio está excluido de los beneficios de la ley, por la misma razón de que no puede someterse a horario fijo, y al mismo tiempo se hace referencia a la excepción de que trata el artículo 13 de la Ley 6ª de 1945, cuando habla de los trabajadores a domicilio que no tengan vínculo permanente con el patrono, cabe observar que justamente por esta referencia se admite que en determinados casos puede existir tal vínculo entre esos trabajadores y un patrono. De consiguiente, es preciso

estudiar, en cada caso, si por las circunstancias peculiares en que se realiza la labor, hay o no una relación de trabajo de las que conllevan prestaciones a cargo del patrón. Pero, como tesis general, se puede sentar la de que los trabajadores a domicilio, en determinadas circunstancias gozan de las mismas garantías que los demás trabajadores. Cuando ejecutan su labor personalmente y lo hacen bajo las instrucciones o el control del patrono, aun cuando no estén sometidos a horarios fijos, no dejan de tener la calidad de trabajadores vinculados al patrono, amparados por las disposiciones legales."

De suerte que este aspecto de la cuestión se halla completamente dilucidado y no es necesario volver sobre él hoy.

Cuanto a lo referente a las pruebas señaladas por el recurrente como mal apreciadas, se tiene lo siguiente:

Sabido es que el Tribunal goza de un ámbito de gran amplitud para la estimación de las pruebas que se aduzcan en los juicios de trabajo, siendo como es, que, según la regla 4ª del artículo 3º de la Ley 75 de 1945, la tarifa legal de pruebas no es estrictamente obligatoria, por lo que el juzgador forma su convencimiento libremente. Así, pues, si los testimonios que sirvieron de base para que el Tribunal diera por demostrado el hecho de que el trabajador Duarte laboraba exclusivamente para Guzmán, de un lado, y de otro, que la obra se realizaba mediante trabajo de todos los días de la semana, esta superioridad no podría desestimar esta apreciación sino en el caso de que de ella apareciera un evidente error de hecho que lo hubiera conducido a violar una disposición legal.

Es, pues, necesario examinar los aludidos testimonios, a fin de poder determinar si no aparece establecida la verdad que el Tribunal creyó hallar demostrada por medio de ellos.

El testigo Roberto Castaño, en la parte sustancial de su declaración dijo, al preguntársele si Querubín Duarte trabajaba a las órdenes de Guzmán, con sujeción a horarios determinados, es decir, si se habían fijado previamente en el contrato de trabajo las horas en que éste debía comenzar y terminar su labor y si tenía fijados reglamentos para dichos trabajos y salario fijo y determinado, lo siguiente: "No había horarios ni reglamentos. Menos había salario fijo." Al preguntársele cómo tenía conocimiento de que Duarte trabajaba únicamente para Guzmán, expresó: "Es evidente que yo no trabajaba en compañía de Duarte, pero sí me consta que el señor Guzmán le despachaba al señor Duarte el material necesario para la confección de dos pares de zapatos de corcho, los cuales (sic) el obrero Duarte hacía entrega a Guzmán a eso de las 5 y media o 6 de la tarde. Idóneo en la materia como soy puedo afirmar como puede afir-

marlo cualquier otro obrero en esta clase de obras que por hábil que sea quien se encargue de ella, no podrá hacer más de dos pares en el día. Por esta circunstancia puedo afirmar que Duarte trabajaba sólo para el señor Guzmán, desde luego que los dos pares de zapatos en que necesariamente empleaba el día." Al preguntársele acerca de las condiciones del contrato de trabajo entre Duarte y Guzmán, dijo: "Presencí que Duarte al llegar al almacén de Guzmán le solicitó trabajo y a su vez el señor Guzmán le dio trabajo para confeccionar calzado de plataforma. No me consta, porque no lo oí, las condiciones que expusiera el señor Guzmán a Duarte para la ejecución de esos trabajos. Más claro: no supe a qué precio iba a confeccionar la unidad ni cuántas al día ni la forma de pago."

El testigo Víctor Julio Castro en su declaración coincide, más o menos, con Castaño, especialmente en cuanto al hecho de que Duarte trabajaba exclusivamente para Guzmán, cuando dice: "Es evidente que el señor Duarte le trabajaba en calidad de obrero únicamente para el señor Guzmán en la hechura de calzado de corcho y entre los dos existía relación de dependencia y por tanto el señor Guzmán entregaba al señor Duarte material suficiente para la confección de dicho calzado, advirtiéndole, eso sí, la cantidad de pares que debía confeccionar de ese material, que en caso de faltante el señor Guzmán suministraba al señor Duarte para la terminación de la obra que le ordenaba confeccionar al señor Duarte."

Al interrogársele acerca de cómo sabía que Duarte trabajaba únicamente para Guzmán, contestó:

"En primer lugar, yo trabajaba en el taller del señor Guzmán, que tiene establecido en el barrio del Alto del Rosario de esta ciudad, y por ello me daba cuenta que el señor Duarte trabajaba únicamente para el señor Guzmán en la confección de calzado de corcho por el material que le entregaba. En segundo lugar, porque la cantidad de unidad que diariamente confeccionaba el señor Duarte, según el conocimiento que tengo en la materia, es tarea forzosa para realizarla en un día, sea cual fuere la práctica que se tuviera en ello en tratándose de dos pares en adelante. Hubo días que el señor Duarte confeccionó sólo un par, pero ello obedeció, lo que me consta personalmente, por ser yo el guarnecedor, a que no le daban material suficiente para hacer más de esa unidad y que obedecía a la escasez de cortes."

Más adelante, en lo referente al contrato que existiera entre Guzmán y Duarte, dijo:

"En cuanto a lo relacionado con el contrato, no me consta, y no me consta por el motivo a que, como ya lo he dicho, entré a que (sic)

como ya lo he dicho (sic), entré a trabajar a dicho taller en el mes de marzo del año pasado, ocasión en la cual encontré trabajando allí mismo al señor Duarte, de lo que se desprende que dicho señor venía de antemano trabajando allí sin saber yo las condiciones sobre el particular." Manifestó también no constarle nada directamente con respecto a la causa del retiro del trabajador.

De la declaración del testigo Manuel José Hernández aparece que entró a trabajar como obrero en el establecimiento de Duarte en diciembre de 1944 y que laboró hasta fines de 1946. Que Duarte trabajaba exclusivamente para Guzmán en la confección de calzado de corcho, para lo cual se le entregaban los materiales para que trabajara en su domicilio, con excepción de los tres primeros meses, en que trabajó en el taller que Guzmán tenía en su casa. Que el retiro de Duarte se debió a que se le desmejoró, al ocupársele en confección de calzado de plataforma, porque devengaba menor salario, según se lo había manifestado personalmente aquél.

Se considera:

El Tribunal de instancia goza de un radio de amplitud considerable para apreciar las pruebas que se aduzcan para establecer los hechos en que se funda el derecho de las partes. Con mayor razón cuando se trata de las que se hacen valer ante la jurisdicción especial del trabajo, en virtud de la regla 4ª, del artículo 3º de la Ley 75 de 1945. Esa libre apreciación de la prueba no puede destruirse en casación sino cuando es de tal manera equivocada o errónea que haya producido un error de hecho o de derecho que a su vez lleve a la violación de una norma legal, y es necesario que el error de la primera naturaleza aparezca de manifiesto en los autos.

Ahora: en el caso que se estudia, si bien es cierto que están de acuerdo los testigos en cuanto al hecho de que el trabajador Duarte no se hallaba sometido a horarios fijos, ni conocían las condiciones del trabajo, esas circunstancias no son suficientes, en sentir de este Tribunal, para que pueda darse por no existente el contrato, según lo ha dejado ya establecido la jurisprudencia que sobre el particular se ha transcrito. No parece dudoso que en realidad de verdad el demandante trabajara en forma exclusiva, como lo dicen los testigos, para el demandado, en las condiciones que expresan sus testimonios. De esa suerte, la apreciación del Tribunal no ofrece la característica exigida por la ley en el sentido de que aparezca notoriamente en los autos. Por lo cual no se configura para el caso el error de hecho alegado, y, por consiguiente, el cargo no puede prosperar.

SEGUNDO CARGO

"En subsidio del primer cargo, alego el presentè:

"14) Dice el Tribunal sentenciador":

"El demandado no negó el hecho de no haber pagado a Duarte el valor correspondiente a los dominicales y días de fiesta, y como se halla acreditado que el trabajador laboraba durante todos los días hábiles de la semana en beneficio exclusivo del demandado, es lógico concluir que le debe el valor correspondiente a los dominicales y días festivos señalados por la ley, transcurridos durante el período de tiempo que Duarte estuvo al servicio de Guzmán. El número de domingos transcurridos durante este tiempo son (sic) ochenta (80), y el número de días festivos señalados por la Ley son (sic) 11, es decir, le debe el valor correspondiente al salario de noventa y un días (91), conforme se acreditare que era el salario, de acuerdo con el artículo 553 del C. J.' (Fs. 41)."

"15) En el proceso sólo obran, como se ha dicho, para demostrar los hechos constitutivos de la acción, los testimonios de los señores Víctor Julio Castro, Roberto Castaño y Manuel José Hernández Yepes, pero leídas sus exposiciones con el cuidado que el asunto merece, se viene en conclusión que ninguno de ellos afirman, como lo da por sentado el Tribunal, que el actor, Querubín Duarte trabajara todos los días laborales de la semana, o al menos la mayor parte de ellos, al servicio de Guzmán, para tener derecho al descanso dominical y a la sobrerremuneración por los días festivos que consagra la ley."

"16) Al atribuir a los testimonios de que se trata la demostración de hecho sobre los cuales los testigos no declaran, en cuanto a los días trabajados en cada semana, incurrió el Tribunal en un error de hecho, manifiesto en los autos, que lo condujo a quebrantar, los siguientes textos legales"

"a) El artículo 7º de la Ley 6ª de 1945 en cuanto enseña que 'el descanso dominical obligatorio será remunerado por el patrono a los asalariados que, habiéndose obligado a prestar sus servicios en todos los días laborales de la semana no falten al trabajo....' (Subrayo)."

"b) El artículo 1º de la Ley 35 de 1939, conforme al cual 'todos los trabajadores, sean particulares u oficiales, tendrán derecho al descanso remunerado', en los días que allí se indican."

"17) Sin el error cometido, en la apreciación de la prueba, el Tribunal no hubiera hallado base legal para condenar al pago de los dominicales a que se refiere la sentencia."

Se examina el cargo.

Considera el recurrente que no se acreditó un hecho fundamental en el juicio para sustentar la condenación hecha por el Tribunal Seccional en lo relativo a dominicales y días feriados. Que al atribuir a los testimonios de que se trata la demostración de hechos sobre los cuales no han declarado, se incurrió en error que condujo a la violación del artículo 7º de la Ley 6ª de 1945 y del 1º de la Ley 35 de 1939.

Se observa:

Por lo que hace al artículo 7º de la Ley 6ª de 1945, para tener derecho a que se pague el descanso dominical es preciso que se demuestre que se ha prestado el servicio en todos los días laborales de la semana, con la excepción que se consagra en el sentido de que falte el trabajador con justa causa sino fuere por más de dos días.

“El descanso dominical obligatorio será remunerado por el patrono a los asalariados que, habiéndose obligado a prestar sus servicios en todos los días laborables de la semana, no falten al trabajo. Con todo, si la falta no excediere de dos días, y, además, ocurriere por justa causa comprobada o por culpa o disposición del patrono, éste deberá también al asalariado la remuneración dominical.”

Es éste el texto del artículo 7º de la Ley 6ª de 1945.

No hay dificultad alguna para determinar si el trabajador ha concurrido al trabajo durante toda la semana, cuando la labor se realiza en el local señalado por el patrono y bajo su vigilancia. Mas cuando se trata de la ejecución de obra a destajo y a domicilio es bien distinto, y en tal caso debe establecerse con exactitud la circunstancia de haber laborado en la forma que exige la anotada disposición legal.

No puede, lógicamente, inferirse de que por cuanto de los testimonios aludidos en el cargo anterior y en éste, se deduce que el trabajador Duarte laboraba exclusivamente para Guzmán, éste hubiese comprobado que trabajó durante todos los días laborables de la semana. En parte alguna de esos testimonios se afirma semejante hecho, y el fallador lo que hace es buscar una consecuencia del hecho que sí logró establecerse: que trabajó el demandante exclusivamente para el demandado. Pero esa consecuencia no es exacta para deducir la obligación de pagar el descanso dominical por falta de prueba directa que acredite el hecho de haberse laborado durante todos los días hábiles de la semana. En esta parte no está de acuerdo el Tribunal Supremo con el inferior, y estima que se incurrió en error de hecho en la apreciación de los testimonios que sirvieron de base para sustentar el fallo, y que, por lo mismo se violó la disposición del artículo 7º de la Ley 6 de 1945.

No puede decirse lo mismo de los otros días feriados, pues de los testimonios sí aparece que el trabajador estuvo al servicio de Guzmán durante un cierto lapso, y como el reconocimiento del descanso de tales días no está condicionado sino al hecho de que se haya laborado por lo menos durante diez días dentro de los treinta anteriores al feriado, no aparece claro el error del juzgador en lo relativo a esta condenación, por lo cual habrá de dejarse viva.

El Tribunal Supremo ha insistido en la conveniencia de que se alleguen al expediente todas las pruebas para establecer el tiempo de servicio y el salario devengado, a fin de evitar que se utilice el artículo 553 del Código Judicial para tal fin, en la ejecución de la sentencia.

En el presente negocio no hay constancia del salario devengado por el trabajador, por lo cual la condenación se hizo en abstracto, y como no está en las manos de este Tribunal enmendar tal cosa, por cuanto el recurrente guardó silencio al respecto, deberá dejar en firme tal decisión, en esa parte. El salario es cuestión fundamental en los juicios del trabajo para poder deducir el monto de las prestaciones que de su cuantía se derivan; por lo tanto, es equivocado el procedimiento adoptado por los jueces, cuando éste no se establece en el proceso, de remitir la fijación de su cuantía al que establece el artículo 553, que no es aplicable sino cuando se trata de daños o perjuicios, intereses, frutos y cosas análogas.

Por las razones 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 Bogotá, en cuanto condenó a la parte demandada a pagar el valor de remuneración de descanso dominical, (80) días; en su lugar, revoca la sentencia de primera instancia y absuelve a la parte demandada de la petición referente a dominicales. No la casa en lo demás.

Sin costas.

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.

EMPLEADOS DE CONFIANZA Y SIMILARES. DIFERENCIAS ENTRE LOS PRINCIPIOS DISPOSITIVO E INQUISITIVO.

No es posible, en general, dar un criterio de las nociones de dirección, vigilancia, fiscalización, inspección de labores, confianza y demás similares, sino que debe estudiarse la relación de trabajo respectiva en cada empresa para catalogar al trabajador en una cualquiera de esas clasificaciones, según sus funciones.

El Tribunal Supremo entiende que en las labores de dirección y confianza el trabajador reemplaza al patrono, frente a los demás asalariados a su cargo, de modo que por la imposibilidad del empresario de estar en todas las dependencias o secciones del establecimiento hace sus veces, lo sustituye en sus facultades directivas, de mando o de organización. La simple vigilancia es una noción más clara y sencilla porque aun cuando denota una función propia de la índole patronal o en que se hace las veces del patrono, no conlleva facultades o atribuciones directivas o de mando, sino sólo de cuidado, control o fiscalización, bien de personas o de cosas.

En el procedimiento civil rige el principio dispositivo que sólo da a las partes la facultad de producir pruebas. Y en el derecho procesal del trabajo rige un principio completamente contrario al dispositivo, cual es el inquisitivo y según el cual puede el Juez solicitar la práctica de pruebas y, por lo tanto, interrogar a las partes, a fin de buscar la verdad real del litigio y no contentarse sólo con la verdad formal que aparezca del proceso.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Redacta el Magistrado Jaramillo Arrubla).

Bogotá, octubre cinco de mil novecientos cuarenta y ocho.

Antonio Nel Zúñiga demandó, por medio de apoderado, a la so-

ciudad comercial "Aerovías Nacionales de Colombia" (Avianca), domiciliada en Barranquilla, ante el Juez del Trabajo de dicha ciudad, para el pago de un mil seiscientos veintiún pesos con diez y seis centavos (\$ 1.621.16) moneda legal, o la suma que resulte deberle, por concepto de horas extras trabajadas y no pagadas.

Como hechos expresó los siguientes:

Desempeñó el cargo de Administrador del casino de la empresa desde el 1º de mayo de 1945 hasta el 30 de junio de 1946, en que fue despedido. La compañía le pagó sus prestaciones sociales, como auxilio de cesantía, pero se ha negado a pagarle el tiempo extra trabajado, arguyendo que aunque prestó servicios en él no tiene derecho a remuneración. Durante el lapso de su contrato de trabajo desempeñó funciones todos los días, inclusive los domingos y días de fiesta, desde las cuatro y media de la mañana hasta las cuatro y media de la tarde, o sean cuatro horas extras diarias. La Avianca no le pagó el salario doble del trabajo verificado los domingos y días de fiesta, por lo cual le debe el correspondiente a las ocho horas de esos días, pues por su labor en ellos recibió pago sencillo. Durante el mes de mayo de 1945 devengó \$ 122.10 mensuales. Desde junio hasta diciembre del mismo año, \$ 220.00 mensuales. Y desde enero hasta mayo de 1946, \$ 235.00 mensuales.

En la contestación de la demanda, el apoderado de la empresa dijo ser cierto que el demandante hubiera desempeñado el cargo de que habla y por el tiempo que menciona, como también que fue despedido con el pago de cesantía. Negó que la sociedad demandada reconociera que el actor hubiera trabajado todo el tiempo que expresa en su libelo. Y agrega que es verdad que la compañía le niega al demandante el derecho a reclamar pago por trabajo suplementario porque estuvo exceptuado de la jornada máxima de ocho horas, según el artículo 3º de la Ley 6ª de 1945. Respecto de trabajo en domingos y días de fiesta manifestó que no le constaba, pero que si eso sucedió alguna vez el demandante recibió el debido descanso compensatorio.

El Juez 3º del Trabajo de Barranquilla, a quien le correspondió el asunto en el reparto, dictó su sentencia por medio de la cual condenó a la compañía demandada a pagar al actor la suma de trescientos veintiocho con ochenta y ocho, deben de ser pesos aunque no se dice en ese fallo, por concepto de cuarenta y seis días de descanso obligatorio remunerado, y la absolvió del cargo de pagar horas extras por considerar que fue el demandante un empleado de dirección y confianza.

Como el apoderado del demandante apelara y le fuera concedido el recurso, el Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla conoció

de él y lo decidió por medio de su sentencia de 14 de agosto del año pasado que revocó en parte la apelada y resolvió el litigio así: condenó a la compañía a pagar al demandante la suma de trescientos veintiocho con ochenta y ocho, debe de ser pesos porque tampoco esta sentencia lo dijo, por cuarenta y seis días de descanso obligatorio remunerado que le está adeudando. Y la condenó también a pagar al mismo actor el valor de sus horas extras trabajadas del 1º de mayo de 1945 al 31 de mayo de 1946, que se liquidará de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 553 del Código Judicial.

El apoderado de la empresa interpuso el recurso de casación contra este último fallo y como le fue concedido por el Tribunal Seccional y admitido por el Supremo, es el caso de entrar a decidir de él.

EL RECURSO

Tres cargos formula el recurrente en su demanda de casación contra la sentencia del Tribunal de Barranquilla, de los cuales sólo se estudiará el segundo por encontrarse demostrado.

SEGUNDO CARGO

Se acusa en él por error de hecho en que incurrió el fallador en la apreciación de las pruebas con que la sociedad demandada acreditó que las funciones que desempeñó el demandante eran de dirección y confianza. Y como consecuencia de ese error evidente de hecho infringió el sentenciador, directamente, por aplicación indebida y por interpretación errónea, las siguientes normas legales: artículos 3º de la Ley 6ª de 1945, 1757 y 1769 del Código Civil y 593 y 553 del Código Judicial.

Luégo destaca el cargo los siguientes apartes de la sentencia recurrida:

“...El demandante Zúñiga era en realidad un trabajador ordinario, con funciones de vigilante; sus atribuciones, sin lugar a dudas, eran de mayor categoría que las de los cocineros, meseros y demás trabajadores del casino, pero sin llegar a ser un trabajador de dirección, pues de todo el material probatorio, traído al expediente, se desprende que la orientación técnica y administrativa del casino correspondía y estaba bajo el control directo del Departamento de Mantenimiento de la entidad demandada.”

“¿Qué iniciativas estaban atribuidas al demandante señor Zúñiga como Jefe del Casino de la Avianca? Sobre este particular no se ha traído prueba alguna para acreditar que Zúñiga interviniera en lo relacionado con la reglamentación del casino. Todo lo contrario; de los autos, según se acaba de ver, se desprende que dicho señor Zúñiga,

sólo desempeñaba funciones secundarias, siendo superior, eso sí, de un numeroso grupo de trabajadores, pero esa circunstancia de ser jefe de un numeroso grupo de trabajadores, tampoco le da categoría de trabajador de dirección, pues, se repite, la categoría de empleado de dirección la dan las funciones y el mayor grado de responsabilidad en el funcionamiento del negocio.....' (Cuaderno número 1, folio 125)."

Luégo menciona las pruebas mal apreciadas por el Tribunal de Barranquilla, así:

"Ahora bien: el pliego de posiciones absueltas por el demandante a solicitud de la parte demandada, el cual obra a los folios 55 y siguientes del cuaderno número 1, dice así:"

"A LA PRIMERA PREGUNTA DEL PLIEGO, CONTESTO: En líneas generales, debe contestar, que todos los que aparecen en la lista que el señor Juez me ha leído y que me ha dado a leer han sido empleados del casino, pero no puedo precisar, a ciencia cierta, si en el mes de febrero del 46 estaban aún a mi servicio en el Casino todos los empleados, ya que el movimiento del personal del Casino era continuo, tanto en entradas como en salidas. Se daba el caso frecuente, sobre todo el personal de lavaplatos y meseras, de que un muchacho o muchacha entrara para salir a la semana siguiente o al mes siguiente. Pero sí digo que todos esos que aparecen en la lista han sido empleados del Casino durante mi permanencia en aquél. Leída que le fue la anterior respuesta la aprobó. 'A LA SEGUNDA PREGUNTA DEL PLIEGO, CONTESTO: A todos cobijaba la jornada de ocho horas, con excepción del señor Gabriel Vives, quien no pertenecía directamente al Departamento a que yo pertencía —Mantenimiento—, sino al Departamento de Contaduría, y su turno de trabajo lo ordenaba directamente su Jefe del Departamento de Contaduría. Por lo cual yo, en el control del tiempo de él, no tenía nada que ver. Todos los demás marcaban el reloj a las entradas y a las salidas, menos yo, que en mi carácter de Administrador no me impusieron la obligación de tener que marcar la tarjeta de entrada y de salida en el reloj. Leída que le fue la anterior respuesta, la aprobó. 'A LA OCTAVA PREGUNTA, CONTESTO: Durante todo el tiempo que estuve en el Casino, compraba mensualmente en efectivo alrededor de seis mil pesos mensuales (\$ 6.000.00) en la plaza de Barranquilla, y durante unos pocos meses, estuve comprando igual suma, más o menos, llenando el formulario TEC-84 que entregaba a cambio de la mercadería en la plaza de Barranquilla, más estos pedidos los pagaba directamente la Sección de Provisiones. Después de firmado ese formulario, yo me desentendía del pago de él; eso correspondía a Provisiones. Leída la respuesta anterior, la aprobó. REPREGUN-

TADO POR EL JUEZ: ¿Puede calcular durante más o menos qué tiempo efectuó usted pagos por medio del FORMULARIO TEC-84? CONTESTO: No, doctor. Leída la anterior respuesta la aprobó. A LA NOVENA PREGUNTA DEL PLIEGO, CONTESTO: Sí vendía esa suma aproximada de veinte mil pesos mensuales. Más esa plata no la recibía yo, ni el efectivo ni el crédito, ya que para eso estaba el empleado Contador y Cajero, señor Gabriel Vives. En cuanto a la proporción que se fija en la pregunta sí era más o menos ésa, y lo sé porque tenía yo que firmar los balances mensuales. Leída la anterior respuesta, la aprobó. A LA DECIMA PREGUNTA, CONTESTO: Francamente, doctor, eso si no recuerdo yo, porque no sé si en la pregunta esa quiera la Avianca comprender como GASTOS EL PAGO DE JORNALES, PRIMA DE CARESTIA DE VIDA, DESVALORIZACION Y GASTOS POR SUMINISTROS DE COMIDAS AL PERSONAL. Los jornales, podían ser aproximadamente de casi dos mil (\$ 2.000.00) pesos mensuales; la prima de carestía de la vida calculo yo que de unos quinientos (\$ 500.00); desvalorización, aproximadamente mil pesos (\$ 1.000.00); y gastos por suministros de comidas al personal de unos dos mil pesos (\$ 2.000.00). Todo éste es un cálculo mío, particularmente, pues oficialmente yo no tenía por qué saber sino el GASTO GLOBAL, que lo veía en los balances mensuales. Y esta partida tenía muchas oscilaciones. Leída la anterior respuesta la aprobó'..."

"En el acta del interrogatorio rendido por el demandante, acta que aparece a los folios 78 y siguientes del cuaderno 1, aparecen bien definidas las funciones desempeñadas por el demandante, no obstante todos los esfuerzos que él hizo para relatarlas disimuladamente."

"Conforme consta en dicha acta y fue aceptada por la sentencia recurrida, el demandante tenía a su cargo 'velar por el buen funcionamiento del Casino; que el personal llegara a sus horas; que las comidas estuvieran puntualmente; que se diera la mejor calidad de comida posible; que existiera orden y disciplina de acuerdo con los reglamentos de la Compañía, etc., etc.' Igualmente aparece que el demandante, procediendo de acuerdo con el Jefe del Departamento de Mantenimiento suspendía o retiraba a los empleados subalternos que no cumplieran con sus obligaciones."

"Obran, igualmente, en autos las siguientes pruebas, presentadas oportunamente por la parte que represento:"

"La copia del aviso número O-300-21, de fecha 5 de mayo de 1945, por medio del cual el Superintendente de Mantenimiento pone en conocimiento del personal de trabajadores del Casino, que el señor Antonio Nel Zúñiga ha sido nombrado Administrador de dicho

establecimiento (Cuaderno número 1, folio 30); copia de la carta que en fecha 5 de mayo de 1945, dirigió al señor Antonio Nel Zúñiga, el Superintendente de Mantenimiento, comunicándole que ha sido nombrado Administrador Interino del Casino en el Aeropuerto de Soledad y haciendo hincapié en que estará bajo su cuidado, tanto el personal de dicha Sección, como todo lo relacionado con los servicios que allí se presten, su vigilancia, fiscalización, etc. (Cuaderno número 1, folio 31)."

"De todas las pruebas citadas, se constata que el demandante tenía a su cargo, como Administrador del Casino de la demandada en el Aeropuerto de Soledad, verdaderas funciones de dirección, que lo exceptuaban de la jornada reglamentaria de trabajo."

"En las pruebas ya mencionadas y en los formularios de pedido provisional que aparecen a los folios 36 a 44 del cuaderno número 1, y los cuales aparecen firmados por el demandante, quien reconoció sus firmas, según consta en el pliego de posiciones absueltas, aparece que el señor Antonio Nel Zúñiga manejaba fondos cuantiosos en el desempeño de sus funciones, lo cual hace que dichas funciones sean calificadas como de confianza."

"En la copia de la carta que en fecha 22 de junio de 1944 pasó al demandante el señor Alfonso Llano S., Jefe del Departamento Financiero de la entidad demandada, la cual obra al folio 35 del cuaderno principal y que el demandante aceptó ser auténtica, según aparece en el pliego de posiciones absueltas, consta que el demandante, señor Zúñiga, tenía a su cargo el control de los cajeros, del vendedor de vales y del dispensero del Casino, todo lo cual acredita las funciones de confianza."

"De todas las pruebas acabadas de mencionar, se desprende en forma indubitable que el demandante, señor Antonio Nel Zúñiga, desempeñó un cargo cuyas funciones eran de dirección y confianza."

"Hubo, pues, un error manifiesto de hecho en la apreciación que la sentencia recurrida hizo de las pruebas mencionadas, o sean el pliego de posiciones absueltas por el demandante, el interrogatorio rendido por el demandante, los formularios, de pedido provisional hechos por el demandante, el aviso que en fecha 5 de mayo de 1945 dio el Superintendente de Mantenimiento, la carta que en fecha 5 de mayo de 1945 dirigió al demandante el Jefe del Departamento de Mantenimiento y la carta que en fecha 22 de junio de 1944 dirigió al demandante el Jefe del Departamento Financiero de la Avianca, con todas las cuales se acredita que el demandante, señor Antonio Nel Zúñiga, desempeñó un cargo de dirección y confianza."

Se examina este cargo.

De las pruebas mencionadas se desprende que el señor Zúñiga fue administrador del Casino de la empresa en el aeropuerto de Soledad y que las funciones de tal, confesadas por él mismo, eran las de velar por el buen funcionamiento de esa dependencia, que el personal llegara a sus horas, que las comidas estuvieran puntualmente, que se diera la mejor calidad de alimentación, que existiera orden y disciplina de acuerdo con los reglamentos de la compañía y, de acuerdo con la nota de nombramiento de 5 de mayo de 1945, todo lo relacionado con los servicios del casino estarían a su cargo, como también la vigilancia, la fiscalización y el personal de esa sección.

El Tribunal Seccional consideró que "el demandante Zúñiga era en realidad un trabajador ordinario, con funciones de vigilante", pero no empleado de dirección y confianza. Para esa corporación, son directores los verdaderos representantes del patrono que tienen autonomía administrativa, facultad de deliberar acerca de la orientación del negocio y empleado de confianza los representantes, mandatarios o apoderados de los empresarios, es decir, que representan a la persona misma del patrono o que "en otras legislaciones se les conocen con el nombre de 'factores'." Y al referirse a la apreciación del Juez, según la cual Zúñiga era empleado de confianza porque lo era de manejo puesto que recibía sumas de dinero considerables para que efectuase compras, dice el Tribunal de Barranquilla que piensa de modo diferente por tener la noción ya expresada de los empleados de confianza y porque no se ha acreditado que el señor Zúñiga tuviese dicha calidad.

Para el Tribunal Supremo es evidente que el sentenciador de segundo grado incurrió en error de hecho manifiesto en los autos al considerar al señor Zúñiga como "un trabajador ordinario", cuando de las pruebas analizadas por el recurrente consta que ejercía las funciones de administrador del casino a su cargo, o sea las de director de una sección del aeropuerto de la empresa en Soledad. No era, pues, un simple trabajador, un asalariado común, sino que desempeñaba funciones de dirección en el casino a su cuidado, de confianza y también de vigilancia. De dirección, porque a él se le encomendó, según la nota de nombramiento, todo lo relacionado con los servicios del casino y de allí que confesara que debía velar por su buen funcionamiento. De confianza, porque hacía compras cuantiosas y debía cuidar de la sección de modo que existiera orden y disciplina, como él lo confiesa. Y de vigilancia, como lo reconoce el Tribunal Seccional en varios apartes de su fallo, porque tenía a su cargo la función de vigilar y fiscalizar al personal de la sección.

Se ha dicho por la doctrina que no es posible dar un criterio de

las nociones de dirección, vigilancia, fiscalización, inspección de labores, confianza y demás similares, sino que debe estudiarse la relación de trabajo respectiva en cada empresa para catalogar al trabajador en una cualquiera de esas clasificaciones, según sus funciones.

El Tribunal Supremo entiende que en las labores de dirección y confianza el trabajador reemplaza al patrono, frente a los demás asalariados a su cargo, de modo que por la imposibilidad del empresario de estar en todas las dependencias o secciones del establecimiento hacen sus veces, lo sustituyen en sus facultades directivas, de mando o de organización. La simple vigilancia es una noción más clara y sencilla porque aun cuando denota una función propia de la índole patronal o en que se hace las veces del patrono, no conlleva facultades o atribuciones directivas o de mando, sino sólo de cuidado, control o fiscalización, bien de personas o de cosas.

El señor Zúñiga reunía todas estas condiciones porque la administración de una sección de la empresa, con trabajadores a su cargo, con facultades para atender todo lo relacionado con el objeto y fines del casino, con su buen funcionamiento, con compras aún cuantiosas, con la disciplina y el orden del establecimiento y con la vigilancia y fiscalización del personal a su cuidado, así lo está denotando sin lugar a duda. El Tribunal Seccional expresa en varios apartes de su fallo que eran esas funciones de vigilancia, por lo cual ha debido estudiar si se consideraban de simple vigilancia, de acuerdo con el artículo 3º de la Ley 6ª de 1945 para ver si por este aspecto estaba excluido el trabajador de la jornada legal y, por lo tanto, del pago de trabajo suplementario.

Concluye, por lo expuesto, el Tribunal Supremo que el Seccional infringió el artículo 3º de la Ley 6ª de 1945, citado por el recurrente, con base en el error de hecho anotado, por no haberlo aplicado siendo el caso y por errónea interpretación al darle un sentido distinto a las nociones de dirección y confianza que él expresa. Y por falta de aplicación, porque demostrado en los autos de modo fehaciente que el señor Zúñiga era empleado de dirección y confianza, ha debido darle cumplimiento a esa norma legal y decidir con base en ella que no tenía derecho a sobrerremuneración por trabajo extraordinario, por no estar sujeto a la jornada máxima ordinaria de ocho horas de trabajo, sino, por el contrario, excluido expresamente de ésta.

Deberá, pues casarse el fallo recurrido en cuanto a la condena-
ción por horas extras que hace en su ordinal 2º, pues es el único aspecto comprendido en la acusación.

Y al dictar el fallo de instancia que reemplace la parte infirmada, se confirmará el ordinal II del de primera instancia, por ser jurídico, toda vez que en él se dijo lo siguiente: "Absuélvese a la empresa demandada del cargo de tener que pagar al demandante el valor correspondiente a mil quinientas nueve (1.509) horas de trabajo suplementario, por estimarse que éste tenía el carácter de empleado de dirección y de confianza en su condición de ADMINISTRADOR DEL CASINO DE LA AVIANCA EN SOLEDAD."

No debe terminar la corporación sin advertir que no tiene razón la crítica que le hace el Tribunal Seccional al Juez de primera instancia por haber interrogado al demandante, fundándose aquél en que rige en el procedimiento civil el principio dispositivo que sólo da a las partes la facultad de producir pruebas. Y no tiene razón el Seccional porque en el Derecho Procesal del Trabajo rige un principio completamente contrario u opuesto al dispositivo, cual es el inquisitivo, y, según el cual puede el Juez solicitar la práctica de pruebas, y, por lo tanto, interrogar a las partes, a fin de buscar la verdad real del litigio y no contentarse sólo con la verdad formal que aparezca del proceso.

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 PARCIALMENTE el fallo acusado, proferido el 14 de agosto de 1947 por el Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, en cuanto por su ordinal segundo condenó a Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca), a pagarle al señor Antonio Nel Zúñiga horas extras y, en su lugar, CONFIRMA el ordinal II del fallo de primera instancia, dictado por el Juez Tercero del Trabajo de Barranquilla, que ABSOLVIO a la empresa citada del pago al demandante de sumas de dinero por concepto de trabajo suplementario.

Sin costas.

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.

**VICIOS DE PROCEDIMIENTO. LA TRANSACCION EN DERECHO
DEL TRABAJO. RENUNCIA DE DERECHOS.
VALOR DEL FINIQUITO.**

La falta de un presupuesto en la formación de la relación procesal es vicio *in procedendo*, pero él no puede dar lugar a la casación sino cuando se ha alegado en instancias.

El fallador debe 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 propiciasen los arreglos o se admitiera como válido el pago que se hiciera.

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, si habría renuncia clara de derechos, inaceptable, en materia laboral.

El Tribunal Supremo estima que el finiquito expedido por el trabajador sí tiene valor en cuanto no se demuestre, en el caso concreto, que fue obtenido por presión o dolo del patrono y que, en realidad no alcanza a cobijar las prestaciones indiscutibles del trabajador. Pero, cuando examinadas las circunstancias que rodearon la firma de un finiquito no se advierte que él pueda envolver renuncia de prestaciones es admisible y debe, por consiguiente, dársele todo su valor.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía).

Bogotá, octubre ocho de mil novecientos cuarenta y ocho.

Se adelantó ante el Juzgado Segundo del Trabajo de Cali el litigio propuesto por Julián Muñoz contra la Cooperativa Ferroviaria del Pacífico, Ltd., domiciliada en la misma ciudad, para el pago de algunas prestaciones sociales, por haber estado a su servicio como celador, durante algunos años.

Afirmó el actor que entró a trabajar desde el 17 de noviembre de 1942, con sueldo de treinta pesos (\$ 30.00) hasta el final de 1943; que luego le fue aumentado ese sueldo a treinta y cinco pesos (\$ 35.00), y más adelante, a cuarenta y cinco pesos (\$ 45.00), hasta cuando fue despedido en el ejercicio del cargo, el 31 de enero de 1943. Que como su labor se prolongaba fuera de las ocho horas de la jornada legal, y además no se le pagaron los días feriados y el descanso dominical, totalizó como valor de todas estas prestaciones la cantidad de \$ 1.013.28.

A estas pretensiones se opuso la parte demandada.

Con fecha diez y seis de mayo de 1947 el Juzgado dictó providencia para desatar el negocio, y como hallara que faltaba un presupuesto procesal relativo a la capacidad de una de las partes para comparecer en el juicio, por no haberse acreditado la personería, decidió declarar probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada.

Esta providencia fue apelada para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, y esta entidad, después de ordenar que se llevara al proceso la prueba de la personería de la parte demandada consistente en la copia de la resolución de la Superintendencia Nacional de Cooperativas, que había sido solicitada por el actor, entró a fallar el negocio, lo que hizo en sentencia de cinco de septiembre de mil

novecientos cuarenta y siete, por medio de la cual revocó la providencia apelada y en su lugar condenó a la Cooperativa Ferroviaria del Pacífico a pagar las siguientes cantidades:

a) Un mil trescientos once pesos con cuarenta y tres centavos (\$ 1.311.43), por concepto de horas extras trabajadas y no pagadas en la forma legal;

b) Doscientos veintiocho pesos con ochenta y tres centavos (\$ 228.83) por concepto de dominicales y días festivos de que trata la Ley 35 de 1939, trabajados y no pagados en la forma legal.

Además condenó a pagar la diferencia que resultara por razón de cesantía, según la liquidación que se hiciera de conformidad con el artículo 553 del Código Judicial.

LA CASACION

La sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo ha sido acusada ante esta corporación, y como el recurso fue admitido y se le tramitó debidamente, es llegado el momento de decidirlo, lo cual se hará mediante algunas consideraciones, al examinarse la demanda que ha presentado el recurrente.

EL RECURSO

Para examinar en orden lógico la demanda forzosa será analizar antes que el cargo primero, que producirá la casación parcial de la sentencia acusada, el segundo y el último, pues si alguno de ellos resultare probado conllevaría la casación total del fallo.

SEGUNDO CARGO

Este cargo se dirige a atacar la sentencia por lo relativo a la deficiente prueba de la personería de la parte demandada, establecida en la segunda instancia en virtud de un oficio dirigido por el Superintendente Delegado de Cooperativas al Secretario del Tribunal Seccional, prueba que el recurrente estima ineficaz para el efecto indicado. Dice la demanda que esa pieza carece de los requisitos que señala el artículo 632 del Código Judicial y que, por tanto, debe desestimarse.

A este respecto puede observarse que si bien es cierto que en la primera instancia no se acreditó la personería de la parte demandada, tampoco se exceptuó ilegitimidad de la personería de ésta, y muy al contrario, el que figuró como demandado contestó la demanda y actuó durante el desarrollo de esa instancia como Gerente de la Cooperativa Ferroviaria del Pacífico, sin objeción alguna. Asumió expresamente su representación y por lo mismo no es aceptable que dada esa situación anterior se pretenda en casación alegar la falta

de ese presupuesto procesal que no fue discutido entre las partes en las instancias.

Ahora bien: de conformidad con lo dispuesto por el 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 es en realidad; si el designado se da por tal, sin serlo, y sin hacer objeción alguna, se hace responsable de los perjuicios que por el engaño se ocasionen a las partes.

El doctor Navia González, en forma expresa, asumió la representación de la Cooperativa Ferroviaria del Pacífico, como ya se dijo, actuó en dicho carácter en las instancias, y a no ser porque el Juez de primer grado creyó ver probada la excepción de ilegitimidad de la persona de dicha entidad, el asunto no habría sido objeto del debate.

Si ésta es la verdadera situación de la parte demandada en este negocio, el cargo referente a la falta de personería no es aceptable, máxime cuando la prueba de esa personería, aunque deficiente por su forma externa, por no haberse producido como certificación autorizada, siempre es un documento proveniente de un funcionario que por disposición de la ley ejerce un cargo de autoridad pública, como lo es el Superintendente Delegado de Cooperativas, cuyo valor no puede desconocerse, a petición de la parte que no solamente no desconoció su condición de gerente de la entidad demandada sino que se dio por representante de ella.

La falta de un presupuesto en la formación de la relación procesal es vicio improcedendo; pero él no puede dar lugar a la casación sino cuando se ha alegado en instancias. A este respecto bien puede citarse la opinión del conocido expositor Manuel de la Plaza que en su obra "La Casación Civil" (página 376), se expresa así: "Para que puedan ser admitidos los recursos de casación fundados en quebrantamiento de forma, será indispensable que se haya pedido la subsanación de la falta en la instancia en que se cometió; y si hubiese ocurrido en la primera, que se haya reproducido la petición en la segunda, conforme a lo prevenido en el artículo 869 (Código Español). De esta terminante prescripción se exceptúa el supuesto de que la infracción origen del recurso se hubiese cometido en segunda instancia, cuando fuese ya imposible reclamar contra ella."

Más adelante agrega el mismo expositor: "No basta que se incida en vicio de forma para que la casación proceda; sino que, además se requiere, como supuesto de viabilidad del recurso y requisito de su interposición que se haya reclamado con oportunidad la subsanación de la falta." Cita la sentencia de 30 de marzo de 1927, en la

que se dice que "quien no alegó la falta de personalidad como excepción dilatoria, antes de la contestación de la demanda, y consintió en que el actor, en el curso del juicio subsane por documento público el defecto observado, no puede impugnarlo tardíamente por medio de un recurso de casación por quebrantamiento de forma".

Las opiniones que se acaban de transcribir resultan pertinentes, pues la casación española ofrece características análogas a la de nuestro país, al respecto.

Por lo demás, como se ha visto, tampoco se atacó en la segunda instancia el documento allegado para acreditar la personería de la Cooperativa Ferroviaria del Pacífico, para que la sentencia hubiera analizado la cuestión que hoy se pretende convertir en objeto de la acusación.

Estas breves razones son suficientes para que el Tribunal estime que el cargo propuesto no debe prosperar.

Tampoco habrá de resultar eficaz el último cargo, sobre incompetencia de jurisdicción, que también debe examinarse antes que el segundo, como que afecta toda la sentencia, pues se basa en el hecho de que no se profirió sentencia de primera instancia, y que el procedimiento fue irregular. Pero esta aseveración del recurrente tampoco es exacta, puesto que la providencia del Juez de fecha mayo diez y seis de mil novecientos cuarenta y siete es una verdadera sentencia definitiva, que puso fin a la instancia, que fue publicada y notificada como tal, y por lo mismo apelada y examinada en segunda instancia como las providencias de su especie. Así, pues, no se explica cómo se pretende que el Tribunal Seccional devolviera el negocio al Juez de primera instancia para que dictase una nueva providencia, cosa a todas luces inaceptable.

Este último cargo que debiera ser el quinto, pero que se señala como el sexto de la demanda del recurrente, tampoco puede prosperar.

Deberá estudiarse el cargo, que en sentir del Tribunal sí es suficiente para producir la casación parcial de la sentencia recurrida, y no los cargos tercero y cuarto, como que al admitir el primero, no hay materia de aquellos que sea necesario examinar.

PRIMER CARGO

"Acuso la sentencia recurrida de ser violatoria de los artículos 2469 del C. C. que define el contrato de transacción, en relación con el 1603 del C. C. que expresa que toda persona es legalmente capaz, salvo las excepciones que la ley exceptúa expresamente, y 1248 del C. C. que le da a la transacción el efecto de cosa juzgada, por infracción directa consistente en la no aplicación de esas normas sustan-

tivas al caso debidamente comprobado, infracción a la que fue conducido el fallador por falta de la apreciación de la prueba plena consistente en el instrumento público que obra a folio 33 del cuaderno I, o sea el certificado o copia expedido y autorizado por el Secretario de la Inspección del Trabajo de Cali con violación de lo previsto por el artículo 632 del C. J., que obliga a tomar en cuenta, como plena prueba, los documentos auténticos y las 'copias expedidas formalmente y autorizadas por los Secretarios o empleados encargados de los archivos'."

"La sola lectura de la sentencia recurrida muestra que el Tribunal no apreció el certificado o copia del acta de transacción levantada en la Inspección del Trabajo de Cali. Allí consta que Muñoz y la Cooperativa debatieron, con la ayuda de quien estaba legalmente constituido para ello, según los artículos 5º del Decreto L. 2392 de 1938 y 12 del Decreto 66 de 1926, si a aquél se le debía o no alguna indemnización, por hábersèle dado un aviso de despido con antelación sólo de tres días, y no de quince, y si se le debía o no alguna suma por recargos correspondientes a horas extras de trabajo, o por trabajo nocturno o en feriados. Y que, con el concepto favorable del funcionario del Estado, se llegó a un acuerdo en el asunto litigioso, pagándole la Cooperativa a Muñoz determinada suma, y declarándose Muñoz 'a paz y salvo por todo concepto de prestaciones sociales con la Cooperativa'. Como la transacción de derechos discutibles o litigiosos o dudosos —que equivalen a meras expectativas— no es una renuncia de las prestaciones que la ley otorga al trabajador, cobran todo su imperio las normas ya citadas del Código Civil, y la transacción así comprobada tiene el efecto de la cosa juzgada.

Se examina el cargo.

Como lo observa el recurrente, la sentencia de instancia no hace ni siquiera referencia al documento que obra en autos, llevado por el Gerente de la Cooperativa Ferroviaria del Pacífico, que es la copia del acta de la diligencia sentada el 28 de febrero de 1946 ante el Inspector Seccional del Trabajo del Valle, en la cual consta el arreglo a que se llegó entre las partes, con motivo de haber reclamado el demandante el pago de algunas prestaciones como trabajador de la mencionada entidad.

En el referido documento se lee que "oídas las partes por el suscrito Inspector, conceptúa que el señor Muñoz tiene derecho a que se le paguen quince días de salarios ya que no se le avisó con anticipación de quince días que se le iba a despedir. En relación con las horas extras, no tiene derecho a cobrarlas puesto que se le contrató para trabajar de celador por una suma mensual determinada y no

trabajaba de día. El demandado manifestó estar dispuesto a pagarle la suma de veintidós pesos con cincuenta centavos (\$ 22.50) moneda corriente, en el día de hoy por no haberle avisado con anticipación. Verificado el pago anterior, el señor Muñoz declara estar a paz y salvo por todo concepto de prestaciones sociales con la Cooperativa Ferroviaria del Pacífico, Ltd. Para constancia, se firma la presente diligencia en la forma que sigue (firmados): El Inspector, Marino Carrasco Rey; el demandante, Julián Muñoz; el demandado, Rafael Navia. El Secretario, J. M. Sánchez G."

El problema que suscita la acusación del recurrente, esto es, si en el derecho del trabajo tiene algún valor la transacción que se opera entre las partes, en presencia de las disposiciones que prohíben la renuncia de los derechos emanados de las leyes sociales en favor del trabajador, ha sido analizado por esta corporación ya en diversos fallos, y muy especialmente en el que fue proferido con fecha 18 de diciembre del año pasado, en el juicio adelantado por el Capitán Enrique Concha Venegas contra la empresa Avianca.

En tal sentencia se dijo lo siguiente:

"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 ésta una de las más arduas cuestiones suscitadas en el derecho laboral y en la cual no se hallan de acuerdo los expositores."

"He aquí como se expresa el tratadista Eduardo Staforinni, 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 del juicio; pero no siempre ese derecho y la consiguiente responsabilidad u obligación patronal aparecen en la forma expresada y en ocasiones implica un verdadero problema jurídico prever, ante las cuestiones de hecho y de derecho que puedan 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, u 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, hacen la distinción conveniente, según al 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, previene 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 dilucido y plenamente establecido, y ello sería contrario al propósito de la ley.”

“Según las tesis que quedan expuestas, 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 propiciasen 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.”

Concretamente con respecto al finiquito, este Tribunal sentó doctrina en sentencia de fecha nueve de junio de 1947 (juicio de Ramón Uribe Durán contra Elvia Sarmiento v. de Durán), aceptando que sí tiene valor aquél en cuanto no se demuestre que fue obtenido por presión o dolo del patrono y que, en realidad no alcanza a cobijar las prestaciones indiscutibles del trabajador. Pero, cuando examinadas

las circunstancias que rodearon la firma de un finiquito no se advierte que él puede envolver renuncia de prestaciones, el Tribunal estima que es admisible y debe, por consiguiente, dársele todo su valor.

En el caso que se examina, ocurre que el trabajador había reclamado el pago de salarios, por no habersele dado el aviso correspondiente, quince días antes de la expiración del contrato de trabajo, y el valor de las horas extras. Pero en la sentencia se contempla, además, lo relativo a dominicales y días feriados, que no fueron reclamados ante la Inspección del Trabajo. El finiquito, habla, sin embargo, de toda clase de prestaciones sociales. De manera que falta examinar si quedaron allí comprendidos los expresados días feriados.

No hay duda de que el ánimo del trabajador fue de cancelar de una vez sus diferencias con la Cooperativa; pero en verdad los salarios correspondientes a domingos trabajados y a los demás feriados no pueden considerarse como prestaciones, y como acerca de ellos no podría determinarse nada, si no fuera mediante la respectiva acusación y esta parte de la sentencia no ha sido atacada por la demanda de casación, será forzoso dejarla en firme.

El arreglo quedó pues, circunscrito a las horas extras y a los quince días de preaviso, pues, no obstante la declaración del trabajador en el sentido de que quedaba a paz y salvo con la parte demandada, acerca de los días feriados trabajados nada se mencionó en el arreglo verificado ante la Inspección del Trabajo, por lo cual será preciso mantener la condenación con respecto a ellos, no sin observar que en el acta que contiene la transacción efectuada, se dejó la constancia de que el celador no trabajaba de día, lo que hace pensar que si no laboraba en los días corrientes de trabajo, mucho menos debió hacerlo en los feriados. Más, tratándose de una simple vigilancia, debe suponerse que la sola presencia del celador en el lugar debió ser tenida por el fallador como trabajo realizado, para deducir, como lo hizo, que hubo labor durante los días a que se refiere la parte resolutive del fallo. Y como los cargos que contiene la demanda de casación no se refieren a este aspecto de la cuestión se casará parcialmente la sentencia recurrida, para absolver a la Cooperativa del pago de horas extras. Se dejará viva la sentencia por lo que hace a la condenación por dominicales y demás días feriados.

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 Cali, que ha sido objeto del presente recurso, en cuanto condenó a la Cooperativa Ferroviaria del Pacífico Ltda., al pago de horas extras, REVOCA la del Juez de primera instancia y, en su lugar, ABSUELVE a la citada Cooperativa del cargo que en su demanda le formuló Julián Muñoz sobre pago de trabajo suplementario.

Sin costas.

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.

EMPLEADOS DE DIRECCION Y VIGILANCIA.

La posición de categoría especial que el empleado ocupe dentro de la empresa y la circunstancia de que en algunas ocasiones y en cierta manera sustituya al patrono en el ejercicio de funciones de mando, de dirección, de superior vigilancia frente a otros trabajadores de la empresa, es lo que caracteriza al empleado de dirección y vigilancia. Si la remuneración no corresponde a la destacada posición que el empleado ocupe, ello apenas indicaría que a la empresa le faltó sentido de la equidad, pero esta circunstancia no es suficiente para variar la naturaleza de las funciones que aquél desempeña.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

Bogotá, quince de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho.

El señor Juan M. Figueroa prestó sus servicios a The Santa Marta Railway Co., Ltda., primero, y luego, sin solución de continuidad, a Santa Marta Railway Co., desde el 1º de junio de 1913 hasta el 12 de marzo de 1946, fecha en que se retiró para ser pensionado. Entre el 1º de enero de 1938 y el 29 de diciembre de 1945, desempeñó simultáneamente los cargos de apuntador de tiempo del departamento de tráfico y jefe de patio de la oficina de Santa Marta.

Sus funciones principales consistían en transmitir a los conductores de trenes las órdenes correspondientes a la llegada y salida de éstos; tomar el dato de tiempo a las tripulaciones; revisar los coches, dando las órdenes del caso a los limpiadores; distribuir los carros y disponer el descargue. La labor se prolongaba de las seis a las once y treinta, en la mañana, y de la una a las cinco, en la tarde; pero a partir del 11 de enero de 1943, a consecuencia del cambio de itinerarios, hasta el 27 de diciembre de 1945, la jornada de la tarde terminaba a las seis y treinta. Trabajaba todos los días inclusive los domingos y feriados. Como remuneración mensual devengó \$ 130.00 des-

de enero de 1938 hasta el 1º de abril de 1940; \$ 145.50 desde la última fecha hasta el 30 de septiembre de 1944, y \$ 155.50 desde el 11 de octubre de 1945 en adelante.

Ante el Juez del Trabajo de Santa Marta el señor Figueroa demandó a Santa Marta Railway Co. para que le pagase el valor de las horas extras diurnas y nocturnas correspondiente a tareas cumplidas durante el lapso comprendido entre el 1º de enero de 1938 y el 27 de diciembre de 1945, con los recargos legales. La empresa demandada, al contestar la demanda, manifestó que no le había cubierto al actor la remuneración de las horas extras por no debérsela y alegó la excepción de prescripción en cuanto a las anteriores al 1º de abril de 1942. Dijo además, que las labores del señor Figueroa eran de supervigilancia y de confianza, y por su naturaleza intermitentes, por lo cual están comprendidas dentro de las excepciones de que trata el artículo 2º (sic) del Decreto 895 de 1934.

En sentencia de fecha 23 de octubre de 1946 el Juzgado del Trabajo de Santa Marta condenó a la empresa demandada a pagar al señor Figueroa la suma de \$ 3.272.67 por concepto de trabajo suplementario realizado entre el 5 de abril de 1942 y el 27 de diciembre de 1945 y declaró prescrita la acción para reclamar el valor de horas extras trabajadas con anterioridad al 5 de abril de 1942.

De la mencionada providencia apelaron ambas partes para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Santa Marta, que en fallo de fecha 16 de junio de 1947 la confirmó totalmente.

Contra el fallo de segunda instancia interpuso recurso de casación el apoderado de la entidad demandada, el que concedido, admitido, y tramitado legalmente, va a decidirse.

LA SENTENCIA ACUSADA

El Tribunal Seccional llegó a la conclusión, teniendo en cuenta las pruebas presentadas al proceso, en las que advierte cierta imprecisión respecto a las horas exactas de trabajo, de que el actor prestó sus servicios durante la jornada máxima diaria, más el exceso que motivó su reclamo. No acepta el sentenciador que la labor del empleado haya tenido el carácter de intermitente ni que se tratara de un cargo de vigilancia y dirección. Al respecto se expresa así:

“Para excusar la obligación de la empresa de pagar la prestación reclamada, el apoderado de ella ha alegado el carácter intermitente del trabajo ejecutado por el demandante, que por serlo, no da base para que se haga efectiva la cancelación de las horas trabajadas rebasando el límite de las ocho horas. Para este despacho no puede

hablarse de tal trabajo cuando la labor se desarrolla de un modo seguido, sin interrupción o paró entre una etapa y otra, y cuando la característica esencial es la presencia del agente en el campo de actividad. En el caso de autos es lo que ha pasado, ya que los declarantes manifiestan que Figueroa permanecía en el sitio de ocupaciones desde las seis hasta las once y media de la mañana, y desde la una de la tarde hasta después de la cinco, debiendo por ello, forzosamente, aceptarse que no había intermitencia sino continuidad en el trabajo. Conviene también aclarar que el trabajo intermitente no queda excluido del beneficio de las horas extras trabajadas, como se ha querido hacer ver, toda vez que pasado cierto límite la obligación de pago se impone con todos los recargos establecidos y con todas las implicaciones que comporta."

"El otro aspecto tratado por el apoderado de la empresa referente a que Figueroa, por ser empleado de vigilancia y dirección, no podía reclamar horas extras, no le ve este despacho mayor fundamento por considerar un poco exagerada la apreciación que de estos empleados se hace, sin mayor estudio de la labor verdaderamente desarrollada por ellos. Cuando la ley habla de vigilancia y dirección no quiere decir todo empleado que por una u otra circunstancia tenga que observar y dirigir la marcha de una actividad por algún concepto o aspecto, porque de ser así casi la mayoría de ellos ocuparían esta situación, sino aquellos que tienen una posición especial, encargados de observar el conjunto y el desarrollo de todos los planes que se hayan concebido o que se hayan aprobado para ponerlos en práctica. Son los que tienen una determinada categoría dentro de la empresa y que son elementos de toda confianza y responsabilidad dentro de ésta."

"Otro criterio que también podría guiar para saber si estos trabajadores de vigilancia y dirección son tales y así los considera la empresa, es el de apreciar la remuneración que les ha llevado porque ella es indicadora de lo uno o de lo otro. A tales empleados se les lleva un sueldo mayor por la circunstancia de que las horas extras trabajadas no se les pagán, quedando comprendido en este aumento de sueldo lo que le hubiera cabido si le pagaran las horas suplementarias. Este argumento de descargo lo debe invocar la parte demandada, pero es lógico que no basta la simple enunciación si no que es menester comprobarlo con cuadros comparativos de los demás sueldos pagados al resto del personal. Aquí solamente se hizo la afirmación, sacada de las funciones que se desempeñaban, pero no se trajeron todos los elementos para convencer al juzgador de que el caso de Figueroa encajaba dentro de los que la ley contempla y exonera del pago de las horas suplementarias."

EL RECURSO

Invoca el recurrente la causal primera del artículo 520 del Código Judicial y con base en ella formula cinco cargos. De éstos el Tribunal Supremo encuentra fundado el cuarto, y, por tanto, prescindirá de examinar los restantes, de conformidad con el artículo 538 del mismo código.

El referido cargo es el de manifiesto error de hecho por falta de apreciación de algunas pruebas.

Sostiene el recurrente que la sentencia perdió de vista que el demandante desempeñó un empleo de dirección y vigilancia, como se desprende de la confesión del demandante hecha al absolver posiciones y del testimonio de Rafael Campo M. Al efecto, transcribe lo pertinente de esas pruebas, así:

Posiciones al demandante: "Díga si es cierto que su oficio era de dirección en el patio de la estación de Santa Marta, estaba obligado a supervigilar el cumplimiento de las labores de los demás empleados y por consiguiente era un oficio de confianza." Contestó: "Sí señor, tenía que llevar el tiempo, nombrarles el servicio a todas las tripulaciones de trenes, guardavías, patieros, citadores, celadores, motoristas, limpiadores de coches, etc., y supervigilaba el trabajo de ellos."

Declaración de Rafael Campo M.: "Las funciones de jefe de patio son de dirección y confianza que desenvuelven mucha responsabilidad. El señor Figueroa era absoluto en el desempeño de su cargo (subraya el recurrente), esto es, en muchas ocasiones se llamaba al Gerente del Ferrocarril para pedirle instrucciones y éste ordenaba que se entendieran con el señor Figueroa."

Comenta el recurrente que el Tribunal no mencionó siquiera las pruebas que acaban de transcribirse y que por tanto incurrió en manifiesto error de hecho por no haberlas apreciado y por no haber decidido, con base en ellas, que el demandante tenía a su cargo funciones de dirección y vigilancia. Este error de hecho lo condujo a la violación de las disposiciones legales contenidas en los artículos 2º, letra a) de la Resolución número 1 de 1934 y 3º, parágrafo 1º de la Ley 6ª de 1945 por no haberlas aplicado, siendo aplicables, y por no haber absuelto a la sociedad demandada, con fundamento en tales disposiciones.

Se examina este cargo.

El artículo 2º de la Resolución número 1 de 1934, entre las excepciones a la jornada de ocho horas diarias menciona en la letra a):

“El trabajo de las personas que ocupen puestos de supervigilancia o dirección, o de las personas empleadas en oficios de confianza o de manejo.”

Y según el párrafo 1º del artículo 3º de la Ley 6ª de 1945, sobre jornada máxima de trabajo, lo dispuesto en él no se aplica “a los trabajadores que ocupen puestos de dirección o confianza”.

El Tribunal Seccional considera que sólo son empleados de dirección y vigilancia aquellos que tienen una posición especial, una determinada categoría dentro de la empresa y que están encargados de observar el conjunto y el desarrollo de todos los planes que se hayan concebido o que hayan aprobado para ponerlos en práctica, y que, por otra parte, reciben una remuneración importante, acorde con la confianza y responsabilidad que en ellos deposita el patrono. Y como no encuentra que el demandante reuniera esas condiciones, llega a la conclusión de que no fue empleado de dirección y confianza. Dice al respecto que “no se trajeron todos los elementos para convencer al juzgador de que el caso de Figueroa encajaba dentro de los que la ley contempla y exonera del pago de las horas suplementarias.”

En verdad, como lo anota el recurrente, el fallador de segunda instancia no analiza, ni siquiera menciona, la respuesta en que el actor manifestó, al absolver posiciones, que su cargo era de dirección y que estaba obligado a supervigilar las labores de los demás empleados. Tampoco se refiere a la parte de la declaración del señor Rafael Campo M. en que éste afirma que el señor Figueroa “era absoluto en el desempeño de su cargo” de jefe de patio, y añade que “en muchas ocasiones se llamaba al Gerente del Ferrocarril para pedirle instrucciones y éste ordenaba que se entendieran con el señor Figueroa”.

De tales pruebas resulta que el señor Figueroa sí ocupó una posición de categoría especial dentro de la empresa y que en cierta manera sustituía al patrono en el ejercicio de funciones de mando, de dirección, de superior vigilancia frente a otros trabajadores de aquélla, que es lo que caracteriza al empleado de dirección y vigilancia. Si la remuneración no correspondió a la destacada posición que ocupó el demandante, ello apenas indicaría que a la empresa le faltó sentido de la equidad, circunstancia ésta que no es suficiente para variar la naturaleza de las funciones que tuvo a su cargo el actor.

Como la sentencia objeto del presente recurso dejó de aplicar las disposiciones contenidas en la letra a) del artículo 2º de la Resolución número 1 de 1934, aprobada por el Decreto 895 del mismo año y en el artículo 3º, párrafo 1º, de la Ley 6ª de 1945, siendo aplicables al caso, error en que incurrió por no haber apreciado las prue-

bas que se dejan señaladas, prospera el recurso.

En consecuencia, habrá de invalidarse dicha sentencia. Como fundamento de la que haya de reemplazarla sirven las consideraciones que preceden.

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 Santa Marta el 16 de junio de 1947, revoca la de primer grado pronunciada por el Juzgado Unico del Trabajo de Santa Marta el 23 de octubre de 1946, y, en su lugar, absuelve a la parte demandada de los cargos de la demanda.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

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.

SUBORDINACION O DEPENDENCIA

La subordinación o dependencia del trabajador al patrono es una obligación correlativa a la facultad que tiene éste de darle órdenes a aquél adecuadas a la realización de la labor perseguida, sin necesaria conexión con el aspecto económico o con el técnico, facultad que desde luego es permanente pero que puede no ser de constante ejercicio y que no es está condicionada a la mayor o menor responsabilidad del trabajador.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

Bogotá, veinte de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho.

La señora Eugenia Preciado v. de Londoño demandó, por medio de apoderado, al doctor Manuel Ignacio Uribe Rosillo para que se le condenara a pagar \$ 1.460.00 por concepto de seguro de vida de su marido, señor Roberto Londoño, y \$ 366.00 por algunos salarios no recibidos.

Según la exposición de hechos de la demanda el señor Roberto Londoño trabajó como obrero en la obra del alcantarillado de Rovira por cuenta del doctor Uribe Rosillo, ingeniero que contrató con el Departamento del Tolima la construcción de dicha obra, y falleció el 28 de abril de 1945, cuando prestaba sus servicios. De conformidad con una de las cláusulas del contrato celebrado entre el Departamento del Tolima y el ingeniero Uribe Rosillo, éste se obligó de manera expresa a pagar las prestaciones sociales a sus trabajadores, inclusive el seguro de vida. El señor Londoño no designó beneficiarios, ni dejó hijos legítimos ni naturales. Había contraído matrimonio el 7 de octubre de 1944 con la señora Eugenia Preciado. El promedio del jornal diario fue de \$ 4.00, por lo cual su seguro de vida equivale a la suma de \$ 1.460.00. Además de esta suma el ingeniero contratista doctor

Uribe Rosillo debe la de \$ 366.00 correspondiente a salarios causados en los tres últimos meses a favor del señor Londoño, y que éste no recibió.

Advierte el demandante que el ingeniero Uribe Rosillo, en conversaciones adelantadas ante el Secretario de Obras Públicas del Departamento ofreció pagar el seguro, pero que luego, en respuesta a una carta de dicho funcionario, en que le expresaba su concepto de que debía hacerlo, se negó a cumplir aquél ofrecimiento por considerar que el señor Londoño ejecutaba sus trabajos dentro de la obra en virtud de contrato, en atención a lo cual el Gobierno Departamental ordenó retenerle al demandado de lo que le corresponde en la obra del alcantarillado de Rovira una cantidad de dinero suficiente para cubrir el seguro que se reclama.

El demandado se opuso a las peticiones del actor alegando que con el señor Roberto Londoño no había existido contrato de trabajo sino contrato de obra y que en cuanto a salarios, nada se le quedó debiendo.

El Juez del Trabajo de Ibagué, en sentencia de 8 de enero de 1947 declaró fundada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante y absolvió al demandado, como también al Departamento del Tolima por la denuncia del pleito que se le hizo.

La parte demandante apeló para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Ibagué, entidad esta que revocó parcialmente la sentencia del inferior, condenando al demandado al pago del seguro de vida del señor Roberto Londoño y absolviéndolo en lo relativo a la petición de salarios.

Contra el fallo de segundo grado interpuso recurso de casación el apoderado de la parte demandada, recurso que, concedido, admitido y tramitado en legal forma, va a ser decidido por esta superioridad.

El recurrente formula un solo cargo. No expresa la causal en que se funda, pero parece que es la primera del artículo 520 del Código Judicial, pues acusa el fallo del Tribunal Seccional de Ibagué por violación de los artículos 1º de la Ley 6ª de 1945 y 6º del Decreto 2127 del mismo año y concordantes del Decreto 2350 de 1944, por infracción directa y también por apreciación errónea y falta de estimación de la prueba testimonial.

Sostiene el recurrente que de conformidad con las Leyes 133 de

1931 y 6ª de 1945, y sus decretos reglamentarios el seguro de vida se reconoce exclusivamente en el caso de que entre el patrón y el asegurado exista un verdadero contrato de trabajo, esto es, que concurren todos los elementos que lo configuran a saber: prestación de un servicio personal, continuada dependencia y pago de una remuneración.

Agrega que el señor Roberto Londoño, al sobrevenir su muerte, “trabajaba como contratista, con amplias autorizaciones y autonomía, sin estar sometido a horario o reglamento y sin sueldo fijo o determinado, en las obras del alcantarillado de la población de Rovira”, circunstancias estas que se demuestran con las declaraciones de los señores Humberto Suárez M., José María Sánchez y Francisco de P. Azuero, que por ser contestes constituyen plena prueba, al tenor del artículo 697 del Código Judicial.

Por último dice que el Tribunal Seccional, sin hacer un razonamiento a fondo y sin pesar y apreciar las referidas pruebas, llegó a la infundada conclusión de que entre el doctor Uribe Rosillo y el señor Londoño existió un contrato de trabajo, incurriendo así en error de hecho y de derecho que lo llevó a la violación de las disposiciones sustantivas citadas.

Se estudia el cargo:

Los testigos Suárez M., Sánchez y Azuero estuvieron de acuerdo en declarar que el señor Londoño al fallecer trabajaba como “contratista” y no como “jornalero ni empleado”. Pero el primero dijo, al ser repreguntado, que se le pagaba por metro lineal de excavaciones y que el doctor Uribe suministraba la dinamita y las herramientas para el trabajo. El segundo, que él mismo como empleado del doctor Uribe, le hacía las remesas de dinero a Londoño para pagar a los trabajadores, y el tercero, afirmó que con Londoño se contrató la excavación porque se dificultaba el control de la obra, y que él contrataba el personal necesario y lo pagaba con el dinero que le llevaba o le enviaban.

El Tribunal se expresó así en su sentencia:

“Aceptado está que Londoño entró a prestar sus servicios en la obra del alcantarillado de Rovira como asalariado o a jornal diario, y que después siguió a determinado precio por unidad, que era el metro cúbico, como que se trataba de excavaciones, cortes o remoción de tierra, forma de pago y de trabajo que es de costumbre en las obras de aquella naturaleza, tanto porque se consigue un mejor rendimiento como porque la labor del patrono se reduce a la dirección

técnica. Estas modalidades de trabajo y pago no despojan al obrero de su calidad de tal ni al patrono de la suya, es decir, no modifican la relación de trabajo, la que queda subsistente desde luego, que el asalariado sigue dependiendo económica y directivamente del empresario, recibiendo pago y obedeciendo sus órdenes; órdenes de las que no puede prescindirse ni aún en los trabajos puramente materiales relacionados con obras técnicas; y desde luego que el patrono da herramienta, pólvora y dinero para pagar a quienes colaboran con el obrero, que es lo acaecido en el caso, como lo aceptan las partes y lo testifican Humberto Suárez (respuesta 4ª h. 46 v.), José María Sánchez (respuesta 2ª h. 47), y Francisco de P. Azuero (respuesta 4ª h. 47 v.). Es claro que la dependencia en estos casos no es continua en el sentido físico que algunos le dan para impugnar el vínculo jurídico, puesto que el empresario la hace instantánea entonces, ordenando de una vez cuántos metros se deben remover, con qué especificaciones y en qué tiempo, y la renueva luego con la permanente o periódica inspección de la ejecución. En las obras técnicas, de manera preferente en las contratadas, es más rigurosa la dirección y dependencia, aunque puede no ser permanente o continuada, por la responsabilidad del contratista en su ejecución total, sujeta a planos y especificaciones previos. Así Londoño fue asalariado de Uribe Rosillo, y como murió a su servicio, éste debe el seguro de vida de aquél, por ley (inc. final art. 8º, Ley 6ª, Decreto 2127, ambos de 1945), por razón del contrato de trabajo y por haberse obligado a pagarlo. El valor de esta prestación es el de setecientos veinte pesos (\$ 720.00) moneda circulante, o sea el salario de un año (Leyes 44 de 1929 y 166 de 1941)."

"En cuanto a la excepción de haber sido Londoño contratista y no asalariado, ya se vio que no prospera por haberse definido que tuvo el último carácter, y por haber confesado Uribe Rosillo que se comprometió a pagar su seguro."

Cabrían algunos reparos teóricos a la tesis que sobre la relación de trabajo se expone en la transcripción anterior, especialmente en lo que se refiere a la dependencia o subordinación que el Tribunal Supremo entiende como una obligación del trabajador correlativa a la facultad que tiene el patrón de darle órdenes adecuadas, sin necesaria conexión con el aspecto económico o con el técnico, facultad que, desde luego, es permanente pero que puede no ser de constante ejercicio y que no está condicionada a la mayor o menor responsabilidad del trabajador. Pero en lo que concierne al cargo que se estudia esta corporación no encuentra equivocada la apreciación que de los testimonios

señalados por el recurrente hizo el Tribunal Seccional, porque si bien es cierto que los declarantes coincidieron en aseverar que el señor Londoño, al ocurrir su muerte, era **contratista** y no **empleado o jornalero**, no se comprobó por el demandado que fuera contratista independiente, según la definición del artículo 6º del Decreto 2127 de 1945, esto es, que hubiese contratado 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, lo que le hubiera dado carácter de verdadero patrono. Al contrario, de las explicaciones dadas por los testigos acerca de las condiciones en que prestaba sus servicios el señor Londoño, se deduce que era un simple intermediario que contrató los servicios de otras personas para colaborar con él en excavaciones llevadas a cabo en beneficio del ingeniero Uribe Rosillo, por cuenta exclusiva de éste, y que si tenía ciertas funciones de dirección o administración, las derivaba del mismo ingeniero. Así, pues, en la relación jurídica que se estableció entre los dos concurrían, como bien lo anota el opositor en este recurso, la actividad personal del señor Londoño, su dependencia respecto del ingeniero doctor Uribe, en cuanto debía someterse a las instrucciones de éste para la ejecución de las excavaciones y la retribución del servicio propio, que son los tres elementos que estructuran el contrato de trabajo, de acuerdo con el artículo 2º del decreto citado. En todo caso, no se destruyó la presunción de que hubo contrato de trabajo (artículo 20, Decreto 2127 de 1945..

Por lo demás, las declaraciones de los testigos mencionados no fueron las únicas pruebas que tuvo en cuenta el sentenciador, pues éste se apoyó también en la confesión del demandado hecha al absolver posiciones y en un certificado del Secretario de Obras Públicas del Tolima, de donde resulta que el demandado admitió, antes del juicio, la obligación de pagar el seguro. De modo que aún en la hipótesis de que el cargo de apreciación errónea o falta de estimación de la prueba testimonial estuviera demostrado, subsistiría la sentencia con base en los otros soportes probatorios, que no fueron atacados.

Como no aparece que el Tribunal Seccional hubiera incurrido en error de hecho en la apreciación de las pruebas, ni menos en error de derecho, porque el artículo 697 del Código Judicial, que cita el recurrente, hace parte de la tarifa legal de pruebas y por consiguiente no es de estricta observancia en los juicios del trabajo, de conformidad con la regla 4ª del artículo 3º de la Ley 75 de 1945, no prospera el cargo.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Supremo del Trabajo, ad-

ministrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley NO CASA la sentencia objeto del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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.

EMPLEADO DE CONFIANZA

Es empleado de confianza, excluido de la jornada máxima de trabajo, el conductor de un camión que en la explotación económica de él, dado con tal fin por su propietario, celebra contratos de transporte, recibe el dinero correspondiente a esos convenios, rinde cuentas al dueño del vehículo y obtiene por esas labores una remuneración mixta, consistente en un sueldo mensual y una participación o porcentaje de las utilidades del negocio o explotación.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla).

Bogotá, octubre veintisiete de mil novecientos cuarenta y ocho.

Mario Valencia L. demandó por medio de apoderado a Arturo Silva S. ante el Juez del Circuito en lo Civil de Caloto, por \$ 4.738.46, por trabajo en días de fiesta, en horas extras y vacaciones.

Dijo que en diversos períodos sirvió al demandado manejándole un camión y después un establecimiento de cantina y billares.

El demandado se opuso porque estimó que no había existido un contrato de trabajo sino de sociedad.

El Juez condenó al opositor a pagar \$ 47.50 por vacaciones, y \$ 2.251.26 por horas extras y días feriados, más la respectiva proporción de la remuneración a base de porcentaje que tenía el actor, la cual ordenó liquidar de acuerdo con el artículo 553 del Código Judicial.

Ambas partes apelaron de ese fallo y el Tribunal Seccional del Trabajo de Popayán decidió en el suyo, de 18 de octubre de 1947, reformar el recurrido y condenar al demandado al pago en abstracto de las sumas de dinero que resultaren de la liquidación respectiva, que ordenó efectuar según el artículo 553 del Código Judicial, por

2.261 horas extras, unas diurnas y otras nocturnas, bien de días comunes y de días feriados, excepto de domingos, y por compensación en dinero de vacaciones no disfrutadas. Asimismo declaró no probadas las excepciones propuestas por el demandado y no condenó en costas. El Magistrado doctor Tafurt salvó su voto.

Esta sentencia está al estudio del Tribunal Supremo, por virtud del recurso de casación interpuesto en tiempo por el apoderado del opositor y pasa a considerarse la demanda que lo sustenta.

EL RECURSO

Dice el recurrente que funda la casación en las causales primera, segunda y quinta del artículo 520 del Código Judicial, que pasan a estudiarse en el orden en que se proponen.

PRIMER CARGO

Como causal 5º de casación el recurrente plantea una de nulidad que propiamente es la 6ª. Pero obrando ampliamente se estudiará.

Dice este cargo que hubo nulidad por incompetencia de jurisdicción, de conformidad con los artículos 520, numeral 6º y 448 del Código Judicial, en relación con el 58 de la Ley 6ª de 1945, porque no habiendo existido entre las partes un contrato de trabajo sino de sociedad no ha debido conocer la jurisdicción especial del litigio.

Sustenta esta acusación el recurrente expresando que en el contrato entre los litigantes se reunieron varias características del de sociedad, como las personas, los aportes de capital y de industria, la distribución de ganancias de conformidad con un determinado porcentaje, el objeto lícito de la explotación y una cantidad fija para gastos mensuales del industrial. Pero que degeneró en una sociedad de hecho, por no haberse constituido por escritura pública, ni con razón social, ni domicilio, etc. Y que no se consideraron las declaraciones de Gregorio Astudillo, Foción Soto y otros, sobre el particular.

Agrega que no fue de trabajo el contrato entre Silva y Valencia porque le faltaba el elemento esencial de la subordinación o dependencia, por lo cual al estimarlo de esa naturaleza el Tribunal Seccional, violó los artículos 1º de la Ley 6ª de 1945, 1º y 2º del Decreto 2127 de 1945, y artículo 3º de la Ley 10 de 1935 (sic), por aplicación indebida y mala interpretación.

Se estudia el cargo.

Como puede observarse a simple vista, son propiamente dos los cargos que resultan de los anteriores razonamientos. El uno de nulidad, según la causal 6ª de casación y el otro, de violación de ley sustantiva por error de hecho en la apreciación o por falta de estimación de pruebas, según la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial.

El recurrente lo entendió así porque al plantear este primer cargo sobre nulidad expresa: "Las razones por las cuales estimo que no se trata de un conflicto sobre contrato de trabajo, las estudio en otro capítulo de esta demanda, para no repetir en esta causal, las argumentaciones que me servirán para otra."

De modo que por lo expuesto en dicho párrafo, el Tribunal Supremo al sintetizar el fundamento del presente cargo tuvo que remitirse a otro de los contemplados en la demanda de casación que versa sobre violación de ley, por ser el que aquí menciona el recurrente.

Y como de unos mismos hechos o argumentos deduce dos cargos la demanda de casación, al estudiar aquéllos quedarán por lo tanto analizados éstos también.

El Tribunal de Popayán en los cuatro párrafos que intitula "Contrato de Trabajo", y que son los únicos que de su extenso fallo dedica a la consideración del fundamental aspecto del litigio, o sea, el de dilucidar si era el de las partes un contrato de trabajo o de sociedad, propiamente se limita a acoger las consideraciones que a propósito hizo el funcionario de la primera instancia. Sólo de los testigos menciona a Ulabarri, del cual deduce la existencia del vínculo de dependencia entre los litigantes, pues concluye acogiéndose a la presunción del artículo 20 del Decreto 2127 de 1945.

Por haber estimado la sentencia recurrida que las consideraciones de la de primer grado acerca de la existencia de un contrato de trabajo estaban bien fundadas, es necesario examinar el fundamento que para llegar a tal conclusión encontró demostrado el Juez de Caloto. Auncuando el recurso de casación sólo ataca la sentencia de segunda instancia, por haber acogido ésta en dicho punto principal las conclusiones de la de primera, habrá que analizarla también pero sólo en ese aspecto.

El fallador de primer grado estimó que existía un contrato de trabajo entre las partes y no uno de sociedad, con base en los testimonios de los señores Hernando Pizarro, José D. Ulabarri, Gregorio Astudillo, Luis C. Loba y Jorge Muñoz. Y agrega: "Pero por ninguna parte aparece prueba alguna sobre el hecho de la colaboración paralela y simultánea entre los presuntos asociados tendientes a la

consecución de beneficios, ni sobre el pie de igualdad que entre ellos existía en la colaboración aludida para la producción de los citados beneficios, comunes, requisitos reclamados, como se acaba de anotar, para la existencia de la sociedad de hecho en este negocio alegada por el demandado. Faltó la prueba del ánimo de asociación que en toda sociedad es condición comercial de cuentas en participación (sic), viable sólo entre comerciantes, según el claro contexto del artículo 629 del Código de la materia.” Y concluye “que la sola participación en los beneficios que produce el negocio o la actividad económica no configura el fenómeno jurídico de la sociedad, porque ese elemento también forma parte de otras convenciones, como el mandato remunerado, al aparcería y el arrendamiento de servicios inmateriales (sic)”.

Estudiado, pues, el fundamento de la sentencia recurrida, que no es otro que el de la prueba de varios testigos, el recurrente ha debido atacarlo en forma completa para poder destruir esa base del fallo acusado. Pero no lo hizo así, sino que sólo se refirió concretamente a dos testimonios, más no señaló todos los que sirvieron a los falladores para llegar a la conclusión atacada, luego es incompleto el cargo en la forma como fue propuesto. Por eso que no sea del caso entrar a analizarlo, tal como fue planteado.

En reiteradas providencias ha dicho este Tribunal y lo ha expresado también la Corte Suprema de Justicia, que para que el recurso de casación prospere es necesario que se ataquen técnicamente los soportes del fallo acusado, pues, de lo contrario, no podría éste ser infirmado. Sólo cuando el cargo está bien planteado y en forma completa puede producir el resultado perseguido de su quebrantamiento o casación.

SEGUNDO CARGO

Lo plantea bajo el título: “No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.”

En él se refiere a la condenación por horas extras, pero como esta materia será motivo de estudio en otro cargo que se estima probado, no es necesario entrar a considerar éste.

TERCER CARGO

También está propuesto dentro del capítulo anterior, es decir, en la causal 2ª.

Dice el recurrente que al contestar la demanda inicial del litigio

se propusieron varias excepciones, entre ellas la que se enunció así: "...en fin, todo hecho en virtud del cual legalmente se desconoce la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió."

Agrega que el Tribunal Seccional dijo así en su fallo: "Es evidente para el Tribunal que la mayor parte de las horas extras reclamadas del primer período cuyo reconocimiento hizo el Juzgado se hallan prescritas. Pero la excepción de prescripción no ha sido propuesta ni alegada ni por el demandado ni por sus apoderados sucesivos doctores Jaramillo y Obando R., y en tal virtud es procedente el reconocimiento de tales salarios."

El recurrente continúa diciendo que el Código Judicial no enumeró ni designó con nombre especial como lo hacía el anterior las excepciones y faculta para proponer como tales todos los hechos por los cuales se extingue la obligación. Y que como el Código Civil en su artículo 1626 (sic) enumera y designa los modos de extinción (sic), enumera y designa los modos de extinción (sic) de las obligaciones, entre ellos la prescripción, este modo fue propuesto en los autos dentro del general invocado.

Y concluye manifestando que como en los autos fue propuesta esa excepción de prescripción en el hecho, aunque no se le diera tal nombre, ha debido reconocerla el Tribunal Seccional y que como no lo hizo así, violó los artículos citados y el 1512 del Código Civil por infracción directa e interpretación errónea, fuera de que no está en consonancia el fallo con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, puesto que una de las del demandado era la de que se declarara extinguida la obligación por el transcurso del tiempo.

Se considera:

En primer lugar, se involucran en este cargo las causales 1ª, de violación de ley sustantiva y 2ª de no estar en consonancia el fallo acusado con las pretensiones deducidas en oportunidad por las partes.

Pero bien, dentro de la una o de la otra, el cargo no puede prosperar porque el demandado no propuso como hecho siquiera la excepción de prescripción. Como perentorias dijo en la respuesta a la demanda que proponía las siguientes excepciones: inexistencia de la obligación que se demanda; carencia de acción en el actor; **plus petitio**; petición indebida; distinto acuerdo contractual respecto al señalado como fundamento de la demanda, y, en fin, todo hecho en virtud del cual legalmente se desconoce la existencia de la obligación o la declara extinguida si alguna vez existió.

Es sabido que esta última fórmula no es otra cosa que la noción de excepción perentoria que da el artículo 329 del Código Judicial, de modo que no es admisible exponer una definición legal como excepción concreta o determinada, y, además, como las excepciones deben basarse en hechos, éstos deben indicarse en forma clara como fundamento del medio de defensa determinado.

El demandado y recurrente aquí no propuso la excepción de prescripción, ni siquiera alegó como medio de defensa la existencia de hechos que la pudieran dar por propuesta o alegada, es decir, no dijo que había transcurrido el tiempo que según la ley hace extinguir las acciones incoadas por el actor en su demanda inicial. Luégo no está fundado el cargo.

Además, para que hubiese sido completo ha debido señalar también como violados los preceptos legales sustantivos de orden laboral que se hubieran quebrantado con la consideración del fallador que transcribe, pero se limitó solamente en esta acusación a indicar unos del Código Civil que por sí solos no la fundaban completamente. Por ejemplo, ha debido indicar como infringidos los artículos que en la legislación del trabajo consagran la prescripción de las acciones por salarios y vacaciones, que fueron las instauradas por el demandante. Por otra parte, citó como trasgredido el artículo 1626 del Código Civil diciendo que expresa cuáles son los modos de extinción de las obligaciones, cuando el que así lo estatuye es el anterior, o sea el 1625.

No está probado este cargo.

CUARTO CARGO

Se denomina "Causal 1ª. Apreciación errónea y falta de apreciación de determinada prueba."

Ataca la estimación que hizo el Tribunal de los testimonios de Luis Paz, Ricardo Aguilar y Gabriel Rojas porque ninguno de ellos demuestra absoluta precisión en cuanto al tiempo trabajado por el demandante, porque no hay dato indudable de que las labores fueran desempeñadas todos los días, sin interrupción alguna, pues hablan de que se iniciaban **unas veces**, en muchas ocasiones, a unas horas, con excepción de una que otra vez, hasta horas **avanzadas de la noche**. Agrega el recurrente que de esos testimonios no se deduce que siempre trabajara hasta tarde, sino que, por el contrario, se demuestra que hubo soluciones de continuidad, más o menos largas, y más si se considera que los testigos se refieren a las distintas etapas, unos a unas y otros a otras.

Y continúa así el cargo: "El Tribunal que estima esos testimonios para el cálculo de horas extras, no considera el tiempo que perdía Valencia 'por falta de urgencia, por demorar el regreso o por tomar licor' (Luis Paz); la excepción de una que otra vez de que trata el testigo Aguilar; las demoras por distracciones ajenas al trabajo, libaciones de cerveza de que trata el testigo José D. Ulabarri, que aunque tachado no fue probada la tacha, como lo manda el artículo 673 del Código Judicial, y cuyo testimonio fue desatendido; la demora en el regreso, por tomar licor y en tratos con ciertas clases de mujeres, como lo atestigua Gregorio Astudillo."

El recurrente dice que esas pérdidas de tiempo no las aceptó el Tribunal, sino que las carga al demandado como horas extras porque el fallador no estima que esa fuera una manera habitual de proceder del demandante. El Tribunal Seccional entendió que tales hechos juegan sobre el principio de la buena fe en la ejecución del contrato de trabajo y el cargo comenta que si la buena fe regula las relaciones contractuales, debió haberla tenido el trabajador de modo que cumpliera religiosamente sus labores, no perdiendo tiempo inútilmente, sin que valga arguir, como lo hace el sentenciador, que el tiempo perdido no está acreditado porque sí lo está, de acuerdo con las exposiciones de los testigos citados.

A continuación destaca la apreciación del Tribunal de Popayán acerca de la hora en que finalizaba la jornada del demandante, que fijó en las 10 de la noche, con base en las declaraciones de Ricardo Aguilar, Luis A. Paz, Henac Romero y Gabriel Rojas, según los siguientes apartes que cita del fallo acusado: "De estas exposiciones se desprende que por afirmación de lo más hay igualmente afirmación de lo menos, y que la hora **indubitable** (subrayo) y ordinaria en que la jornada terminaba era las diez (10) de la noche, pero por razones particulares se hacía más larga la jornada." Y comenta el recurrente: "Por el sistema adoptado por el honorable Tribunal pudiera ocurrir en deudas de cantidad, dinero, por ejemplo, que el testigo A. afirma \$ 5.000.00; el testigo B. afirma \$ 10.000.00 y el testigo C. \$ 20.000.00. Como lo más comprende lo menos, el fallo o condena podría fluctuar entre \$ 5.001 y \$ 19.999. Este sistema artificioso y arbitrario, salvo mejor concepto o de que esté fundamentalmente equivocado, no lo he visto nunca aplicado, y me parece menos aplicable en el caso actual en que se tiene como principio de iniciación de trabajos las 4, 5, 6, 7 y 8 de la mañana, y como terminación las 10, 11, 12 de la noche o una de la mañana. Con el razonamiento de que lo más comprende lo menos, pudo el Tribunal tomar una hora

entre las cinco de la tarde y las doce de la noche; pero le pareció bonito señalar las 10."

Más adelante, sostiene que el contrato no fue de trabajo sino de sociedad de hecho y cita al efecto, los artículos 472, 474 y 475 del Código de Comercio. Y agrega que Silva entregó a Valencia sus camiones para que éste celebrara los contratos de transporte cuándo, cómo y dónde quisiera, sin estar sujeto en cuanto a pasajeros y carga a tarifa especial, ni obligado a un determinado horario o itinerario, ni a limitación de cupo o pesos.

Por todo lo anterior dice que se violaron por el Tribunal de Popayán los artículos 1º de la Ley 6ª de 1945, 3º de la Ley 10 de 1935 (sic) y 2º del Decreto 2127 de 1945. Agrega que si Valencia no pudiera considerarse como socio de una sociedad de hecho, fue un administrador, un empleado de confianza, sin derecho a horas extras y que la no consideración del fallador de este otro aspecto que fue también debatido, implica violación por no aplicación del parágrafo 1º del artículo 3º de la Ley 6ª de 1945 y del artículo 2º, numeral a) del Decreto 895 de 26 de abril de 1934. Y concluye así: "Además, es sabido que cuando un empleado recibe sueldo y participación de beneficios, no tiene derecho a horas extras. Este principio fue aceptado por la Corte del Trabajo en sentencia de 27 de noviembre de 1946, que tan acertadamente cita el doctor Tafurt en su salvamento."

Se considera:

Este cargo propiamente puede descomponerse en tres, de modo que en su forma externa no aparece ceñido a la técnica de casación, indicada en el artículo 531 del Código Judicial, que exige que cada causal se exponga en capítulo separado. Y se habla de ese Código, porque es el que rige este recurso, por hallarse vigente cuando se interpuso.

No obstante, por amplitud se estudiará en lo que se relaciona con la situación de empleado de confianza, que viene a constituir el tercero de esos cargos, pues los otros dos, sobre falta de prueba completa del trabajo extraordinario, de que en algunas veces no ocurría ese trabajo suplementario sino que se dedicaba a otras actividades el trabajador y el de que no es contrato de trabajo sino de sociedad el de autos, son motivos distintos que no cree necesario estudiar aquí el Tribunal Supremo por encontrar acreditado el primero sobre empleado de confianza y porque el segundo, sobre contrato de sociedad, ya se estudió al principio.

Es verdad que se trata de una cuestión de hecho, pero aunque el recurrente no dijo de modo expreso que la apreciación de la prueba

testimonial hubiera producido un error de esa naturaleza, el Tribunal Supremo, por amplitud, y por haberse planteado por el recurrente el problema de la estimación errónea de los testimonios, entiende que fue ese el propuesto. Y no otra conclusión resulta del estudio mismo del cargo, sobre la base de que en él se acusa expresamente la apreciación testimonial de errada y aún se ataca el fallo recurrido por falta de estimación de esa prueba.

El testigo Luis A. Paz, citado en el cargo, dice constarle que Mario Valencia trabajó al servicio de Arturo Silva S., manejándole un camión en el cual transportaba arroz, mieles, madera, gasolina, tractorina, carbón y varios otros productos, por un sueldo fijo que el segundo le pagaba al primero, y una participación o porcentaje en atención al movimiento del carro. Y agrega: "Los contratos para transportar estos artículos los hacía Mario Valencia por orden de don Arturo Silva; el mismo Mario recibía el dinero y lo entregaba al señor Silva; el camión estuvo sin trabajar un tiempo que no puedo precisar, por falta de llantas." (Fs. 14, cuad. 1º).

Y el testigo Hernando Pizarro expresa sobre el particular: "Por boca del mismo Mario Valencia sé, porque él me lo refirió en Pílamó al yo preguntárselo, que él tenía una participación o un porcentaje en las utilidades del camión y lo vi haciendo contratos para transportar artículos..." (Fs. 19 vto., cuad. 1º).

El Tribunal de Popayán estima que el celebrado entre las partes fue un contrato de trabajo con una remuneración mixta, parte en sueldo fijo mensual y parte en un porcentaje determinado de las utilidades que el camión produjese. Pero no obstante que en las instancias se planteó el problema de que el demandante era empleado de confianza del demandado, no analizó este importante aspecto fundamental también del litigio. En su salvamento de voto el Magistrado doctor Tafurt, quien fue el primitivo ponente en el Tribunal Seccional, dijo que su proyecto de fallo negaba el reconocimiento y pago de horas extras y al final de aquel escrito sostiene que el actor fue empleado de confianza o manejo del demandado. Es, pues, de suponer que el primer proyecto de fallo en esa corporación sí estudiaba el problema, que no consideró el segundo proyecto que vino a convertirse en la sentencia de esa entidad.

En ese salvamento de voto se estudia tan capital aspecto del litigio en la siguiente forma:

"He creído por otra parte que Valencia L. no fue simple chofer encargado de manejar los autos de Silva S., bajo sus órdenes inmediatas y directas. Nada de eso, Valencia a la vez que chofer fue un

empleado de confianza o manejo de Silva S., pues, al decir del testigo Luis A. Paz (folio 12), los contratos de transporte los hacía Valencia por orden de Silva; 'el mismo Mario recibía el dinero y lo entregaba al señor Silva'. Quien contrata a nombre de otro y por su orden recibe dineros, no es solamente un empleado común, sino de manejo porque necesariamente está obligado a rendir cuenta de los contratos celebrados y de los fondos que recibió por ellos. Los testigos Paz, Aguilar, Romero, Rojas y otros, hablan del contrato que había entre Valencia y Silva y del porcentaje que a aquél reconocía éste. Ese porcentaje no podía quedar sujeto a la voluntad de Silva; luego era forzoso que se sacara de común acuerdo de los valores que recibía Valencia por los transportes contratados por él mismo, mediante una liquidación, en que se deducía, según varios testigos el costo de la gasolina y los aceites. Desde que Silva S. no controlaba personalmente a Valencia L., en los viajes, porque esto no aparece de autos, ni hacía directamente los contratos de transporte, la labor de éste debe ser aceptada como la presenta la realidad de los hechos, es decir como empleado de manejo que al adquirir la obligación de transportar por determinado precio, mercancía o efectos de diversas clases asumía la responsabilidad de la entrega en el lugar del destino en determinado tiempo también, según lo pactado. Pero como ese tiempo no podía fijarlo Silva S. porque ni era, el conductor ni podía muchas veces por la distancia saber del contrato celebrado con su empleado, es inocuo por decir lo menos, echar a Silva el cargo de las horas extras que aún en actividades ajenas al oficio, cobra el demandante, porque éste y sólo éste es el responsable de que se hubiera obligado a verificar transportes en horas inadecuadas, según los contratos que celebra."

"Valencia L. no era, pues, como ya dije, un simple chofer que se iba con los vehículos a donde lo mandaba Silva. Valencia administraba el camión que se había puesto a su cuidado, haciendo las veces de dueño. La explotación estaba a su cuidado y diligencia, pero como contrataba y recibía dineros por esa explotación, su principal labor era la de empleado de manejo, porque si no contrataba no podía transportar carga. Como empleado de manejo rendía cuentas de su administración y recibía su porcentaje y su sueldo fijo deducidos los gastos."

"Creo pues, que por este aspecto que no considera la ponencia acabada a que vengo refiriéndome, tampoco hay lugar al reconocimiento de horas extras, porque se trata del empleado de confianza o manejo de que habla el numeral a) del artículo 2º de la Resolución

número 1º de 1934, dictada por mandato de la Ley 129 de 1931 y por lo tanto, sus labores no están sujetas a la limitación de las ocho horas diarias, a que se refieren el artículo 15 de la Ley 10 de 1934, 3º del Decreto 2350 de 1944 y 3º de la Ley 6ª de 1945 que pudieran invocarse. Precisamente el parágrafo 1º del artículo 3º de la Ley 6ª hace la excepción para esa clase de empleados que ya había contemplado el artículo 2º de la mentada Resolución número 1º”

“Es claro que si el mismo Valencia se obligaba en sus contratos a transportar carga, por fuerza de los hechos quedaba sujeto a determinados plazos para la entrega, sin que sus compromisos pudieran ser interferidos por Silva, quien no podía tampoco por sí solo modificar los contratos celebrados por su administrador, ni exigirle que diariamente y a las cuatro o cinco de la tarde suspendiera sus viajes, aunque se hallara en despoblado. Precisamente esa independencia con que siempre obró Valencia, tanto para contratar como para viajar y suspender sus viajes, perfila más su carácter de empleado de manejo que por razón de la naturaleza misma del negocio no soporta horario fijo, ni jornada limitada.”

“Bien al caso viene lo que dice la Suprema Corte del Trabajo, hoy Tribunal Supremo, en sentencia de 27 de noviembre de 1946: ‘Por lo demás considera la Corte que cuando se trata de empleos de aquellos que se encuentran dentro de las excepciones aludidas, como son los de Director, Gerente, Administrador, etc., si se ha ajustado un sueldo mensual, tanto más si se ha estipulado participación en los beneficios de la empresa, debe entenderse que esa retribución cobija la totalidad del servicio prestado, sin consideración al número de horas diarias de trabajo.’”

Este asunto fue debatido en las instancias, pues el apoderado del demandado invocó la anterior jurisprudencia del Tribunal Supremo, para el caso de que se considerara que existía contrato de trabajo y no de sociedad. Y el Juez de primer grado, al referirse a ese argumento, expresó que nada podía considerar sobre el particular por no conocer la sentencia de esta corporación que le fue invocada. Por su parte el representante judicial del demandado en la segunda instancia, dijo lo siguiente: “La Corte Suprema del Trabajo, en fallo de 27 de noviembre de 1946 excluye de sobrerremuneración por horas suplementarias los cargos de confianza y más, como en este caso, cuando ha habido una adehala o ribete.” Y el apoderado del actor ante el Tribunal Seccional contestó en su alegato que “Valencia no fue empleado de confianza ni de manejo”, porque, expresa, “estas nociones se refieren a aquellas personas que, como los direc-

tores, gerentes, etc., ejercen funciones directivas o administrativas, en nombre del patrono, al cual pueden sustituir legalmente, y las cuales por su especial vinculación a la empresa, están directamente interesadas en su éxito y prosperidad, sino también, porque como a nadie se escapa, un simple chofer y un modesto empleado que trabaja en un billar bajo el inmediato control y dependencia de su patrono, no pueden ser elevados al rango de empleado de confianza o de manejo como cualquier interesado en negar los derechos de los trabajadores podría intentar alegarlo con sofismas que se desbaratan y se caen por sí solos."

A pesar de que se alegó de modo expreso y claro en las instancias por los apoderados de ambas partes sobre ese particular, de que el Juez a quo manifestó no poner analizar ese problema por no conocer la jurisprudencia que se le citó y de que el Magistrado disidente también lo propuso a la consideración del fallador de segundo grado, éste no expresó nada en relación con esa decisiva cuestión en su extenso fallo, ni dio razón ninguna para omitir su estudio, no obstante que el proyecto del primer ponente fue calificado en esa sentencia de incompleto con lo cual manifestó el Tribunal de Popayán que allí no se habían estudiado todos los problemas planteados, pero que en su sentencia sí se analizaban en su totalidad. Mas sucedió lo contrario, porque en aquel proyecto sí se estudio dicho problema y al guardar silencio el fallo del Tribunal Seccional acerca de él, vino a ser éste el que resultó incompleto, a pesar de la dilucidación detenida de otros asuntos, de la misma extensión de esa providencia y de la expresa manifestación de que su fallo y no el primitivo proyecto era el que hacía un estudio íntegro del litigio.

Por lo expuesto, este aspecto del cargo no es un medio nuevo en casación, no obstante que nada consideró acerca de él la sentencia recurrida, porque sí fue debatido en las instancias y por lo tanto puede estudiarse en este recurso extraordinario.

La corporación ha analizado esta noción de empleado de confianza en diversas sentencias.

En la 27 de noviembre de 1946, tan citada en este litigio, desde la primera instancia, que no mereció la consideración del Tribunal Seccional así fuese para rebatirla o al menos para disentir de ella, y que aparece publicada en la "Gaceta del Trabajo" números 2 a 4, se expresó lo siguiente: "... Por lo demás considera la Corte que, cuando se trata de empleados de aquellos que se encuentran dentro de las excepciones aludidas (las de la jornada máxima de trabajo,

como los empleados de confianza), como son los de Director, Gerente, Administrador, etc., si se ha ajustado un sueldo mensual, tanto más si se ha estipulado participación en los beneficios de la empresa, debe entenderse que esa retribución cobija la totalidad del servicio prestado, sin consideración al número de horas diarias de trabajo." ("Gaceta del Trabajo" números 2 a 4, páginas 100 a 101).

En la de fecha 17 de junio de 1947 se manifestó lo que sigue: "...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."

"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."

Y en la de fecha 5 de octubre de 1948 (Antonio Nel Zúñiga contra Avianca), se manifestó así la corporación: "...Se ha dicho por la doctrina que no es posible dar un criterio de las nociones de dirección, vigilancia, fiscalización, inspección de labores, confianza y demás similares, sino que debe estudiarse la relación de trabajo respectiva en cada empresa para catalogar al trabajador en una cualquiera de esas clasificaciones, según sus funciones."

"El Tribunal Supremo entiende que en las labores de dirección y confianza el trabajador reemplaza al patrono, frente a los demás asalariados a su cargo, de modo que por la imposibilidad del empresario de estar en todas las dependencias o secciones del establecimiento hacen sus veces, lo sustituyen en sus facultades directivas, de mando o de organización. La simple vigilancia es una noción más clara y sencilla porque aun cuando denota una función propia de la índole patronal o en que se hace las veces del patrono, no conlleva facultades o atribuciones directivas o de mando, sino sólo de cuidado, control o fiscalización, bien de personas o de cosas."

Un conocido autor mexicano de Derecho del Trabajo, al tratar de fijar doctrinariamente el concepto de empleado de confianza, dice

que no existe un criterio exacto para precisarlo, que el único que pudiera darse radica "en las necesidades y en el interés de la empresa", y que "debe tenerse en cuenta que éste es un criterio genérico, pues no es posible una enumeración limitativa". Y abrega: "Será en relación con cada empresa que pueda utilizarse." Finalmente, expresa: "Ahí donde están en juego la existencia de la empresa, sus intereses fundamentales, su éxito, su prosperidad, la seguridad de sus establecimientos, el orden esencial que debe reinar entre sus trabajadores, debe hablarse de empleados de confianza. Serán, pues, y, desde luego, las personas que tengan en sus manos la marcha general de la negociación, a cuya habilidad y honradez queda confiada, directores y administradores, encargados de supervisar todas las labores, puestos superiores de vigilancia, vigilancia general de los establecimientos, encargados de mantener el orden, etc., y además, un grupo de empleados en trabajos personales del patrono, determinado por las necesidades múltiples de una empresa que, en ocasiones, obligan a mantener en absoluto secreto determinadas cuestiones." (De la Cueva, Derecho Mexicano del Trabajo, página 355).

El Tribunal Supremo ha agregado en la última sentencia citada que, fuera de ese criterio, debe tenerse en cuenta también para fijar la noción de empleado de confianza, las funciones que desempeñe el trabajador. De ahí resulta, pues, que para precisar ese concepto es necesario atender al interés o a las necesidades de la empresa y a las labores desarrolladas por el asalariado.

El apoderado del actor en su alegato de la segunda instancia sostiene que su representado no fue empleado de confianza en los términos que se dejaron transcritos, pero sobre los cuales desea volver la corporación para destacar cómo siguió en este punto al tratadista expresado. En efecto, en aquel alegato dice que las nociones de empleados de confianza y manejo se refieren a aquellas personas que, como los directores, gerentes, etc., ejercen funciones directivas o administrativas, en nombre del patrono, al cual pueden sustituir legalmente, "y las cuales por su especial vinculación a la empresa, están directamente interesadas en su éxito y prosperidad".

Pues bien. Tal parece que el tratadista citado y el apoderado del actor consideraran existentes los cargos de confianza y manejo sólo en las grandes empresas, en la llamada grande industria, porque se refieren a aquellas explotaciones económicas que exigen la colaboración de numerosos o por lo menos de varios trabajadores, pero que requieren gerentes, administradores o empleados de categoría que

en la doctrina del Derecho Laboral y especialmente en la alemana se conocen con la designación genérica de "altos empleados". Más olvidó especialmente el último que puede darse el caso también de empleados de confianza en la pequeña industria, en el pequeño taller o en la explotación económica simple o incipiente. Así, en el caso de autos se trataba de un negocio de transportes con un solo vehículo, pues el aspecto relacionado con el establecimiento de cantina y billares fue descartado por el Tribunal Seccional por falta de prueba y por no haber sido propuesto en casación escapa a la consideración de esta entidad. El dueño del camión, que fue el demandado, lo entregó a un conductor, o sea al demandante, para su explotación económica y así se transportó en él carga diversa. El chofer o actor conducía el vehículo, celebraba contratos de transportes, recibía el dinero correspondiente a esos convenios, rendía cuentas al dueño del camión y obtenía por esas labores una remuneración mixta, consistente en un sueldo mensual y una participación o porcentaje de las utilidades de ese negocio. Por consiguiente, de acuerdo con el autor citado y con el propio apoderado del demandante, y teniendo en cuenta que la empresa fue la explotación de un camión, puede considerarse que era un empleado de confianza el conductor del vehículo, porque estaba colocado en una situación de inmediato interés en el éxito y prosperidad del negocio, en un puesto que constituía la base de la explotación económica perseguida, en fin, tenía en sus manos la marcha de la unidad de explotación económica.

No lo vio así el Tribunal Seccional, como resulta de la prueba de testigos mencionada en este fallo, porque ni siquiera formuló consideración de ninguna clase al respecto y, por el contrario, condenó al demandado al pago de sobrerremuneración por trabajo suplementario; luego incurrió en el error de falta de estimación de la prueba testimonial de que lo acusa el recurrente.

Y al ser el actor del juicio un empleado de confianza y hasta de manejo puesto que también recibía dineros de los contratos para después entregarlos y rendir cuentas al demandado, sin que lo hubiera reconocido así, infringió el fallador de segunda instancia, por falta de aplicación siendo el caso de hacerlo, los artículos 2º, letra a) de la Resolución número 1 de 1934, aprobada por el Decreto 895 del mismo año y el párrafo 1º del artículo 3º de la Ley 6ª de 1945, citados por el recurrente, puesto que esos preceptos excluyen de la jornada ordinaria máxima de trabajo, de ocho horas, a los trabajadores que ocupen puestos de confianza, su labor puede exceder de ese tiempo y no tienen, por consiguiente derecho a sobrerremunera-

ción por horas extras o trabajo suplementario porque éste no existe para ellos.

Y se dice que fue el artículo 2º, letra a) de la Resolución número 1 de 1934, el que menciona el recurrente, porque aunque cita el artículo 2º, numeral a) del Decreto 895 de 26 de abril del mismo año, claramente se ve que se refirió a aquél porque le dio aprobación a la resolución y al no tener dicho decreto sino un solo artículo, el cargo se refirió al 2º, letra a) de ésta. Como el decreto aprobó la resolución y la incorpora en su texto, ocurre con frecuencia que por citar artículos de ésta se mencionan los de aquél, pero atendida la intención manifiesta del recurrente y habiendo hablado de un artículo y su ordinal determinados, que se refieren a la exclusión de los empleados de confianza de la jornada máxima de trabajo, es obvio entender que la cita se refirió a igual artículo y al mismo ordinal de la resolución aprobada por el decreto, que son los que contemplan dicho asunto.

Está, pues probado el cargo y debe, por lo tanto, casarse la sentencia recurrida en cuanto condena al pago de horas extras.

Al dictar el fallo de instancia que reemplace en ese punto al que va infirmarse, deberá absolverse al demandado del cargo sobre pago de trabajo extraordinario, por no tener derecho a esa sobrerremuneración el demandante, de acuerdo con lo expuesto, para lo cual se revocará el fallo de primera instancia en cuanto formuló condenación contra el demandado por ese concepto.

Quedarán subsistentes las condenaciones del Tribunal Seccional por vacaciones, aún en abstracto, y que ordenó liquidar por el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial, no obstante la reiterada tesis de este Tribunal Supremo de que esta última vía no es aceptable sino cuando se trata de condenas por frutos, daños o perjuicios, como lo dicen ese precepto y el artículo 480 del mismo Código, pero el recurrente no atacó esa condenación hecha en tal forma y por lo tanto el Tribunal de casación no puede considerar de oficio ese aspecto, pues sabido es que su labor se circunscribe a los cargos o acusaciones que dentro de la técnica de este recurso extraordinario plantee quien lo ha interpuesto.

En mérito de lo discurredo, 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, dictada por el Tribunal Seccional del Trabajo de Popayán el 18 de octubre de 1947, en cuanto condenó en abstracto al señor Arturo Silva S., a pagar al señor Mario Valencia Luna sumas de dinero

por concepto de trabajo suplementario u horas extras, o sean los ordinales 1º, 2º y 3º de ese fallo, REVOCA la condenación hecha en el aparte b), de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Caloto el 19 de febrero de 1947, en cuanto a horas extras, y, en su lugar, ABSUELVE al demandado Silva, ya citado, del cargo sobre pago de trabajo extraordinario que le formuló el demandante Valencia, también mencionado, en su demanda.

Queda en firme lo restante del fallo del Tribunal de Popayán, o sean los ordinales cuarto (4º) y siguientes, de su parte resolutive.

Sin costas en el recurso.

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. — Guillermo Martínez R., Secretario.

CAUSAL 2ª DE CASACION DEL ARTICULO 520 DEL CODIGO JUDICIAL. TERMINO PRESUNTIVO DEL CONTRATO DE TRABAJO. APLICACION DEL ARTICULO 52 DEL DECRETO 2127 DE 1945. ACUSACION DE NORMAS DE PROCEDIMIENTO EN CASACION DEL TRABAJO. FINALIDAD DEL RECURSO DE CASACION. ACUMULACION DE VACACIONES Y PAGO DE LAS NO DISFRUTADAS.

La causal 2ª de casación del artículo 520 del Código Judicial cuando era aplicable en este recurso en derecho laboral porque aún no se había dictado el Decreto 2158 de 1948, tenía lugar, entre otros casos, cuando el sentenciador dejaba de analizar una acción incoada en el libelo inicial del litigio, es decir, cuando hubiera sido iniciada en forma oportuna.

El plazo presuntivo de seis meses de un contrato individual de trabajo, cuando no se estipula término de duración o éste no resulta de la naturaleza misma del servicio, comienza a contarse desde que la relación de trabajo se forma, desde que el servicio principia a prestarse, desde que se inicia la ejecución del contrato, pero no desde una fecha determinada por ley o decreto ningunos.

Reiteradamente ha dicho esta corporación que el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 tiene un claro carácter de sanción y que para poder aplicarlo estrictamente debe aparecer ostensible la mala fe del patrón.

El artículo 612 del C. Judicial es simplemente de procedimiento y no de orden sustantivo, y sabido es que el recurso de casación sólo está instituido con el fin de unificar la jurisprudencia nacional y, como lo dice el artículo 520 del mismo Código, sólo procede con base en la causal primera invocada cuando la sentencia es violatoria de ley sustantiva y no de normas adjetivas o de mero procedimiento.

La casación, como lo ha dicho esta corporación en reiterados fallos, no es una tercera instancia

en la que se revise íntegramente el litigio, el haz probatorio y las pretensiones de las partes; es un medio de impugnación extraordinario contra las sentencias definitivas de segunda instancia, proferidas por los Tribunales Seccionales, con el fin de unificar la jurisprudencia nacional y en especial con el de defender el imperio de las normas legales que se estimen infringidas. Por consiguiente, se mueve el recurso de casación solamente al través de la demanda que formule el recurrente para sustentarlo, al contrario de las instancias que confiere a las respectivas autoridades judiciales poderes amplios de análisis de todo el litigio.

En sentencias de esta corporación se ha analizado claramente la noción de acumulación de vacaciones frente al pago de las no disfrutadas. Una cosa es acumularlas como descanso, para disfrutar de ellas como cesación del trabajo para reparar las fuerzas del trabajador y otra muy distinta es el pago en dinero por no haberse concedido ese derecho a tiempo.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla).

Bogotá, noviembre dos de mil novecientos cuarenta y ocho.

Silvio Tejada Mejía demandó por medio de apoderado a la sociedad, empresa o flota "Transportes Pereira", representada por su Gerente Dionisio Rincón, y a éste personalmente, ante el Juez del Trabajo de Manizales, para el pago de sueldos, cesantía, trabajo en domingos y días de fiesta nacional y vacaciones.

El representante judicial del actor fundó la demanda en los hechos que narra así:

"1º Por contrato verbal celebrado a fines del año de 1940 entre mi poderdante y el señor Dionisio Rincón, se le enacagó (sic) a aquél la administración de las diferentes actividades que la flota o empresa "Transportes Pereira", de propiedad entonces del último de ellos, tenía en la ciudad de Manizales."

"2º En el desempeño de sus funciones mi poderdante ejercía entre otras actividades las siguientes: consecución y pago de arrendamiento del local donde debía funcionar la oficina de dicha empresa; entendimiento con las autoridades de circulación y tránsito; represen-

tación de la empresa tanto ante las autoridades administrativas como ante los particulares; consecución de pasajeros y envío de ellos a los diferentes centros en donde la empresa tenía pasajes; confección del conduce de pasajeros que salían con los servicios de la empresa y control de los que traían los de otras plazas; desempeño de toda orden dada por el señor Rincón o sus agentes y en fin, todas las actividades adscritas a los trabajos de la naturaleza del desempeñado por mi poderdante."

"3º En un principio mi poderdante recibía como remuneración de su trabajo la suma de cincuenta centavos (\$ 0.50), por cada vehículo que despachara para cualquiera de los centros en donde la empresa tenía pasajes."

"4º Desde el año de 1942 el sistema de pago fue cambiado por el de un porcentaje (sic) del diez por ciento (10%) sobre el precio de cada pasaje vendido en la ciudad para cualesquiera de las plazas a que viajaban los carros de la empresa."

"5º Para dar cumplimiento a la Resolución número 120 dada el 11 de junio de 1945, puesta en vigencia desde el 1º de julio del mismo año, y que fue dictada por la Dirección Nacional de Tarifas y Transportes, el señor Rincón en asocio de los afiliados que componían la empresa o flota "Transportes Pereira", formó la sociedad comercial que demandó, lo cual hizo mediante la escritura número 484 otorgada el 5 de marzo de 1946 en la Notaría 1ª de Pereira; cuyo extracto debe estar inscrito en la Cámara de Comercio de la ciudad de Pereira."

"6º La anterior transformación en nada afectó la anterior organización de la empresa, y mi poderdante continuó prestando sus servicios en la misma forma que lo venía haciendo hasta ese día."

"7º Por contrato celebrado por la empresa "Transportes Pereira" y la empresa Línea al Norte, ésta fue encargada de las funciones que desempeñaba mi poderdante; dicho contrato se estipuló el 3 de los corrientes y en ese mismo día el señor Rincón manifestó a mi poderdante que presindía (sic) de sus servicios."

"8º Mi poderdante personalmente solicitó al señor Rincón que le otorgara el certificado a que se refiere el numeral 11 del artículo 26 del Decreto ejecutivo número 2127 de 1945, habiéndose negado a ello."

"9º El contrato de trabajo celebrado entre el demandante y el demandado fue por tiempo indefinido y sin fijación de término alguno, de allí que se presume que él fue celebrado por períodos de a seis meses a contar de la vigencia del Decreto ejecutivo 2127,

es decir, desde el 11 de octubre de 1945. Por consiguiente, mi poderdante, fue despedido, sin justa causa y sin previo aviso, dos meses y veintinueve días antes de cumplirse el lapso presuntivo de prórroga del contrato del trabajo (artículo 51, decreto citado)."

"10. Durante todo el tiempo que mi poderdante prestó su capacidad de trabajo a los demandados desempeñó sus funciones en los días domingos y en los de fiesta o feriados, lo que hizo porque a si (sic) lo requería la naturaleza de las funciones que desempeñaba (artículo 4º, numeral c) del Decreto ejecutivo número 1278 de 1931)."

"11. Apesar de habersén (sic) causado vacaciones a favor de mi poderdan (sin) por cada año de servicios no le fueron reconocidas ni otorgadas en ninguno de ellos."

"12. Durante el tiempo que se remuneró a mi poderdante con cincuenta centavos (\$ 0.50) por cada vehículo que despachara, el promedio de ellos durante el mes era de 240 en cada mes, es decir, 8 por día. Lo que da un sueldo mensual durante aquel lapso de ciento veinte pesos (\$ 120.00), y una remuneración diaria de cuatro pesos (\$ 4.00)."

"13. Durante el tiempo que el pago se rigió por el porcentaje del 10% del valor de cada pasaje vendido por mi poderdante, el promedio del valor de pasajes vendidos era el de \$ 1.500.00 por mes. Lo que da un sueldo mensual de ciento cincuenta pesos (\$ 150.00) y una remuneración diaria de cinco pesos (\$ 5.00)."

"14. Del primero de enero de 1941, fecha tomada para efectos de las prestaciones que se cobran en esta demanda, hasta la mitad del año de 1942, mi poderdante trabajó setenta y ocho domingos y los días feriados en dicho lapso, teniendo una remuneración de cuatro pesos diarios."

"15. De la mitad del año de 1942 hasta el día que mi poderdante fue despedido del empleo, o sea, hasta el 3 de julio del presente año, trabajó doscientos ocho domingos y los días feriados en dicho lapso, y tenía una remuneración de cinco pesos diarios."

"16. Cuando se causaron las vacaciones correspondientes al lapso comprendido entre el 1º de enero de 1941 al 31 de diciembre del mismo año mi poderdante devengaba un sueldo de \$ 120.00 mensuales. Al no habersele otorgado ellas se le adeuda la suma de \$ 60.00."

"17. Cuando se causaron las vacaciones en el último día de los años de 1942, 1943, 1944 y 1945 mi poderdante devengaba un sueldo mensual de \$ 150.00. Al no habersele otorgado la (sic) correspon-

dientes se le adeuda la suma de \$ 300.00 por 60 días hábiles de vacaciones.”

“18. Al ser despedido mi poderdante del cargo que desempeñaba no le fueron cubiertas sus prestaciones sociales ni el patrón hizo depósito alguno para responder por ellas, a pesar de que ellas fueron reclamadas oportunamente por mi poderdante.”

La parte demandada no contestó la demanda, pero en la segunda audiencia en la primera instancia manifestó que el actor no era su empleado sino un comisionista que por derechas percibía el porcentaje de los carros que despachaba, sin subordinación ninguna a los demandados, a horarios, reglamento o control especial de los últimos. Y en ese mismo acto propuso las excepciones que denominó error de cuenta, ilegitimidad sustantiva de la personería del demandado y de inexistencia de la obligación. La primera la hace consistir en que la empresa “Transportes Pereira” tiene un capital de \$ 6.000 y está exenta del pago de las prestaciones que se reclaman, de acuerdo con el ordinal 3º del artículo 13 de la Ley 6ª de 1945. La segunda excepción la funda en que la sociedad demandada, sólo tuvo vida jurídica desde su constitución el 20 de marzo de 1946. Y la tercera, en que no existió contrato de trabajo con el demandante sino de comisión.

El Juzgado 1º del Trabajo de Manizales falló condenando al señor Dionisio Rincón como gerente de “Transportes Pereira” a pagar al demandante la suma de dos mil cuatrocientos noventa y un pesos con setenta y cinco centavos (\$ 2.491.75) por cesantía, vacaciones y trabajo en domingos.

Apelada esa sentencia por ambas partes, el Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales la reformó en el sentido de condenar solidariamente a los dos demandados y en el de aumentar a dos mil setecientos cuarenta y dos pesos con veintitrés (\$ 2.742.23) moneda corriente, el monto de la condenación por los conceptos de cesantía, vacaciones, dominicales y días de fiesta nacional.

Y como también los dos litigantes interpusieron el recurso de casación, se procede a resolverlo.

EL RECURSO DEL DEMANDANTE

Tres cargos formula contra la sentencia recurrida, que se analizarán en su orden.

PRIMER CARGO

Se acusa el fallo del Tribunal de Manizales por violación de los artículos 19 de la Ley 10 de 1934, 11 del Decreto número 2127 de 1945 y 721 del Código Judicial.

Dice el recurrente que con un dictamen pericial se comprobó que la remuneración mensual de su representado fue de \$ 200 y que sólo se tuvo en cuenta para formular las condenaciones la que señaló en su demanda inicial, de \$ 120.00 en el primer período de labores y de \$ 150.00 después. Por lo cual si recibe una suma inferior renuncia a garantías sociales, lo que está prohibido por las dos disposiciones primeramente citadas. En tal virtud, el sentenciador las infringió al no tener en cuenta el sueldo de \$ 200.00, de que habla el dictamen pericial y también violó el precepto del Código Judicial que le da valor de plena prueba al concepto uniforme, debidamente fundamentado y explicado de dos peritos, por no haberlo aplicado.

Se estudia el cargo.

El Tribunal Seccional, bajo el título "La remuneración", analiza las distintas pruebas del juicio al respecto, absolución de posiciones del demandado Rincón, testimonios y el dictamen pericial. Y respecto de la última, concluye así:

"Al folio 116 se encuentra un dictamen pericial de los señores José Urquijo y Fernando Osorio en el que consta: 'Como administradores que hemos sido de varias empresas de transportes en esta ciudad y del excesivo trabajo que hemos tenido los suscritos y en vista de que el demandante se esforzaba y era superior al ejecutado por nosotros, consideramos que el mínimo sueldo que podría ganar o devengar el señor Silvio Tejada, era o es de doscientos pesos mensuales.'

"De lo anterior resulta que, con la declaración del demandante y los testigos, la remuneración que correspondía a Tejada, durante el tiempo de trabajo comprendido entre 1940 y el año de 1942, fue la de ciento veinte pesos, cuando devengaba cincuenta centavos por el despacho de cada vehículo. Respecto al período entre 1942 y la fecha del retiro, mes de julio de 1946, algunos declarantes afirman que la remuneración por concepto del diez por ciento estipulado entre Rincón y Tejada oscilaba entre 150 y 200 pesos mensuales. Los peritos corroboran la afirmación de los deponentes, al manifestar en su condición de técnicos en la rama de transportes, que dada la intensidad de los trabajos ejecutados por Tejada, la asignación o sueldo mensual que éste devengaba era por lo menos, de doscientos pesos. Fue puesto en conocimiento de las partes el dictamen anterior y contra él en tiempo oportuno no se formuló ninguna objeción. A pesar de este dictamen el Tribunal se atiene a lo expresado por los declarantes Pastor Vargas y Luis E. Zapata (folios 37 y 42), en sus declaraciones, cuando afirma que en el período en que Tejada tuvo la remuneración

del 10%, el promedio devengado fue de \$ 150.00, lo que está de acuerdo con hecho 13º de la demanda. De manera, que el dictamen pericial sirvió para reforzar la aseveración del actor y de los declarantes."

"Queda, pues, por tanto, establecido que en la dependencia de Tejada a la empresa demandada hay dos etapas; una de 1941 a 1942, con un sueldo de ciento veinte (\$ 120) mensuales, y de 1942 hasta la fecha del retiro, de ciento cincuenta (\$ 150) mensuales."

El sentenciador estudió la prueba pericial en relación con la de testigos, de modo que para destruir esa apreciación ha debido el recurrente atacarla en la forma como fue hecha. Por otra parte, en casación se verifica el estudio de pruebas determinadas cuando se ataca por error de hecho o de derecho en su análisis o por falta de estimación en que haya incurrido el fallador, pero aquí no se ha cumplido con este requisito técnico del presente recurso y que claramente consagra el artículo 520 del Código Judicial, vigente para el presente asunto, en su ordinal 1º.

No está probado este cargo.

SEGUNDO CARGO

Invoca la causal 2ª de casación, del artículo 520 citado, por no estar la sentencia recurrida en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Y concreta esta acusación señalando como infringidos por el fallo recurrido los artículos 471 del Código Judicial, y 51 y 52 del Decreto 2127 de 1945, por falta de aplicación.

Fundamenta el cargo diciendo que en el ordinal 2º de la parte petitoria de su demanda inicial solicitó que se condenara a los demandados al pago de los sueldos que había dejado de devengar Tejada por haberse roto el vínculo contractual de manera unilateral, ilegal e intempestiva, por parte del patrón, sin que hubiera terminado el plazo presuntivo de seis meses a que se refiere la ley. Y que como nada dice la sentencia acusada sobre este derecho, siendo obligación del fallador por lo menos la de absolver genéricamente al demandado de los cargos de la demanda que no prosperaron, y no lo hizo así violó las disposiciones legales citadas por no haber tenido en cuenta esa acción oportunamente incoada.

Y concluye así esta acusación:

"En la demanda, bajo el numeral 8º de los hechos, se narró (sic) muy claramente las circunstancias de hecho que dan nacimiento al

derecho implorado bajo el numeral 2º de la parte petitoria de la demanda. Dentro del término legal se aprobó (sic) con innumerables pruebas, siendo la principal la confesión del demandado Rincón hecha en las posiciones que absolvió, que el contrato fue roto unilateral e intempestivamente por él, el 3 de julio de 1946, es decir, dos meses y veintinueve días antes de que se venciera el último plazo presuntivo de seis meses de duración del contrato de trabajo que tenía Tejada con los demandados.”

“En vista de las anteriores circunstancias procesales no queda al sentenciador otra alternativa, que acceder a reconocer al demandante el derecho que ha implorado ya que tiene su nacimiento en el reconocimiento que hace la ley sustantiva en el artículo 51 del Decreto 2127 de 1945 y porque no se ha probado en el expediente ningún hecho exceptivo que desconozca el derecho solicitado.”

Se estudia este cargo.

La causal 2ª de casación del artículo 520 del Código Judicial, aplicable al presente recurso por estar vigente ese estatuto cuando este medio de impugnación se interpuso, o sea, la de no estar la sentencia recurrida en consonancia con las pretensiones oportunamente deducida por los litigantes, tiene lugar, entre otros casos, como en el del cargo propuesto, cuando el sentenciador deja de analizar una acción incoada en el libelo inicial del litigio, es decir que fue iniciada en forma oportuna.

Tiene razón el recurrente y se encuentra justificada esta segunda causal, porque no le fue considerada la petición formulada en su demanda sobre pago de dos meses y veintinueve días de sueldo por razón del tiempo restante del contrato presuntivo de trabajo; pues el Tribunal de Manizales nada dijo en su sentencia acerca de esa acción que fue incoada junto con las restantes del libelo inicial del litigio.

De acuerdo con el artículo 539 del Código Judicial, deberá estudiar este Tribunal esa solicitud, en vista de que el Seccional no lo hizo.

En el hecho 9º de su demanda y no en el 8º como el recurrente lo afirma, dijo que el contrato de trabajo entre las partes se celebró por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, por lo cual se presume celebrado por períodos de seis meses a contar de la vigencia del Decreto 2127 de 1945, es decir desde el 11 de octubre de ese año. Y que fue despedido el trabajador sin justa causa y sin previo aviso, dos meses y veintinueve días antes de cumplirse el lapso presuntivo de prórroga correspondiente. Por esto solicita en el ordi-

nal 2º de la parte petitoria de su demanda que se ordene el pago a cargo de los demandados y a favor del actor de la suma de \$ 445.00 moneda legal, por concepto de esos dos meses y veintinueve días de sueldo dejado de devengar.

El recurrente estima que el plazo presuntivo de seis meses del contrato de trabajo de su representado debe principiar a contarse desde el 11 de octubre de 1945, debido a que desde esa fecha entró a regir el Decreto 2127 de ese año, reglamentario de la Ley 6ª de 1945, en cuanto a contrato individual de trabajo. Es decir, cree que sólo ese decreto vino a fijar el plazo presuntivo de seis meses de aquellos contratos individuales de trabajo que no tuvieran término fijo estipulado o no resultase de la naturaleza misma del servicio, y, por lo tanto, estima que a partir de su vigencia nació ese derecho y debe principiar a contarse ese lapso en el contrato de su representado. Y es que de acuerdo con el artículo 59 del Decreto 2127, éste comenzaría a regir treinta días después de su publicación en el "Diario Oficial", y esta formalidad se cumplió el 11 de septiembre de 1945. De allí que esos treinta días los considere cumplidos el recurrente el 11 de octubre del mismo año.

El Tribunal Supremo encuentra equivocada esa afirmación del recurrente, en el sentido de que el plazo presuntivo de seis meses del contrato individual, cuando no se ha estipulado término fijo o no consta de la naturaleza del servicio, y principia a contarse desde la vigencia del Decreto 2127 de 1945, y concretamente desde el 11 de octubre de dicho año, en que deduce el recurrente que comenzó a regir ese decreto. Y no es aceptable esa interpretación, porque el plazo presuntivo de seis meses indicado no fue instituido por dicho decreto, sino por la Ley 6ª de 1945 en su artículo 8º, posteriormente modificado en otros aspectos por el artículo 2º de la Ley 64 de 1946. El Decreto 2127, como reglamentario de esa Ley 6ª en cuanto a contrato individual, no hizo sino reafirmar el principio de esta última sobre el particular.

El plazo presuntivo de seis meses de un contrato individual de trabajo, cuando no se estipula término de duración o éste no resulte de la naturaleza misma del servicio, comienza a contarse desde que la relación de trabajo se forma, desde que el servicio principia a prestarse, desde que se inicia la ejecución del contrato, pero no desde una fecha determinada por ley o decreto ningunos, ni menos desde la que el recurrente con manifiesta equivocación ha indicado.

En el hecho 1º de la demanda inicial del litigio, el que hoy es recurrente dijo que el contrato se había celebrado a fines de 1940,

de modo que el plazo presuntivo de seis meses comenzaría a contarse desde la fecha de iniciación de ese convenio. No se ha señalado en forma determinada el día exacto en que ese contrato se celebró o principió a tener efecto. Sólo se dice que fue celebrado "a fines del año de 1940". Y como el recurrente en el cargo que se estudia afirma que el patrono rompió unilateralmente el contrato el 3 de julio de 1946, no se sabe con certeza si en esa fecha terminaba o no un período de seis meses, para deducir que existe derecho a reclamar salarios por tiempo restante de ese plazo. Para que apareciese clara esa acción, ha debido señalarse o demostrarse la fecha inicial del contrato, lo que no consta en la demanda, ni en las pruebas.

Por consiguiente, no puede prosperar esta acción en la forma como fue incoada.

TERCER CARGO

Se acusa el fallo recurrido por violación, por falta de aplicación, del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945.

Y sustenta así este cargo:

"De acuerdo con el hecho 18 de la demanda con que se inició el presente juicio, a mi poderdante no se le liquidaron las prestaciones a que tenía derecho ni el patrón consignó suma alguna para responder por las prestaciones sociales en la cuantía que él creía deber. No obstante haberse tramitado el juicio, el patrón no dio cumplimiento a dicho precepto y hoy no lo ha hecho. Existiendo la causa para obtener el derecho concedido en el artículo 52 citado, en el presente juicio, el sentenciador está en la obligación de liquidar las diferentes prestaciones no hasta el momento en que el señor Tejada dejó de trabajar para los demandantes sino hasta la fecha de la sentencia."

Se considera:

Esta corporación ha dicho ya que el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 tiene un claro carácter de sanción y que para poder aplicarlo estrictamente debe aparecer ostensible la mala fe del patrón. Al efecto, se estudiará en cada caso la forma como el empresario se opone a las pretensiones del trabajador, si expresa razones valederas para negarse a las demandas de éste o si, por el contrario, resulta temeraria su actitud.

En el presente caso no consta que el demandado se hubiera negado sin motivo justo a satisfacer las prestaciones que el demandante solicita, sino que, por el contrario, ha expuesto razones que

acreditan su buena fe, como las de considerar que no existía contrato de trabajo, sino de mandato mercantil, por lo cual no es lógico, ni jurídico, exigirle al mismo tiempo una consignación como si estimara que hubiera existido aquel contrato, y no éste.

La tesis expuesta por esta entidad es la siguiente:

“Este precepto tiene un claro carácter de sanción para el patrón renuente a pagar las prestaciones e indemnizaciones que le deba al trabajador. Pero es claro que debe entenderse que hay un derecho cierto, indiscutible, a las prestaciones e indemnizaciones, porque de lo contrario se podría incurrir en notoria injusticia. Por lo tanto, la disposición en referencia no puede aplicarse en los casos de duda justificada acerca de la existencia del derecho, pues cuando así ocurre corresponde a la jurisdicción especial del trabajo decidir esa controversia, y sólo cuando hay fallo definitivo que declara la existencia del derecho puede decirse que surge la deuda correspondiente.”

“Por consiguiente, el artículo 52 transcrito sólo puede aplicarse en aquellos casos que no presentan duda, más no en los que se controvierta la existencia de la obligación, por haber incertidumbre de buena fe del patrón acerca de ella.”

“Este concepto de sanción que el precepto consagra es incompatible con la noción de buena fe, de modo que si el patrón niega la existencia del derecho sin malicia, es decir, obra de buena fe, mal puede sancionársele si su conducta aparecé clara al respecto.” (Sentencia de 4 de marzo de 1948. Juicio de Melquiades Correa contra Jabonería “Las Llaves”).

Existía en el caso de autos una duda respecto de la naturaleza del contrato, porque la controversia versó acerca de si era el del actor de trabajo o de comisión mercantil, por lo cual no es el caso de imponer al patrono la sanción del artículo 52 expresado.

No se acepta, por lo tanto, este cargo.

Y no habiendo prosperado ninguno de los motivos de acusación del demandante, corresponde estudiar el recurso de la parte demandada.

EL RECURSO DEL DEMANDADO

En cerca de de un centenar de fallos este Tribunal ha dicho que el recurso de casación no es una tercera instancia sino un medio de impugnación extraordinario en el que se enfrentan la sentencia acusada y la norma legal que se considera infringida, cuando se acusa por infracción de ley, según la causal 1ª de casación del artículo 520

del Código Judicial, vigente en el presente recurso por haber sido interpuesto cuando se aplicaba a los asuntos del trabajo.

En esas mismas veces ha manifestado la corporación que, de acuerdo con la doctrina y con las normas consignadas en los artículos 520 y 531 del Código Judicial citado, este recurso de casación tiene una técnica que exige requisitos especiales en la demanda que lo sustente y en los cargos o motivos de impugnación que se invoquen y aduzcan.

Por su parte, los distintos tratadistas que analizan este recurso desde sus orígenes, al través de las legislaciones que lo tienen establecido, y los autores que en el país lo han estudiado y la Corte Suprema de Justicia en infinidad de jurisprudencias, han dicho que para que el recurso por infracción de la ley pueda prosperar se necesita singularizar la norma que se estime violada y expresar el concepto de la infracción, tal como lo exigen los artículos 520 y 531 ya citados.

Especialmente el Tribunal Supremo ha sido muy explícito al fijar el alcance y la técnica de este recurso extraordinario, en la sentencia de noviembre 27 de 1947, publicada en su revista "Gaceta del Trabajo" números 2 a 4, y proferida en el juicio de Ricardo Zapata Bustos contra Hernán Caicedo Buenaventura.

La demanda de casación del apoderado de la parte demandada no es propiamente un escrito de esa naturaleza sino más bien un alegato de instancia, pues se limita a argüir en la forma como él mismo lo dice que lo efectuó en las instancias del litigio, sin que se hubiera ceñido a las prescripciones de las normas sobre técnica de este recurso, ya citadas atrás.

Esta consideración sería suficiente para desechar su escrito; pero no obstante, para obrar con amplitud, se estudiarán los cargos presentados, en la forma como han sido propuestos.

PRIMER CARGO

Invoca la causal primera por infracción directa de la ley, pero la única disposición legal, singularizada, que señala como quebrantada por la sentencia acusada es el artículo 612 del Código Judicial, pues si bien es cierto que habla de las Leyes 10 de 1934 y 6ª de 1945, no menciona ningún artículo determinado de ellas y sabido es que en casación, como lo tiene reiteradamente dicho la jurisprudencia de la Corte y de este Tribunal, no puede señalarse como violada toda una ley, un decreto, un código o un estatuto legal, sino que, como lo expresa el artículo 531 del Código Judicial, debe indicarse el texto legal que concretamente se estime infringido.

El artículo 612 del Código Judicial que es el que se menciona en este cargo es simplemente de procedimiento y no de orden sustantivo, y sabido es que el recurso de casación sólo está instituido con el fin de unificar la jurisprudencia nacional, y como lo dice el artículo 520 del Código Judicial, sólo procede con base en la causal primera invocada cuando la sentencia es violatoria de ley sustantiva nacional y no de normas adjetivas o de mero procedimiento.

Además, como lo ha expresado repetidas veces la corporación, siguiendo jurisprudencia constante de la Corte Suprema, una norma procesal del Código Judicial puede servir de medio o base para la infracción de una ley sustantiva y en ese caso puede aceptarse su alegación en casación pero siempre que al través de la norma adjetiva se señale y demuestre la infracción de una sustantiva nacional. Pero aquí no se ha indicado ninguna disposición legal sustantiva de orden laboral como infringida, aún a través de la violación del precepto procesal invocado, luego no es procedente el cargo en la forma propuesta.

SÉGUNDO CARGO

Acusa el fallo recurrido de violación de la ley por aplicación indebida y concreta así este cargo:

"Vigente, integralmente, el Decreto 652 de 1935 como lo está, su norma ha sido indebidamente aplicada a una situación no regulada por él, por la ley que reglamenta y por las disposiciones con él contextes, y a fines como la ley 6ª de 1945." También menciona algunos artículos del Código de Comercio, aunque sin concretar a ellos su acusación y transcribe unos apartes de un comentario de un autor nacional en el que éste menciona unos preceptos legales, pero tampoco el recurrente circunscribe a estos artículos su acusación en este cargo.

La tesis que sostiene en este motivo es la de que no hubo contrato de trabajo sino de mandato mercantil, en su especie de comisión. Pero para sustentarla jurídicamente, dentro de la técnica de este recurso extraordinario, ha debido señalar las pruebas dejadas de apreciar por el fallo recurrido, o apreciadas por él de manera equivocada, que lo hubieran llevado a dar por existente un contrato que no resulta demostrado de modo manifiesto en los autos. Es decir, como lo expresa el artículo 520 del Código Judicial en su ordinal 1º, ha debido señalar, determinar las pruebas que servían en su concepto para demostrar la existencia del contrato de comisión, o las que equivocadamente le sirvieron al fallador para estimar como verdadero el de

trabajo. Pero no acusó por error de hecho, que apareciera de modo manifiesto en los autos al respecto y de allí que no pueda siquiera estudiarse este cargo.

TERCER CARGO

Invoca también la causal primera de casación, por violación de la ley sustantiva, por interpretación errónea.

El único párrafo en donde sustenta este motivo, dice así:

“Consiste dicha causal que como las anteriores se encuentra en la parte resolutive del fallo, porque se aplican las Leyes 10 de 1943, el Decreto 652 de 1935, la Ley 6ª de 1945 y el Decreto 2127 de 1945 erróneamente a materia no regulada por ellos como lo es el CONTRATO DE MANDATO.”

Como ya se ha expresado, en casación no es admisible la acusación de todo un código, una ley o un decreto, sino que, como lo exigen la ley y la técnica de este recurso expuesta por la doctrina de los autores y la jurisprudencia, debe singularizarse el precepto que se estime infringido, no sólo para facilitar el estudio del Tribunal encargado de decidir ese recurso, sino porque no le corresponde a éste la labor de confrontar artículo por artículo del estatuto de que se trate, sino que debe decir el recurrente cuál es el texto legal que estima violado. Y es que en el recurso de casación se enfrenta una norma sustantiva con la sentencia acusada, de modo que quien lo propone o plantea debe decir cuál es aquel extremo de la confrontación, como también cuál es el del segundo.

Es indamisible este cargo.

CUARTO CARGO

Dice que hubo error de hecho que proviene de la apreciación errónea de la prueba llamada de confesión por la sentencia acusada. Y que por ese error se violó el artículo 604 del Código Judicial en armonía con el 612 del mismo. Pero no señala ninguna norma de la legislación del trabajo, de carácter sustantivo, como infringida.

En la forma como se propone este cargo es improcedente porque este recurso de casación tiene por objeto unificar la jurisprudencia nacional en materia del trabajo, y, por lo tanto, exige que se señale como infringida, cuando de la causal primera de casación se trate, una norma sustantiva de orden laboral de carácter nacional. Como aquí se hizo así, no puede prosperar el cargo.

QUINTO CARGO

Se dice que hubo falta de apreciación de determinada prueba, pero no se indica ningún artículo legal como infringido. Y, de acuerdo con el artículo 520 del Código Judicial, cuando se acusa por error de hecho por falta de apreciación de una prueba, debe señalarse ésta, demostrarse el error, que aparezca de modo manifiesto en los autos e indicarse el precepto legal sustantivo nacional que se estime quebrantado por ese error, por falta de estimación de la prueba. Y nada de esto se hizo aquí, salvo señalar la prueba, por lo cual se quedó en el principio de la enunciación de su cargo, no avanzó en forma legal en su sustentación, y por lo tanto, le quedó incompleto. De allí que no pueda analizarse.

SEXTO CARGO

Dice que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, por cuanto no se le estudiaron las excepciones que propuso en su memorial de 6 de febrero de 1947.

Esas excepciones fueron las de carencia de acción y derecho, inexistencia de la obligación, ilegitimidad de la personería del demandado, error de cuenta y no fueron estimadas ni en la parte resolutive del fallo de primer grado, ni en la del segundo. Y agrega el recurrente que apenas en la parte motiva del fallo de primer grado de manera indirecta, se mencionan las dos primeras.

Se considera:

Este es un cargo dentro de la causal segunda de casación del artículo 520 del Código Judicial, aunque no lo dice el proponente, pero que pasa a estudiar la corporación.

Entre las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes están las excepciones, como medios de defensa de la parte demandada. Por consiguiente, procede el estudio del cargo.

Para ver que el recurrente no tiene razón basta leer el siguiente aparte de la sentencia acusada: "Bien traídas están por el señor Juez las observaciones a las excepciones propuestas por el señor apoderado de la parte demandada y, por lo tanto, este despacho las comparte en su totalidad." (Folio 178 del cuaderno principal).

Luego si se mencionan las excepciones en el fallo de segunda instancia y en él se acogen las consideraciones que al respecto formuló el Juez de primer grado en el suyo. Esto sería suficiente para desechar

el cargo, pero, por amplitud, y no obstante que los fallos de primera instancia no se consideran en casación sino los de segunda, se estudiará lo que sobre las excepciones dijo el Juez por haber acogido sus razones el Tribunal Seccional.

El Juzgado del Trabajo de Manizales se expresó en su fallo así acerca del problema en estudio:

“En cuanto a las excepciones propuestas por el señor apoderado del demandado, consistentes ‘en la de ilegitimidad sustantiva en la personería del demandado, y la de error de cuenta’, el Juzgado no las encuentra procedentes, ya que para que las excepciones sean viables deben fundamentarsen (sic) y precisarsen (sic) en hechos básicos que envadan o enerven la acción; hechos que se deben enunciar desde el principio en la contestación de la demanda y de manera precisa, no siendo por tanto aceptable que se presenten en forma vaga e imprecisa, como acontece en el caso presente. El Juzgado se permite advertir que en cuanto a la primera excepción presentada, basta sólo leer la diligencia de absolución de posiciones para darse cuenta de que no puede prosperar la excepción de la ilegitimidad de la personería. Aún más, de conformidad con el artículo 5º del Decreto 2127 de 1945, los gerentes representan legalmente y en forma cabal las compañías o empresas.”

“En cuanto a la otra excepción ‘error de cuenta’ tampoco prospera, puesto que si la empresa “Transportes Pereira” inició sus labores con un capital de cinco mil pesos (\$ 5.000.00) moneda legal, es elemental que dicho capital aumentó especialmente al momento de retirarse el asalariado Tejada; más si se tiene en cuenta el monopolio del transporte que por varias empresas se estableció en este Departamento en el año pasado; para el Juzgado no es suficiente el certificado de la Cámara de Comercio, que dice del capital que se aportó para iniciar las labores de la empresa mencionada, sino qué para que las excepciones consagradas en el artículo 13 de la Ley 6ª de 1945, se puedan aplicar, es necesario traer la prueba al expediente que acredite el valor del patrimonio gravable liquidado en el último año inmediatamente anterior, de conformidad con el artículo 7º de la Ley 64 de 1946 que dice: ‘Entiéndese por capital de una empresa o patrono para los efectos de indemnizaciones y prestaciones sociales, el valor del patrimonio gravable liquidado en el último año inmediatamente anterior, sin perjuicio de prueba en contrario’.”

Como se ve, el Juez también consideró las excepciones del demandado en su fallo. Pero como se argüirá que no las estudió todas, se examinará también este aspecto.

En su memorial de 6 de febrero de 1947, el apoderado de la parte demandada que es el mismo que formula la demanda de casación en nombre de ella, propuso y fundó así las excepciones:

Carencia de acción y de derecho: "Hago consistir ésta excepción en que entre Dionicio Rincón y Transportes Pereira del otro (sic) no hubo nunca contrato de trabajo en el estricto sentido de la ley." Debió decir, entre Tejada de un lado y los demandados del otro, pues esa parece su intención. En todo caso esta excepción se funda en que no hubo contrato de trabajo entre las dos partes. Mas el fallador de segunda instancia consideró que sí lo había. Basta leer el siguiente aparte del fallo recurrido: "Con gran acierto y buen juicio el señor Juez de la instancia analiza jurídicamente los elementos constitutivos del contrato de trabajo, para llegar a la conclusión de que Tejada prestaba sus servicios de trabajador con el carácter de empleado." Y más adelante: "Demostrada la condición de empleado de Tejada por las razones expuestas y por la sólida argumentación del Juez a quo, que este despacho comparte, por ajustarse estrictamente a la ley y a la jurisprudencia laboral que a tal materia se refiere, se procede a estudiar el fundamento jurídico de las peticiones del actor."

Luego quedó estudiada esta excepción al considerar el fallo acusado que sí tenía el actor celebrado contrato de trabajo.

Y como, dentro del cargo, sólo le corresponde al Tribunal Supremo considerar si la sentencia recurrida estuvo o no en consonancia con las pretensiones oportunas de las partes, le basta con lo anterior para deducir que la excepción, en su fundamento expreso, fue analizada.

INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION

Tiene igual fundamento que la anterior, pues la basa en que ninguna obligación existe a cargo de los demandados por no estar vinculados a Tejada por un contrato de trabajo. Por lo tanto, se contesta con los mismos argumentos de la excepción anterior, es decir, resulta considerada por el fallador de instancia al estimar éste que sí hubo contrato de trabajo.

ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA SUSTANTIVA DEL DEMANDANTE

Esta excepción la fundó el apoderado de los demandados en su

memorial de 6 de febrero expresado en los mismos argumentos de las dos anteriores, pues dice que para tener el derecho que se ha invocado y ejercitar la acción que se ha deducido, "se precisa la calidad esencial de trabajador (empleado) de la cual carece el demandante", pues los comisionistas no son empleados.

Al respecto dijo la sentencia recurrida.

"El opositor en los autos, sostiene a través de ellos, que el demandante era apenas un comisionista que percibía porcentaje por las labores ejecutadas en la empresa y que no estaba en manera alguna sometido a las órdenes del patrono, ni a horario, control, reglamentos ni dirección. Le discierne, pues, todas las facultades de administración con autonomía. Y, a pesar de la perseverancia en la negación de los factores que estructuran las relaciones de patrono a empleado, el demandado en posiciones absueltas ante el Juez de la instancia, confiesa que eran continuas y permanentes las actividades de Tejada y que tenía que obedecer las órdenes e instrucciones que él mismo le impartía lo cual destaca con exclusión de cualquiera (sic) otras consideraciones de derecho, su calidad de empleado particular con bien definidas funciones de administración."

Por consiguiente, una vez leído el anterior párrafo, no puede menos de concluirse que el Tribunal Seccional sí analizó los fundamentos en que se apoyó esta excepción.

Por lo demás, en la sentencia de primer grado, que aceptó y acogió el Tribunal de Manizales en cuanto al estudio de las excepciones, se analizó esta excepción de modo expreso, como se vio en el párrafo respectivo que se dejó transcrito atrás.

ERROR DE CUENTA

También en ese mismo párrafo del fallo de primera instancia, acogido por el sentenciador de segunda, se estudió expresamente la excepción de "error de cuenta", que fue la última propuesta.

Por consiguiente, el presente cargo por falta de consideración de las excepciones propuestas el 6 de febrero de 1947 no resulta fundado.

Como puede observarse, la labor de la entidad en un cargo como éste se reduce a estudiar si las pretensiones oportunas de las partes se analizaron o no por el fallador, y sólo en el caso de que no lo hayan sido puede el Tribunal de Casación entrar a considerarlas. Por lo tanto, como sí aparecen estudiadas las excepciones, y de modo especial los fundamentos de ellas, no puede esta corporación entrar a dilucidar nada acerca de la jurisdicción de esas consideraciones del fallador, por cuanto este cargo no resultó probado y, en tal virtud, no da lugar

a estudio de fondo sobre las excepciones, toda vez que, bien o mal sí fueron consideradas, contra lo afirmado por el recurrente de que no lo había sido.

Es conveniente decir una vez más que la casación no es una tercera instancia en la que se revise íntegramente el litigio, el haz probatorio y las pretensiones de las partes, sino que es un medio de impugnación extraordinario contra las sentencias definitivas de segunda instancia, proferidas por los Tribunales Seccionales, con el fin de unificar la jurisprudencia nacional y en especial con el de defender el imperio de las normas legales que se estimen infringidas. Por consiguiente, se mueve el recurso de casación solamente al través de la demanda que formule el recurrente para sustentarlo, al contrario de las instancias que confieren a las respectivas autoridades judiciales poderes amplios de análisis de todo el litigio.

SEPTIMO CARGO

Este cargo se sustenta diciendo que consiste en que “la sentencia en su parte resolutive tiene declaraciones contradictorias”. Y agrega: “Aunque en realidad de verdad esta causal tiene grandes puntos de contacto con la anterior.”

Se considera:

A simple vista se observa que se ha invocado la causal 3ª de casación del artículo 520 del Código Judicial, que dice: “Contener la sentencia en su parte resolutive declaraciones o disposiciones contradictorias, que subsistan, a pesar de haberse pedido en tiempo aclaración de ella.”

En primer lugar, el recurrente dice que en realidad este cargo es el mismo anterior y como ese fue encontrado infundado, el presente corre igual suerte.

Por lo demás, se deduce de esa causal 3ª que la contradicción de la parte resolutive que puede estudiarse en casación subsista aunque en tiempo se haya pedido aclaración de la sentencia. Y aquí no constan la contradicción ni la petición de aclaración del fallo recurrido.

No es procedente, ni aparece fundado este cargo.

OCTAVO CARGO

Dice el recurrente que se incurrió en la nulidad de que trata el ordinal 3º del artículo 448 del Código Judicial, es decir, invoca en este cargo la causal 6ª de casación del artículo 520 del mismo.

Y funda su acusación diciendo que no se citó al demandado.

Se considera.

A folios 14 vuelto del cuaderno principal existe la constancia de la notificación de la demanda y del auto que la admite, al señor Dionisio Rincón, con la advertencia expresa que se trata de la demanda del señor Silvio Tejada M., en su contra y de que firma “quedando emplazado para que dentro del término de cinco días se ponga a derecho en el juicio, vencido el cual le empezará a correr término del traslado de la demanda”. Y aparece la diligencia suscrita por el señor Dionisio Rincón y el Secretario del Juzgado del Trabajo de Pereira, el día 22 de agosto de 1946 a las 11 a. m. Esta diligencia se efectuó en ese Juzgado por comisión que al efecto le confirió el Juez del conocimiento.

Posteriormente, el 14 de noviembre de 1946 confirió poder al doctor Francisco Monsalve S., quien ha venido actuando en su representación hasta en el presente recurso.

Luego no ha habido falta de citación, ni de comparecencia en el juicio, y, por lo mismo, no ha existido la nulidad invocada.

NOVENO CARGO

En este punto de su escrito, el recurrente dice que “fuera de todas las anteriores causales o motivaciones para que la sentencia recurrida se case, hay otras más”.

Y, sin separarlos y proponerlos en capítulos distintos, como lo manda el artículo 531 del Código Judicial, entra a formularlos. Pero, por amplitud, la corporación los estudiará y así al siguiente lo denominará noveno cargo, como acaba de hacerlo con el correspondiente título de este aparte.

Dice en este nuevo motivo que se violó directamente la Ley 75 de 1945 porque no hubo conciliación.

Ya se ha dicho que en casación y especialmente cuando se trata de la causal primera, por infracción de ley sustantiva, debe señalarse claramente, singularizándola, la respectiva norma legal que se estime violada. Y aquí no se ha hecho así, sino que se indica como infringida toda una ley, lo que peca contra la técnica de este recurso.

Se desecha este cargo.

DECIMO CARGO

Se acusa la sentencia de violación del artículo 27 del Decreto 652 de 1935 porque al condenarse a cesantía no puede decirse, de acuerdo con esa norma, que Flota Pereira y Transportes Pereira sean una misma empresa, pues que el certificado del Director de Circulación y Tránsito de dicha ciudad expedido el 4 de marzo de 1947 nada dice

ni vale ante la Resolución 120 de 1945 que prohibió el funcionamiento de la primera y ordenó la creación de sociedades o cooperativas de transportes.

Como se observa, ésta es una cuestión de hecho, sobre apreciación de pruebas, que no se planteó conforme lo disponen las normas acerca de este recurso, es decir, alegando que el fallador incurrió en error de hecho manifiesto, ni tampoco se dijo el concepto de la infracción del artículo mencionado, si directamente, por aplicación indebida o interpretación errónea.

Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que el problema planteado es el de que el recurrente niega que hubo sustitución de patrono al extinguirse la Flota y formarse la entidad "Transportes Pereira". Pero el Tribunal Seccional consideró que sí había existido la sustitución de patrono, pues así lo dice en el siguiente párrafo de su fallo:

"Como desde el 5 de marzo de 1946 se formó una sociedad comercial denominada "Transportes Pereira, Limitada", diferente a la en que venía prestando sus servicios Tejada, y éste siguió prestándolos a ésta, hubo sustitución de patrono. De manera, que es el caso de dar aplicación a la parte final del artículo 8º de la Ley 6ª de 1945, que dice: 'La sola sustitución del patrono no extingue el contrato de trabajo. El sustituido responderá solidariamente con el sustituto, durante el año siguiente a la sustitución, por todas las obligaciones anteriores'. Como el demandante fue despedido e inició la acción antes de cumplirse el año de la sustitución, se presenta el caso de responsabilidad solidaria entre patrono sustituido y sustituto, o sea, entre el señor Dionisio Rincón y "Transportes Pereira, Limitada"."

Luego, para que el cargo hubiese sido eficaz ha debido el recurrente acusar la sentencia por violación de ese artículo 8º de la Ley 6ª de 1945, que cita ese fallo, lo que no hizo. O mejor: ha debido indicar como infringiendo el artículo 2º de la Ley 64 de 1946, que sustituyó al 8º citado, por el Tribunal de Manizales, en relación con los artículos 53 y 54 del Decreto 2127 de 1945, que tratan de la figura jurídica conocida en el Derecho del Trabajo con el nombre de sustitución de patrono. Más no procedió así el recurrente, por lo cual no puede prosperar este cargo.

Es verdad que al final de su escrito, es decir, fuera del presente cargo, el apoderado de los demandados dice que hubo una interpretación errónea del artículo 8º de la Ley 6ª de 1945, porque la Resolución número 120 de la Dirección de Transportes de la noción de empresa de transporte automotor y la relación contractual entre las

partes no puede entenderse sin sujeción a esa providencia. Pero se observa lo mismo que al principio del estudio de este cargo, que esta es una cuestión de hecho, sobre apreciación de pruebas, mal planteada en casación porque ha debido acusarse de error de hecho. Además, el Tribunal de Manizales dice que desde el 5 de marzo de 1946 se formó una sociedad comercial denominada "Transportes Pereira, Limitada", que considera patrón sustituto del demandante Tejada, y, por lo tanto, el recurrente ha debido tratar de destruir ese fundamento del fallo acusándolo por error de hecho en la estimación de esa prueba de fecha 5 de marzo que sirvió de base al fallador para considerar la sustitución de patrono, pero no mencionó este aspecto cardinal en ninguno de los cargos de su escrito de sustentación del recurso.

No resulta bien planteado este cargo.

UNDECIMO CARGO

Dice que hubo violación de la ley al condenar al pago doble de dominicales y días de fiesta nacional. Y las normas infringidas son: la Ley 57 de 1926, en el ordinal a) del parágrafo de su artículo 1º y los artículos 40 y 10 del Decreto 1278 de 1931.

En esta forma, el cargo se plantea dentro de la causal 1ª de casación, de infracción de ley sustantiva. Pero al finalizar la exposición de este mismo motivo dice que el Tribunal de Manizales condenó al pago sencillo de los dominicales, por lo cual no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, puesto que la demanda solicita el pago doble por razón de trabajo en domingos. Es decir, en este último aparte del cargo se plantea la acusación dentro de la causal 2ª de casación.

A simple vista resulta entiténico atacar en un mismo cargo una sentencia por dos causales a la vez cuando el artículo 531 del Código Judicial, tantas veces citado aquí, manda separar los motivos de acusación.

El cargo por infracción de las normas que se citan no resulta demostrado, porque se propone sobre la base expresa de que esos preceptos "se violaron al condenar al duplicado de domingos y días feriados civiles", y a renglón seguido el mismo recurrente transcribe un párrafo del fallo acusado que habla sólo de pago de un salario sencillo por trabajo dominical y no doble debido a que el fallador considera que en el sueldo mensual está incluido el valor de un salario como descanso.

En efecto, el aparte de esa sentencia, citado por el mismo recurrente y que le refuta su propio cargo, es del siguiente tenor: "Este

Tribunal acoge la forma de liquidación hecha por el Juez a quo en lo referente a la liquidación por día de trabajo dominical, pues tiene ya sentada la jurisprudencia de que, a pesar de que el trabajador hubiera prestado sus servicios en día domingos, sólo debe pagársele el valor de un día sencillo, porque en el sueldo mensual está incluido el pago de los dominicales trabajados." Y condena, en la parte resolutive, a ese pago en forma sencilla y no doble.

No tiene, pues, razón de ser el cargo por violación de ley, planteado sobre la base de que hubo condena al pago doble de esas sumas.

En cuanto al cargo de incongruencia, dentro de la causal 2ª, por haber solicitado la demanda el pago doble y haber condenado el Tribunal al pago sencillo de esas cantidades, fuera de que es contradictorio con la parte primera de este motivo, ya estudiada, pues en ella afirma el mismo recurrente que el pago se ordenó hacer "al duplicado", es perjudicial para la parte que el recurrente representa puesto que al proponerlo está sencillamente solicitando que se condene a sus poderdantes al pago doble pedido y no al sencillo decretado, esto es, que se aumente la condenación en su contra.

Pero aparte de estas observaciones, no existe la incongruencia alegada, porque la sentencia sí estudió la petición de pago de dominicales, pero consideró con base en los argumentos ya transcritos que no debía efectuarse en esa forma sino en la que adoptó en su fallo.

DUODECIMO CARGO

Finalmente, en este último motivo, el recurrente dice que hubo violación de ley sustantiva en la condenación de vacaciones no sólo porque ellas no están establecidas en favor del mandatario comisionista sino porque la acumulación hecha en la parte resolutive contraría el principio consignado en el artículo 20 del Decreto 652 de 1935.

Estudiada la sentencia acusada no se observa, en la parte motiva ni en la resolutive que tratan de la acción de pago de vacaciones, nada que indique que hubo acumulación como lo sostiene el recurrente.

En sentencias de esta corporación se ha analizado claramente la noción de acumulación de vacaciones frente a la de pago de las no disfrutadas. Una cosa es acumularlas como descanso, para disfrutar de ellas como cesación de trabajo para reparar las fuerzas del trabajador, y otra muy distinta es el pago de dinero por no haberse concedido ese descanso a tiempo. Y en el fallo no consta que se tratara del primer caso sino del segundo, por lo cual no tiene razón este cargo.

No prosperó ninguno de los cargos de la parte demandada, por lo cual no podrá accederse a su petición de infirmación del fallo recurrido.

Advierte el Tribunal Supremo que por las deficiencias de técnica de casación anotadas no pudo entrar a estudiar la cuestión de fondo debatida en las instancias, acerca de la naturaleza del contrato existente entre las partes, es decir, si fue de trabajo como lo alegó la parte actora, o si más bien se configuró un contrato de mandato mercantil, en su especie de comisión, como lo alegó la parte demandada.

Tampoco planteó el apoderado de los demandados el problema de la prescripción de las acciones incoadas, o especialmente de las de pago de vacaciones y salarios, en ninguna de las instancias ni en casación. Y como es sabido que la prescripción de esas dos acciones se opera en cuatro años, de acuerdo con conocidas normas legales y con la jurisprudencia de este Tribunal, que se cuentan desde la exigibilidad de la obligación, es posible que si la excepción de prescripción se alega en las instancias hubiera prosperado respecto de esas acciones. Pero como ella debe siempre proponerse o alegarse, es decir, no puede nunca reconocerse de oficio según el artículo 343 del Código Judicial, se produjo una condena por salarios y vacaciones aún por tiempo superior al de la prescripción, que no puede modificarse en atención a la disposición consignada en el artículo que acaba de citarse. Y aun cuando se hubiese planteado en casación, sería un medio nuevo inadmisible porque no fue propuesto el problema ni discutido en las instancias y especialmente no fue objeto de estudio en el fallo acusado, por no haber propuesto la respectiva excepción la parte demandada.

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, NO CASA la sentencia recurrida, de fecha 16 de agosto de 1947, proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales.

Sin costas porque se trata de un recurso doble que haría inefectiva o compensaría la condenación mutua de las partes a pagarlas.

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.

ORDENANZAS DEPARTAMENTALES



El Tribunal Supremo ha dicho en repetidas ocasiones que para que la acusación por violación de disposiciones de Ordenanzas prospere en casación del trabajo, es preciso que al mismo tiempo se produzca la acusación contra la ley, ya que la razón de ser de ese recurso es la unificación de la jurisprudencia nacional, por lo que resulta improcedente cuando se trata de las de una jerarquía inferior, como ocurre con las Ordenanzas o Acuerdos Municipales.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía).

Bogotá, noviembre tres de mil novecientos cuarenta y ocho.

Por medio de apoderado demandó a la Caja de Protección Social de la Policía de Caldas el señor Miguel C. Pinilla, a fin de obtener que le reconociera la suma de mil ciento cincuenta y dos pesos (\$ 1.152), como indemnización por el accidente de trabajo (hernia), sufrido, hallándose al servicio del Departamento, más los intereses legales de esta suma. Asimismo, pidió que se le reconociera un mes de sueldo por cada año de servicio prestado a la Policía del mismo Departamento, también con los intereses legales.

Fundó su derecho en el ordinal c), del artículo 75 de la Ordenanza número 18 de 1935 (orgánica de la Policía departamental), y el 3º del artículo 76 de la misma Ordenanza, y el 16 de la Ordenanza número 32 de 1940.

El Gerente de la institución demandada se opuso a que se hicieran las declaraciones solicitadas por el demandante, por considerar que la hernia sufrida por éste no fue producida por causa del servicio, y, además, en lo relativo al pago de cesantía, por haberse ocasionado el retiro del trabajador por mala conducta.

Con fecha nueve de diciembre del año pasado el Juzgado del co-

nocimiento, que lo fue el de Trabajo de Manizales, condenó a la demandada al pago de la cantidad de ciento cuarenta y cuatro pesos (\$ 144), por concepto de indemnización por enfermedad profesional, y también al reconocimiento de los gastos por intervención quirúrgica, así como asistencia médica y hospitalaria cuando el señor Pinilla fuere sometido a tal intervención por razón de la hernia inguinal que sufre.

Contra esta providencia interpuso el apoderado del demandante el recurso de apelación para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de la misma ciudad, y esta entidad con fecha trece de febrero siguiente, decidió el recurso confirmado en todas sus partes aquélla.

No conforme con esta última, decisión, el apoderado de Pinilla interpuso el recurso de casación, el cual le fue concedido por el Tribunal de instancia, el que una vez llegado a esta superioridad sufrió la tramitación de rigor, y es el momento de entrar a decidirlo, lo que se hará mediante el examen de la demanda que para el efecto se ha presentado por el recurrente.

LA DEMANDA

Después de hacer una relación del negocio de que trata el juicio, con mención de sus antecedentes pormenorizados, el recurrente formula su demanda dividiendo en dos partes los cargos, en relación con las dos peticiones de la demanda; accidente de trabajo y cesantía.

Dice así en lo sustancial la primera parte:

“ACCIDENTE DEL TRABAJO”

“Violación directa de la ley con respecto a esta prestación.”

“Pretende el Tribunal que no ‘accidente del trabajo’ sino accidente en el ejercicio de sus funciones’, fue el sufrido por el señor Miguel C. Pinilla, y en ello a mi modo de ver tiene razón y en ello confiesa que la ley aplicable al caso no es la que regula ‘el accidente del trabajo’ sino la ley que regula la indemnización para el ‘accidente en el ejercicio de funciones’ sufrido por el agente de Policía.”

“Es por ello que el derecho lo fundamenté yo en los artículos 75 y 76 de la Ordenanza 18 de 1935, y 16 de la Ordenanza 52 de 1940 y no atender a los mandatos de ésta, constituye una violación directa, una infracción directa de la ley.”

“Es incuestionable e indubitable que, puesto que se trata de UN

ACCIDENTE EN EL EJERCICIO DE FUNCIONES, la indemnización condigna no es ni puede ser otra que establece la norma especial que regula esas funciones, establece esa indemnización.”

“Pues bien: no sólo se violaron esas normas, sino que de modo igual se violó la Ley 6ª de 1945, en su artículo 58, toda vez que si ella fija la competencia de la jurisdicción laboral para conocer de las ‘controversias’ que se susciten por razón de las primas, bonificaciones y demás prestaciones que tengan su origen en ORDENANZAS, Decretos y Resoluciones Departamentales. acuerdos y reglamentos particulares. . . . en parte alguna AUTORIZA a esa jurisdicción para separarse de condenar a la prestación que esa (sic) ORDENANZAS, decretos, etc., consagran en forma distinta a como ellos las consagran, en CUANTIA diferente a las que ellos establecen; en una palabra no pueden aplicar las disposiciones de carácter general por encima de las disposiciones de carácter especial.”

En seguida la demanda sostiene que hubo, además, violación de la ley por falta de apreciación de determinadas pruebas, que enumera a continuación. Termina esta parte de la siguiente manera:

“a) Violación directa de la ley sustantiva, artículo 58 de la Ley 6ª de 1945 que al fijar la competencia de la jurisdicción laboral para conocer de las controversias que surgen o que se suscitan por razón de BONIFICACIONES y además prestaciones que tengan su origen en ORDENANZAS ordenó a la misma jurisdicción aplicar aquellas ORDENANZAS.”

“b) Violación directa de la ley sustantiva que para el caso lo es la Ordenanza 18 de 1935 en sus artículos 75 y 76.”

“c) Violación de la ley sustantiva 57 de 1915 y sus contextes que las (sic) modifican o regulan, pretendiendo subordinar a sus especificaciones de HERNIA ACCIDENTE lo que es esencialmente HERNIA SOBREVINIENTE AL EJERCICIO DE FUNCIONES.”

“d) Aplicación indebida de la ley sustantiva porque, desatendiendo la norma del artículo 58 de la 6ª de 1945 deja de aplicarse la disposición ordenanzal que regula el caso.”

“e) Aplicación indebida de la ley sustantiva pretendiendo encuadrar el fenómeno dentro de las Leyes 57 de 1915 y las que la modifican y reforman cuando para él rige la norma especial de una ORDENANZA: la 18 de 1935.”

“f) Interpretación errónea de la ley cuando encarando el fenómeno como hernia accidente del trabajo, se OLVIDA que se trata de hernia sobreviniente del ejercicio de funciones policivas.”

“g) Violación directa de la ley por apreciación errónea de la

prueba (declaración de Castro), subestimando el valor que a ella fija la TECNICA y el CONOCIMIENTO y la AUTORIDAD MEDICA, para substituirlo (sic) por la estimación de quien no puede tener ni la técnica, ni los conocimientos ni la autoridad científica para apreciarla."

Se examina el cargo.

Como lo expresa en forma muy clara la demanda, la violación alegada primordialmente se refiere a las disposiciones de las ordenanzas departamentales 18 de 1935 y 52 de 1940. Las leyes nacionales citadas son la 6ª de 1945, en su artículo 58 y la 57 de 1915, en su totalidad.

Por lo que hace a la acusación por violación de disposiciones de ordenanzas este Tribunal ha dicho en diversas providencias que para que ella prospere es preciso que al mismo tiempo se produzca contra la ley, ya que la razón de ser de la casación en materia de trabajo es la unificación de la jurisprudencia nacional, por lo que resulta improcedente cuando se trata de las de una jerarquía inferior, como ocurre con las de ordenanzas o acuerdos municipales.

Pero como en el caso que se examina acontece que se han señalado también disposiciones nacionales, será preciso estudiar si la violación de las departamentales ha podido incidir sobre éstas.

Por lo que hace al artículo 58 de la Ley 6ª de 1945 debe decirse que esa disposición, hoy sustituida por el artículo 7º de la Ley 24 de 1947, se limita a atribuir competencia a la jurisdicción del trabajo para conocer de las controversias que tengan origen en ordenanzas departamentales, acuerdos municipales, etc. El Tribunal sentenciador mal puede haber violado esta disposición cuando precisamente lo que hizo fue acatarla, desde luego, que conoció de la controversia suscitada entre el demandante Pinilla y el Departamento de Caldas, por razón de prestaciones emanadas de las ordenanzas que el recurrente estima violadas.

Tan cierto es esto que así se expresa en uno de sus párrafos la sentencia acusada:

"La competencia de la jurisdicción del trabajo para conocer del presente negocio, surge claramente del artículo 58 de la Ley 6ª de 1945, precepto que en su última parte dice: 'También conocerá la justicia del trabajo de las controversias que se susciten por razón de las primas, bonificaciones y demás prestaciones que tengan su origen en Ordenanzas, Decretos y Resoluciones departamentales, Acuerdos Municipales y reglamentos particulares, siempre que se haya agotado el procedimiento de reclamación que en tales disposiciones se establezcan' (sic). Las prestaciones reclamadas en el presente negocio

tienen su origen en Ordenanzas Departamentales y para su reclamación se inició y agotó el procedimiento administrativo pertinente, o sea el dirigido contra la Caja de Protección Social de la Policía a cuyo cargo está el reconocimiento y pago de tales prestaciones. De este hecho hay constancia expresa en el expediente."

Y más adelante se lee: "En consecuencia, las conclusiones del señor Juez son plenamente fundamentales y de acuerdo con las circunstancias procesales. De manera que el actor no logró comprobar la **situación de hecho** (se subraya), para exigir el derecho consagrado en los artículos 72 y 76, ordinal 3º, de conformidad con el 73, 74 y 75 de la Ordenanza número 18 de 27 de junio de 1935, invocada en la demanda como fundamento legal de la misma."

Por lo que queda transcrito se ve claro que la sentencia no hizo otra cosa que darle aplicación a los preceptos de las Ordenanzas departamentales de Caldas, y a todo lo largo de ella puede advertirse que las consideraciones se refieren exclusivamente al alcance de tales preceptos. Lo que releva a esta corporación de otras observaciones encaminadas a demostrar que en forma alguna hubo violación del artículo 58 de la Ley 6ª de 1945, que el recurrente estima infringido por el fallo en cuestión.

También la demanda de casación, que, dicho sea de paso, no se ajusta exactamente a la técnica que señala el artículo 531 del Código Judicial, que exige que se exprese en forma clara la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, con indicación de los fundamentos de ella, la cita de las disposiciones que se estimen violadas, y observando la debida separación cuando se trata de varias causales, señala como violada la Ley 57 de 1915, en su totalidad. En un sólo capítulo involucra todas las modalidades de la causal del ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial, pues al mismo tiempo se habla de violación directa, aplicación indebida, errónea interpretación de la ley y violación por falta de apreciación de pruebas, y, en seguida, se aduce la causal del ordinal 2º por no estar, en sentir del recurrente, en consonancia la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, es decir, sin hacer la debida separación.

Estos defectos de la demanda impiden su examen completo, porque el fallador no puede orientar su estudio cuando se le presenta todo un estatuto o toda una ley como violada, error en que incurre el recurrente cuando cita la Ley 57 de 1915, sin determinar la disposición o disposiciones que considera que fueron quebrantadas

por el fallo acusado. Y es de observarse que en parte alguna se refiere éste a las disposiciones de la citada ley.

Se tiene, en síntesis, que no procede la acusación por violación de disposiciones de las ordenanzas departamentales de Caldas que han sido señaladas por la demanda; que tampoco puede prosperar por lo que respecta al alcance del artículo 58 de la Ley 6ª de 1945, que, como se ha dicho, se limita a atribuir competencia para el conocimiento de las controversias que tengan origen en ordenanzas, acuerdos municipales, etc., etc., a la jurisdicción del trabajo, y que no puede haberse violado por haberse conocido de la que es objeto de este recurso, y, por último, que igualmente resulta inocua tal acusación por lo referente a la Ley 57 de 1915, por no haberse individualizado las disposiciones de esa ley que se reputan quebrantadas lo que obligaría a esta corporación a efectuar un minucioso examen de todo su articulado para extraer aquellas que pudieran estar afectadas por la sentencia, ya que ni el texto de ésta se cita por parte alguna.

Y lo que se dice del cargo que se está examinando, es pertinente con respecto a los demás que el escrito presentado como demanda de casación contiene, pues se refieren a las mismas disposiciones señaladas en el que se acaba de estudiar, lo que quiere decir que tampoco podrán prosperar los últimos para producir la casación de la sentencia impugnada.

En mérito de estas breves 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 Manizales que ha sido objeto del presente recurso.

Sin costas.

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.

PRUEBAS. COSA JUZGADA.

El estudio de las pruebas no puede tener otra finalidad que la de verificar los hechos que constituyen la controversia principal y pronunciar la decisión de fondo.

El argumento según el cual la primera controversia adelantada por Abelardo Restrepo contra la Texas Petroleum Company, tuvo el carácter de un juicio especial y por tanto la sentencia que le puso fin no pudo hacer tránsito a cosa juzgada no tiene fundamento, porque cuando los jueces en lo civil conocían de las controversias laborales, el procedimiento ordinario y único para la tramitación de éstas, era, como lo fue, con algunas modificaciones, en el comienzo del funcionamiento de la jurisdicción especial del trabajo, el señalado en el Título XLVI del Libro 2º del Código Judicial. Además, conforme al artículo 473 del mismo estatuto, debe entenderse que la sentencia dictada en juicio especial también tiene fuerza de cosa juzgada, a menos que se trate de determinados asuntos, respecto de los cuales la ley disponga expresamente que puedan ventilarse por la vía ordinaria después de haber sido fallados en juicio especial, como ocurre con el de separación de bienes y el de deslinde y amojonamiento.

En consecuencia, aun en el supuesto de que los juicios del trabajo, antes del establecimiento de la jurisdicción laboral, hubiesen tenido el carácter de especiales, como no podían ventilarse, de acuerdo con la ley, por otra vía, no cabe desconocer la fuerza de cosa juzgada a los fallos que les pusieron fin.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

Bogotá, doce de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho.

Abelardo Restrepo prestó sus servicios como celador a la empresa

Texas Petroleum Company durante el lapso comprendido entre el 10 de noviembre de 1937 y el 2 del mismo mes del año siguiente, con una interrupción que se extendió desde el 17 de abril hasta el 12 de octubre de 1938.

El 18 de abril de 1939 demandó, por conducto de apoderado, a la referida empresa para obtener el reconocimiento y pago de horas extraordinarias de trabajo, sobrerremuneración dominical, indemnización por accidente de trabajo, auxilio de cesantía y salarios. De la demanda conoció el Juez Cuarto del Circuito de Bogotá en lo Civil, que en providencia del 5 de junio de 1941 declaró nulo todo lo actuado por incompetencia de jurisdicción. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó esta providencia, el 29 de julio del mismo año.

Restrepo presentó de nuevo su demanda el 7 de abril de 1942 ante el Juez Primero Municipal de Bogotá, cuyo fallo de fecha 30 de julio de ese año, en que absolvió a la Compañía demandada "por no aparecer probados los hechos", fue confirmado por el Juez Quinto de este Circuito el 18 de mayo de 1943.

El 26 de julio de 1946 intentó por tercera vez su acción ante el Juez Cuarto del Trabajo de Bogotá. Este, previos los trámites señalados en el artículo 3º de la Ley 75 de 1945, dictó sentencia absolviendo a la parte demandada por hallar probada la excepción de prescripción respecto de salarios, horas extras, dominicales e indemnización por accidente de trabajo. Igualmente la absolvió en cuanto a la petición de auxilio de cesantía por estimar que medió justa causa para el despido del demandante.

Apelada la sentencia de primera instancia, conoció del negocio el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, entidad esta que en fallo del 19 de junio de 1947 declaró probada la excepción perentoria de cosa juzgada propuesta por el representante de la Texas Petroleum Company.

Contra la sentencia de segunda instancia, el apoderado del actor interpuso recurso de casación que fue concedido y admitido.

Se procede a decidir este recurso.

Invoca el recurrente la causal primera del artículo 520 del Código Judicial y formula tres cargos que se examinarán en su orden.

PRIMER CARGO

Se dirige este cargo contra el siguiente aparte de la sentencia:

"La parte demandada, cuando le fue corrido el traslado de la demanda, propuso la excepción de cosa juzgada, la cual presentó

como dilatoria, de acuerdo con el artículo 341 del C. J.; en estas condiciones, correspondía al funcionario del conocimiento, haberla estudiado y fallado dentro de la primera audiencia de trámite y juzgamiento y antes de haber continuado el desarrollo del litigio; no habiéndolo hecho así, es apenas elemental que la referida excepción continúe en pie, no ya como dilatoria que fue propuesta, sino como perentoria que es por naturaleza; así las cosas, procede esta superioridad al estudio de la excepción de cosa juzgada, teniendo para su análisis los documentos que fueron presentados por las dos partes."

Sostiene el recurrente que es equivocada la interpretación que de la ley hace el Tribunal, pues habiendo fallado el Juez del conocimiento sobre la excepción de prescripción, declarándola probada, no tenía obligación de tomar en cuenta las demás propuestas o alegadas, y el superior sólo podía estudiarlas y fallarlas, si hubiera encontrado infundada la que el Juez consideró probada. Al no obrar en esa forma, infringió los artículos 343 y 344 del Código Judicial, que dicen:

"343. Cuando el Juez halle justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria, aunque ésta no se haya propuesto ni alegado, debe reconocerla en la sentencia y fallar el pleito en consonancia con la excepción reconocida, salvo la de prescripción que debe siempre proponerse o alegarse."

"344. Si el Juez encuentra probada una excepción perentoria, no tiene obligación de estudiar las demás propuestas o alegadas. El silencio del Juez no impide que el superior estudie y falle las otras, si encuentra infundada la que el Juez consideró probada, aunque el excepcionante no haya apelado de la sentencia."

Se examina este cargo.

Como lo dice el Tribunal, la parte demandada, cuando le fue corrido el traslado de la demanda, propuso como dilatoria, de acuerdo con el artículo 341 del Código Judicial, la excepción de cosa juzgada, por lo cual el Juez de primera instancia ha debido estudiarla y fallarla antes de continuar el desarrollo del litigio. En vez de hacerlo así, adelantó el trámite hasta dictar sentencia, y en ésta consideró únicamente, declarándola probada, la excepción de prescripción propuesta en la contestación de la demanda.

Es, pues, cierto que el Juez del conocimiento no se ajustó a la ley. Pero en un error semejante incurrió el Tribunal al declarar probada la excepción de cosa juzgada, tomándola como perentoria, sin haber estudiado previamente y declarado infundada la de prescripción.

Ello no obstante, como el recurrente no señala la incidencia que

la violación de los artículos 343 y 344 del Código Judicial, de carácter meramente adjetivo, haya tenido sobre una norma sustantiva de trabajo, cuyo amparo constituye la finalidad del instituto de la casación, no puede prosperar este cargo.

SEGUNDO CARGO

Se afirma que la sentencia violó, por errónea interpretación, los artículos 473 y 474 del Código Judicial, al estimar que la del Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, confirmatoria de la del Primero Civil Municipal, decidió definitivamente acerca de las pretensiones de Abelardo Restrepo contra la Texas Petroleum Company, sin que aquél pudiera intentar ya recurso alguno, y que la acción promovida ante el funcionario del trabajo es idéntica por todos sus aspectos a la de que conocieron aquéllos.

El recurrente acepta que su mandante siguió un juicio de trabajo contra la Texas Petroleum Company, ejercitando la misma acción propuesta luego ante la jurisdicción especial, y reconoce que "son unas mismas las partes y una misma la acción y aparentemente podría pensarse que se hallan cumplidos los requisitos señalados en el Código Judicial para que se produzca el fenómeno de la cosa juzgada". Pero cree que para que ésta se configure es indispensable que la cuestión jurídica haya sido discutida plenamente en juicio y resuelta por sentencia que deba cumplirse. Cita en su apoyo varias sentencias de la Corte Suprema de Justicia, y concluye así:

"Ahora bien: Los fallos que se alegan para sustentar la cosa juzgada y a los que se da fuerza de tal, para esterilizar la acción propuesta en el presente juicio, no decidieron en definitiva sobre la cuestión controvertida, ni la absolución a la compañía demandada se hizo después de haber discutido plenamente sobre el derecho que tuviera el demandante a las prestaciones sociales objeto de la demanda. Leyendo detenidamente los fallos se llega a la conclusión de que el juzgador no negó ni afirmó el derecho sino que no encontró elementos dentro del juicio que permitieran decidir sobre su existencia.

"Por consiguiente no puede afirmarse que los fallos dictados por el Juez Primero Municipal y por el Juez Cuarto del Circuito de Bogotá tengan la fuerza de cosa juzgada, porque en ellos no se afirmó ni se negó el derecho controvertido.

"Pero además para que prospere la excepción de cosa juzgada se requiere además de la identidad de asuntos, de la identidad de

personas, y de que se halle ejecutoriada, que haya sido dictada en juicio ordinario. Así lo tiene decidido la Corte en jurisprudencia sentada en la sentencia de 30 de abril de 1919. Tomo XXVII, página 199, número 1801 que dice: "Para que una sentencia funde la excepción de cosa juzgada se requiere: 1º Que se haya dictado en juicio ordinario; 2º Que esté ejecutoriada; 3º Identidad de asuntos; 4º Identidad de personas, demandante y demandado."

"Los juicios en que se ventiló el asunto controvertido, no fueron juicios ordinarios sino juicios especiales del trabajo. Es lógico que los fallos dictados en juicios especiales no puedan hacer tránsito de cosa juzgada ni pueden tenerse como cosa verdadera, puesto que todo juicio especial es revisable en juicio ordinario. Es por esto por que la Corte tiene decidido que para que una sentencia funde la excepción de cosa juzgada, se requiere que haya sido dictada en juicio ordinario.

"Pero además los fundamentos de la cosa juzgada lejos de ser absolutos se hallan limitados tanto objetiva como subjetivamente. Por el aspecto del objeto consiste en que la relación jurídica sobre la cual versa la decisión judicial, permita establecer que el derecho negado o confirmado en un pleito es el mismo del nuevo proceso. Esto implica que la nueva decisión que pudiera dictarse contradijera una decisión anterior. Es evidente que el fallo que se dicte en el presente juicio afirmando o negando el derecho de Restrepo a obtener el pago de las prestaciones que constituyen las peticiones de la demanda, no contradice ningún fallo anterior puesto que anteriormente no se ha decidido sobre la existencia o inexistencia del derecho, sino simplemente sobre los presupuestos del juicio que se encontraban insuficientes para dictar decisión sobre el derecho.

"Esto es tan cierto que la Corte Suprema de Justicia en jurisprudencia sentada el 27 de octubre de 1938, G. J. número 1492, página 329, así lo dice textualmente:

"Por el aspecto del objeto, consistente éste en la relación jurídica sobre la cual versa la decisión judicial, el criterio para identificarlo es éste: cuando el derecho ha sido negado o confirmado en un pleito, la identidad de objeto se evidencia si en el nuevo proceso se controvierte el mismo derecho, aun cuando ello se haga para lograr el reconocimiento de una consecuencia que no fue discutida en el primer juicio. Siempre que por razón de diferencia de magnitud entre el objeto juzgado y el del nuevo pleito se haga obscura la identidad de ambos, ésta se averigua por medio del siguiente análisis: si el Juez al estatuir sobre el objeto de la demanda contradice una de-

cisión anterior, estimando o negando un derecho o desestimándolo cuando ha sido afirmado por la decisión precedente, se realiza la identidad de objetos. No así en el caso contrario, o sea cuando el resultado del análisis es negativo. N° 1815."

"El análisis en el caso presente es negativo. En efecto, el fallo que dicte el señor Juez del conocimiento, sobre el asunto controvertido no contradice, cualquiera que sea el resultado de él, los fallos anteriores.

"En resumen: los fallos que se presentan para sustentar la excepción de cosa juzgada, no reúnen los requisitos de objetividad ni naturaleza que requieren para que pueda prosperar dicha excepción, porque no contienen decisiones de fondo sobre el derecho controvertido, ni fueron dictados en juicio ordinario."

Se examina este cargo.

Los artículos 473 y 474 del Código Judicial, que contienen normas sustantivas puesto que miran a la estabilidad de las situaciones jurídicas, al consagrar la institución de la cosa juzgada, son del tenor siguiente:

"473. La sentencia firme dada en materia contenciosa, tiene la fuerza de cosa juzgada y hace absolutamente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes.

"Entiéndese esto sin perjuicio del recurso de revisión y de que pueda ventilarse en juicio ordinario un asunto que ha sido fallado en juicio especial, cuando así lo disponga la ley."

"474. Para que la cosa juzgada surta efecto en otro juicio, se requiere que la nueva demanda tenga el mismo objeto y se funde en las mismas causas que la primera y que haya identidad jurídica entre las personas de los litigantes.

"Se entiende que hay identidad jurídica de personas siempre que las partes en el segundo pleito sean causahabientes a título universal de las que figuran en el primero, o a título singular por legado o por enajenación efectuada con posterioridad al registro de la demanda, si se trata de inmuebles, o a la notificación de ésta, si de muebles.

"Hay también identidad de personas en los casos de obligaciones solidarias o indivisibles."

El recurrente no niega que la acción promovida ante la jurisdicción especial del trabajo sea idéntica a la que anteriormente se intentó ante la justicia ordinaria, identidad que resulta evidente de la confrontación de las dos demandas. Pero afirma que la sentencia que

puso término a la primera acción no decidió a fondo las cuestiones propuestas por su mandante y que, por tanto, no tiene fuerza de cosa juzgada.

El Tribunal se refiere al fallo del Juez Primero Civil Municipal de Bogotá, que absolvió a la parte demandada de los cargos formulados en la demanda y al que lo confirmó en segundo grado, proferido por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá.

Examinados dichos fallos, particularmente el de segunda instancia, se llega a la conclusión de que el asunto sí fue estudiado a fondo y decidido en forma definitiva.

En efecto, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, después de analizar las pruebas allegadas al juicio, que no fueron otras que la declaración del señor Nicasio Núñez Matallana y la confesión del apoderado de la parte demandada, resolvió todas las peticiones de la demanda, así:

Horas extras, sobrerremuneración dominical, indemnización por accidente de trabajo. Niega el pago de estas prestaciones por los siguientes motivos: “Durante la audiencia se recibió la declaración del señor Nicasio Núñez Matallana, quien afirma que cuando él llegó a Puerto Boyacá, como agente de la Policía Nacional, ya el señor Abelardo Restrepo estaba trabajando con la Compañía como celador, y que allí permaneció el testigo siete meses pero no recuerda la fecha precisa en que llegó. En seguida relata el altercado y la riña habidos entre Restrepo y el cocinero Martínez a consecuencia de la cual aquél perdió el brazo. También da cuenta de que Restrepo trabajaba desde la mañana hasta las primeras horas de la noche, tanto entre semana como en los días feriados.

“Esta es la única prueba que obra en autos suministrada por el demandante y ella es suficiente (sic) para que puedan considerarse probados los hechos de la demanda.

“En cuanto la confesión hecha por el apoderado de la parte demandada al dar contestación al libelo de demanda, ella constituye un todo indivisible, y si bien hace prueba de que Restrepo trabajó por varios meses al servicio de la Texas Petroleum Company, debe aceptarse también que no trabajó en horas extraordinarias ni tampoco en días feriados y que fue Restrepo el promotor y responsable de la riña que le ocasionó la pérdida del brazo y que lo forzó a retirarse de la empresa, suceso que en manera alguna constituye un accidente de trabajo.”

Auxilio de cesantía. También niega el pago de este auxilio por-

que "como el actor no acreditó la circunstancia del despido, no puede ser acreedor a dicha prestación".

De lo transcrito se deduce que el Juzgado pesó las pruebas presentadas por las partes y se formó la convicción de que no estaban establecidos los hechos de la demanda, por lo cual confirmó la providencia del inferior, que absolvió a la parte demandada, dictando en esta forma sentencia definitiva.

¿Qué otra finalidad puede tener el estudio de las pruebas que no sea la de verificar los hechos que constituyen la controversia principal para dictar la decisión de fondo?

Cosa distinta es que un Juez, en atención a la falta de un presupuesto procesal, se abstenga de decidir en el fondo como ocurriría, por ejemplo, en el caso de carencia de capacidad para comparecer en juicio.

Mas no siendo esta la hipótesis que se contempla en el presente negocio, resulta forzoso mantener la tesis del Tribunal Seccional, sostenida en la sentencia acusada.

Respecto del argumento según el cual la primera controversia adelantada por Abelardo Restrepo contra la Texas Petroleum Company, tuvo el carácter de un juicio especial y por tanto la sentencia que le puso fin no pudo hacer tránsito a cosa juzgada, cabe observar que cuando los jueces en lo civil conocían de las controversias laborales, el procedimiento ordinario y único para la tramitación de éstas, era, como lo fue, con algunas modificaciones, en el comienzo del funcionamiento de la jurisdicción especial del trabajo, el señalado en el título XLVI del libro 2º del Código Judicial.

Por otra parte, conforme al artículo 473 del Código Judicial, debe entenderse que la sentencia dictada en juicio especial también tiene fuerza de cosa juzgada, a menos que se trate de determinados asuntos, respecto de los cuales la ley disponga expresamente que puedan ventilarse por la vía ordinaria después de haber sido fallados en juicio especial, como ocurre con el de separación de bienes y el de deslinde y amojonamiento.

En consecuencia, aún en el supuesto de que los juicios del trabajo, antes del establecimiento de la jurisdicción laboral, hubiesen tenido el carácter de especiales, como no podían ventilarse, de acuerdo con la ley, por otra vía, no cabe desconocer la fuerza de cosa juzgada a los fallos que les pusieron fin.

Por tanto, no prospera el cargo.

TERCER CARGO

Dice el recurrente que el Tribunal para conocer y fallar de la excepción de cosa juzgada debió haber encontrado previamente infundada la de prescripción, que sirvió de base al fallo de primera instancia.

La apelación —añade— fue interpuesta por la parte demandante contra el fallo que declaró probada la prescripción, y el superior no podía enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso.

De ello infiere que la sentencia viola directamente el artículo 494 del Código Judicial, e indirectamente los artículos 4º de la Ley 165 de 1941 y 2539 del Código Civil.

La violación indirecta proviene, según afirma el recurrente, de que el Tribunal estaba obligado a decidir sobre la apelación en lo que no fuere favorable al apelante, es decir sobre la excepción de prescripción, objeto del fallo apelado.

Se examina este cargo.

El artículo 494 del Código Judicial, que el recurrente cita como violado directamente por el fallo, tiende a evitar que el superior pueda con su providencia hacer peores para el apelante las condiciones de la proferida por el inferior.

En el caso que se estudia la corporación encuentra que el Juez de primera instancia declaró probada la excepción de prescripción y absolvió a la parte demandada, lo que equivale a desestimar las acciones incoadas por el demandante. El superior, al decidir la apelación interpuesta por el actor, declaró probada la excepción de cosa juzgada, con lo cual se produjo el mismo resultado de la providencia de primer grado. Por consiguiente, no se modificó la situación para el apelante y de allí que no aparezca violado el artículo de que se trata.

En cuanto a la acusación de que fueron violados indirectamente el artículo 4º de la Ley 165 de 1941, relativo a la prescripción de las acciones que corresponden al trabajador para el cobro de su salario y de la indemnización especial por accidente de trabajo, y el 2539 del Código Civil, que regula la interrupción de la prescripción, porque el Tribunal Seccional declaró probada la excepción de cosa juzgada sin estudiar primero la de prescripción, la corporación observa que este cargo en el fondo envuelve el mismo problema que el recurrente planteó en el primero, aunque aquí no lo propone a través de la infracción de los artículos 343 y 344 del Código Judicial.

El Tribunal Supremo considera que este cargo es inoperante porque, aun aceptando en gracia de discusión que fuese cierto lo aseverado por el recurrente acerca de la no existencia de la prescripción, se tendría que la excepción de cosa juzgada debería haberse estudiado en ese caso a continuación de la de prescripción. De modo que si el Tribunal Seccional hubiese estudiado previamente la excepción de prescripción, como lo ha alegado el recurrente, y declarado la improcedente, aceptando la tesis de éste, habría tenido que analizar en seguida la de cosa juzgada con el resultado ya conocido de declararla probada.

En consecuencia, este cargo es ineficaz en cuanto no produciría, aún demostrado, la infirmación de la parte resolutive del fallo acusado, y por ello tampoco se admite.

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 objeto del presente recurso.

Sin costas, porque no aparece que se hubieran causado.

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.

TRABAJO SUPLEMENTARIO

No es lícito realizar convenios sobre trabajo extra legal sin discriminación del número de horas que hayan de trabajarse y de la sobrerremuneración correspondiente.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía).

Bogotá, noviembre diez y seis de mil novecientos cuarenta y ocho.

Se examina el recurso de casación propuesto por el apoderado de Teodora Angulo contra la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Cúcuta, de fecha 26 de noviembre del pasado año, proferida en el juicio que contra la expresada señora adelantó Concepción Silva.

ANTECEDENTES

La señorita Concepción Silva demandó, por medio de apoderado, ante el Juzgado del Trabajo de Cúcuta a la señora Teodora Angulo, a fin de obtener que le pagase las siguientes cantidades.

Por cesantía (servicio referente a cuatro años y cinco meses), seiscientos diez y ocho pesos con treinta centavos (\$ 618.30); por vacaciones, doscientos ochenta pesos (\$ 280.00); por sobresueldo y horas extras, ochocientos pesos (\$ 800.00).

Adujo como hechos de su demanda que trabajó al servicio de la demandada manejando un puesto en la plaza de mercado de Cúcuta desde el catorce de marzo de mil novecientos cuarenta y tres hasta el cuatro de agosto de mil novecientos cuarenta y siete, día en que fue despedida. Que no se le concedieron ni pagaron vacaciones en cuatro años y cinco meses de trabajo. Que el sueldo mensual

devengado era de cuarenta pesos (\$ 40.00) y cien pesos como sobresueldo y horas extras. Sobresueldo que era pagado al finalizar cada año con la suma de mil doscientos pesos (\$ 1.200.00), y que en el año de 1947 no se le pagó esta última cantidad.

La demandada, se opuso a las pretensiones de la demanda, alegando que el retiro de la trabajadora fue voluntario; que no recordaba la fecha desde la cual empezó a prestarle sus servicios la señora Silva; y que le pagó vacaciones. Negó que le pagara sobresueldo de cien pesos, y que trabajara horas extras.

Con fecha diez y nueve de septiembre del pasado año el Juzgado dictó sentencia para desatar la litis, y por medio de ella condenó a la parte demandada a satisfacer las siguientes prestaciones:

Por concepto de cesantía, seiscientos veintidós pesos con diez y ocho centavos (\$ 622.18); por vacaciones, ciento ochenta y cinco pesos (\$ 185.00), y por sobresueldo, setecientos pesos (\$ 700.00).

De esta providencia apeló el apoderado de la parte desfavorecida y, en tal virtud, el negocio subió al Tribunal Seccional del Trabajo de Cúcuta, en donde se tramitó la segunda instancia. Agotada ésta, con fecha veintiséis de noviembre siguiente se profirió la sentencia definitiva, y en ella se dispuso:

a) Condenar a la señora Teodora Angulo a pagar a la demandante la suma de setecientos pesos, por concepto de sobresueldo.

b) Condenar en abstracto al pago de la cesantía que resulte, con base en un servicio de cuatro años, cuatro meses y veinte días sobre un sueldo de ciento cuarenta pesos (\$ 140.00) mensuales, previas las exenciones de que trata el artículo 13. de la Ley 6ª de 1945;

c) Condenar al pago de las vacaciones, sobre la base de un sueldo mensual de treinta y cinco pesos (\$ 35.00) por dos años, y de ciento cuarenta pesos (\$ 140.00) por los dos restantes.

Se ordenó verificar estas liquidaciones de conformidad con el artículo 553 del Código Judicial.

EL RECURSO

Contra esta última providencia interpuso el apoderado de la demandada el recurso de casación, el cual fue admitido y tramitado convenientemente, siendo llegado el momento de decidirlo; lo que se va a hacer mediante el examen de la demanda que para el efecto ha sido presentada por el recurrente.

LA DEMANDA

Después de hacer el resumen de los hechos materia de la controversia, el recurrente forma dos capítulos que contienen los cargos contra la sentencia acusada.

En el primero de ellos se expresa así:

“PRIMERA CAUSAL. VIOLACION DE LA LEY SUSTANTIVA POR APRECIACION ERRONEA DE LA PRUEBA SOBRE HORAS EXTRAS DE TRABAJO Y SOBRESUELDO.”

“De la primera condenación hecha en la sentencia del Tribunal Seccional resulta un dilema: o implica el reconocimiento de sobresueldo y horas extras conjuntamente, o únicamente reconoce sobresueldo sin rechazar en forma alguna lo pedido por horas extras de trabajo.”

“Efectivamente, la sentencia del Tribunal no rechaza, ni en su parte motiva ni en la resolutiva, el pago por las horas extras de trabajo, por lo cual, habiéndose pedido tal condenación expresamente en la demanda, obliga a considerar distintamente la cuestión procesal que esa omisión plantea. Así, pues, en defensa de los derechos de mi poderdante voy a considerar la situación por doble aspecto:”

“Primero, aceptando que la remuneración de las horas extras fue confundida con el pago de sobresueldo, y

“Segundo, que implícitamente fue rechazado el pago de las horas extras, u omitido.”

“PRIMERA CUESTION: EL TRIBUNAL CONDENA POR HORAS EXTRAS DE TRABAJO Y SOBRESUELDO.”

“El hecho de que, en años anteriores a 1947 se hubiera pagado cien pesos mensuales por sobresueldo y por horas extras de trabajo, no prueba en modo alguno que los contratos verbales subsiguientes hubieran estipulado las mismas condiciones. Sobre horas extras de trabajo no puede mediar contrato con previa fijación de remuneración. Ya la Ley 10/34 en su artículo 15 prohibía los contratos de trabajo en que se acordaran más de ocho horas de trabajo, pues estatuye: ‘Ningún empleado podrá ser obligado a trabajar más de ocho por día’.”

“La consideración de un sueldo fijo mensual que comprende la remuneración por horas ordinarias y extraordinarias de trabajo equivale a un contrato en que el empleado queda obligado a trabajar más de ocho horas por día. Como el Tribunal condena a la demandada a cumplir semejante contrato, viola abiertamente el mencionado artículo 15 de la Ley 10/934. Porque está claro que esa condenación

admite como legítimo un contrato en que prácticamente se fijan más de ocho horas de trabajo diario.”

“En efecto, el Tribunal admite que la remuneración mensual fija era de ciento cuarenta pesos (\$ 140.00) por sueldo, sobresueldo y horas extras de trabajo con lo cual queda burlada la mencionada ley. Ese contrato así celebrado y admitido está diciendo que sí se puede contratar trabajo por más de ocho horas diarias.”

“En un contrato se pueden desde luego tomar en cuenta las horas extras de trabajo pero sin determinar la calidad del trabajo ni su duración ni su remuneración porque todo esto depende únicamente de las circunstancias que la misma ley señala, en cuyo espíritu se agita la razón fundamental de evitar la extenuación del trabajador con el engaño de mayor sueldo.”

“Dice el artículo 3º del Decreto 2341/46:”

“La sobrerremuneración legal del trabajo suplementario, esto es, del que exceda de la jornada ordinaria, ya sea ésta diurna o nocturna, se rige por la CALIDAD DE LA JORNADA QUE SE PROLONGA’....”

“Esta calidad no puede ser prevista en un contrato, porque es accidental. Depende como es del todo natural, del tiempo en que la jornada se haya prolongado y de la calidad del trabajo.”

Luego el recurrente entra a examinar la sentencia del Tribunal en cuanto condenó a pagar el sobresueldo de cien pesos y dice que en las constancias que trajo al proceso certificadas por la Auditoría de Impuestos Nacionales sólo figura la actora con sueldo de cuarenta pesos. Agrega que no hay razón para que el Tribunal admita como sobresueldo una suma que excede dos veces y media de la pagada por sueldo, y afirma que la cantidad de \$ 1.200.00 que la demandada dio en otra ocasión a la demandante tuvo el carácter de mera liberalidad.

Para finalizar el cargo dice que: “De conformidad con lo establecido por el artículo 520 del C. de P. C., en su ordinal primero, acuso la sentencia recurrida como violatoria del artículo 15 de la Ley 10 de 1934, por apreciación errónea de la prueba acerca del ‘sobresueldo y horas extras’ que se reclaman en la demanda, error a la vez y de hecho de apreciación.”

Se examina este cargo.

En primer lugar debe observarse que la formulación de este cargo no se acomoda a la técnica de la casación, puesto que involucra, bajo el mote de “Violación de la ley sustantiva por apreciación errónea de la prueba sobre horas extras de trabajo y sobresueldo” una cuestión que nada tiene que ver con la estimación que el Tribunal de

instancia hizo de ellas, como es la planteada acerca de la violación, no ya indirecta, que es la que resulta de una errada apreciación probatoria, sino directa, esto es, si el contrato a sueldo fijo, que comprende remuneración por horas extras, viola lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley 10 de 1934, que expresa que "ningún empleado podrá ser obligado a trabajar más de ocho horas al día".

Son, pues, dos cosas absolutamente distintas las que contiene el primer cargo. No obstante la deficiencia anotada, por vía de amplitud serán examinadas.

La sentencia recurrida en ninguna parte se ocupa de la cuestión relativa al cobro de horas extras. Ni la sentencia de primer grado. La condenación de ambas se refiere al sobresueldo de cien pesos, pues, en efecto, se califica en la demanda como "sobresueldo y horas extras".

Mas ya que se ha planteado el problema en la demanda del recurrente debe decirse que, si bien es cierto que el artículo 15 de la Ley 10 de 1934, en forma expresa determina que ningún empleado puede ser obligado a trabajar más de ocho horas, ello no significa que en casos especiales, bien sea por autorización del funcionario competente, en los contemplados en la Resolución número 1º de 1932, o en aquellos en que por la misma índole de las labores a realizar, sea preciso, puede rebasarse el límite de la jornada legal, de conformidad con el parágrafo 2º del artículo 3º de la Ley 6ª de 1945.

A este respecto se dijo en sentencia de esta corporación, de fecha 27 de noviembre de 1946, lo siguiente:

"La Ley 10 que es el estatuto inicial de los empleados particulares, contiene la norma general de que ningún empleado podrá ser obligado a trabajar más de ocho horas. Es, pues, una disposición de carácter prohibitivo sobre la cual no puede haber duda alguna. Es disposición de orden público, ya que está encaminada a una alta finalidad, como es la de evitar el exceso de trabajo y, por consiguiente, buscar la conservación de la capacidad del empleado para que llene de la mejor manera su función social. No puede, en consecuencia, el patrono, en ningunas circunstancias, obligar (subraya la Corte) al empleado, a trabajar más de ocho horas".

"Pero cuando no se trata de la forzosa imposición de la voluntad patronal sobre el trabajador, sino que hay un acuerdo debidamente aprobado por la autoridad competente, por razón de circunstancias especiales, como son las que contempla la Resolución número 1º de 1932, en sus artículos 4º y 5º, o cuando se trata de los oficios que menciona el artículo 2º de la misma, en sus ordinales a), b) y c), o en los casos de fuerza mayor o de urgencia que contempla el

artículo 3º de esa Resolución podrá afirmarse que se viola la prohibición del artículo 15 de la Ley 10 de 1934, al prestarse trabajo en horas que exceden a las de la jornada ordinaria? La Corte contesta negativamente, porque en tales ocurrencias no está el patrono obligando al trabajador a prestar servicios fuera de las horas legales, sino que voluntariamente y previa autorización, en el primer supuesto, y por mandato de la Resolución misma, en los restantes, el trabajador concurre a prestar su fuerza de trabajo."

"La Ley 10 no agregó nada nuevo a lo que dijo la Resolución citada, puesto que ésta en su artículo 11 ya había establecido la prohibición de exigir y aún de aceptar el trabajo de ninguna persona fuera de las horas legales."

La cita que hace el recurrente del artículo 3º del Decreto 2341 de 1946, que expresa que la sobrerremuneración legal del trabajo suplementario, esto es, del que exceda de la jornada ordinaria, ya sea ésta diurna o nocturna, se rige por la CALIDAD de la jornada que se prolonga... no se refiere a la índole del trabajo mismo, sino que es apenas una determinación de la medida que debe servir para liquidación del porcentaje que corresponda, según que sea trabajo diurno o nocturno, que se remunera con tarifa diferencial. Así, pues, si la jornada que se prolonga es diurna, la sobrerremuneración será la adecuada a la jornada diurna, y viceversa.

Con todo, ocurre que la acusación enfoca una cuestión de hecho que el Tribunal Supremo debe estudiar, ya que también se acusó por error en la apreciación de la prueba del sobresueldo, a fin de sentar la correspondiente doctrina en defensa de los postulados legales que amparan al trabajador, en lo referente al reconocimiento y pago de horas extras.

Si el trabajo en horas extras se permite en los casos que la ley señala, mediante la regulación conveniente para su pago, todo convenio relativo a aquél debe realizarse sobre bases ciertas, esto es, teniendo en consideración el número de horas laborables y su remuneración, de acuerdo con la tarifa legal. De donde se sigue que una estipulación global que comprenda sueldo o sobresueldo y horas extras, como en el caso que se estudia, no puede tener fuerza legal obligatoria, porque bien puede ser que las horas extras no se trabajen, o, por el contrario, que mediante una estipulación previa ajustada en tal forma, se obligue al trabajador a rendir una jornada extralegal fuera de los términos que fijan las normas respectivas y sin la adecuada sobrerremuneración.

En el negocio que se viene estudiando acontece que la parte ac-

tora pidió el reconocimiento de la cantidad de ochocientos pesos (\$ 800.00) por concepto de sobresueldo y horas extras, a razón de cien pesos (\$ 100.00) mensuales. A su turno, la demandada sostiene que no es cierto que la demandante hubiera trabajado horas extras, pues ni siquiera trabajaba las ocho horas de la jornada ordinaria legal. El Juez de primer grado reconoce explícitamente que "del conjunto de testimonios recogidos no se deduce prueba alguna de que la señorita Concepción Silva hubiera servido horas extras o trabajado los días domingos y festivos". Y el Tribunal ni siquiera hace consideraciones sobre este particular, luégo acepta la opinión del inferior. Pero en ambas instancias se parte de la base de que se estipuló un sobresueldo en cuantía de cien pesos mensuales, bajo el nombre de sobresueldo y horas extras".

Si, pues, no se demostró haber trabajado horas extras y no hay ninguna base para saber el monto del sobresueldo que se afirma le pagaba la demandada a la señorita Silva no obró el fallador con sujeción a las normas generales que regulan el proceso, al cambiar la **cusa petendi**, pues si lo reclamado por la actora se fundaba en aumento de sueldo y trabajo en horas extras, no podía recaer la condenación total por sobresueldo, haciendo caso omiso del trabajo extraordinario que la misma sentencia da por inexistente.

Quiere decir lo anterior que no se probó tampoco el monto del sobresueldo pedido, según aparece de los testimonios que sirvieron de base a la sentencia, por haberse involucrado con las horas extras, lo que hará imposible determinarlo, siendo por tanto procedente la infirmación del fallo, por lo que hace a tal condenación, ya que, como se ha expresado, no es lícito realizar convenios sobre trabajo extra legal sin discriminación del número de horas que hayan de trabajarse y de la sobrerremuneración correspondiente, tal como ha querido hacerse en el negocio que se viene estudiando, en el cual se advierte la violación de las normas que regulan el trabajo suplementario, especialmente el precepto del artículo 15 de la Ley 10 de 1934, invocada por el recurrente.

Por consiguiente, el cargo prospera.

SEGUNDO CARGO

Este cargo no es necesario estudiarlo por haberse declarado viable el anterior.

TERCER CARGO

"LA SENTENCIA CONTIENE EN SU PARTÉ RESOLUTIVA DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS."

"De esta causal trata el numeral 3º del artículo 520 del Código de Procedimiento Civil."

"El punto segundo de la parte resolutive de la sentencia acusada condena a la demandada a pagar:"

"...las sumas correspondientes por concepto de cesantía en el lapso de cuatro años, cuatro meses y veinte días sobre la base de una remuneración de ciento cuarenta pesos mensuales y previas las exenciones de que trata el artículo trece (13) de la Ley sexta de mil novecientos cuarenta y cinco."

"El punto tercero de la misma sentencia dispone:"

"Condénase a la misma señora Teodora Angulo, o Teodora Angulo de Molina, a pagar a la señorita Concepción Silva, las sumas correspondientes por concepto de vacaciones, dos años teniendo por base un sueldo de treinta y cinco pesos mensuales y dos años más teniendo por base un sueldo mensual de ciento cuarenta pesos."

"No es jurídico tener en cuenta las graduaciones del capital que hace el artículo 13 de la Ley 6ª/945 únicamente para el pago de la cesantía, dejando a un lado su aplicación en lo referente al pago de las vacaciones."

"No hay ninguna lógica en aplicar la ley para una prestación que regula y omitir su aplicación respecto de otra prestación a la cual, también cobija con su imperio."

Se estudia el cargo.

Sostiene el recurrente que el Tribunal incurrió en contradicción al decidir que para el efecto de liquidar la cesantía se tenga en cuenta el capital de la demandada, lo que no hizo en relación con las vacaciones, y que, en su sentir, debe procederse de la misma manera. Aduce para sustentar el cargo la causal 3ª del artículo 520 del Código Judicial.

No entra el Tribunal Supremo a examinar lo relativo a las condenaciones hechas por el inferior con respecto a cesantía y vacaciones, ni mucho menos a estudiar las tesis que la sentencia sienta respecto a la ley aplicable al caso controvertido, entre otras cosas, por no estar esta última cuestión sometida al recurso, pues debe observarse que para que la causal aducida pueda dar lugar a que se reciba en casación y haga procedente el examen del cargo es preciso

que se haya pedido aclaración de la sentencia hallada contradictoria en su parte dispositiva, cosa que no se hizo en el presente negocio. La disposición del artículo 520, ordinal 3º es de una absoluta claridad cuando expresa que procede el recurso de casación por los siguientes motivos: ...3º Contener la sentencia en su parte resolutive declaraciones o disposiciones contradictorias, que subsisten a **pesar de haberse pedido en tiempo aclaración de ella** (se subraya).

Quiere decir que en el negocio que se estudia no se llenó el requisito de solicitar la aclaración del fallo que se estimó contradictorio, luégo tampoco procede el motivo aducido en el recurso para buscar su infirmación.

La sentencia acusada remite al procedimiento del artículo 553 del Código Judicial el señalamiento del capital de la parte demandada para el efecto de fijar la cantidad que debe pagarse por concepto de cesantía y vacaciones, sobre la base de un sueldo de ciento cuarenta pesos mensuales.

El Tribunal Supremo ha dicho ya en varios fallos que el artículo 553 del Código Judicial no es de aplicación sino cuando se trata de establecer la cuantía de frutos, intereses, daños o perjuicios, o cosas semejantes, pues tal disposición tiene que entenderse en consonancia con la del artículo 480 del mismo Código; de donde resulta equivocado acudir a dicho procedimiento para establecer hechos que han debido demostrarse en el juicio ordinario del trabajo y no posponerse para la ejecución de la sentencia. Mas como el recurrente no atacó esta parte del fallo, forzoso es dejarla en firme, no obstante el error sufrido por el Tribunal en este particular. Pero, por lo que hace al sueldo de ciento cuarenta pesos señalado como base para deducir el monto de la cesantía y las vacaciones, es claro que por haber prosperado el cargo relativo a "sobresueldo y horas extras", tales prestaciones se acomodarán al sueldo efectivo devengado por la demandante, excluyendo el aumento resultante de tal concepto, por no haberse demostrado el derecho a cobrarlo. Por tanto, el cargo no puede prosperar.

Por las razones 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 recurrida, REVOCA la de primer grado, y en su lugar ABSUELVE a la señora Teodora Angulo de la petición referente a "sobresueldo y horas extras". NO LA CASA en lo relativo al pago de cesantía y vacaciones; pero su liquidación se hará teniendo en cuenta el sueldo efectivo, devengado por la demandante, esto es, de treinta y cinco pesos (\$ 35.00)

para los dos primeros años y de cuarenta pesos para el resto del tiempo.

No hay costas.

Notifíquese, publíquese, cópiese, insértese en la "Gaceta del Trabajo" y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Diógenes Sepúlveda Mejía. — Cástor Jaramillo Arrubla. — Luis Alberto Bravo. — Bertha Salazar Velasco, Oficial Mayor.

APLICACION DEL ARTICULO 20 DEL DECRETO 2127 DE 1945..

El Tribunal Supremo del Trabajo no admite la tesis del Tribunal Seccional de Cali según la cual sostiene que dando una amplia aplicación al artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, en cuanto establece la presunción del contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal y quien lo recibe, debe igualmente presumirse la cuantía del salario, por ser éste un elemento del contrato. De suerte que si no existe duda acerca de la existencia del contrato, basta que el asalariado señale esa cuantía para que la presunción obre en su favor, correspondiendo en tal caso la carga de la prueba, para desvirtuar la afirmación del trabajador, al patrono. Y no la admite, porque no tiene ningún apoyo legal. Porque con el mismo criterio podría sostenerse que si el trabajador señala también determinado tiempo de servicio, pero no logra establecerlo en el juicio, el fallador debe forzosamente atenerse a la aseveración del demandante si el demandante no contraprueba sobre el particular, es decir, que se invierte la carga de la prueba. Es, pues, inexacta dicha tesis, y la mejor demostración de ello es que el mismo legislador se ocupa en la actualidad de estudiar fórmulas sobre este particular, lo que indica que no es tan sostenible, dentro de la realidad legal, la opinión del fallador de instancia.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda M.).

Bogotá, noviembre diez y seis de mil novecientos cuarenta y ocho.

Por medio de apoderado, demandó Abel Herrera a Inés Salamanca, ante el Juez del Trabajo de Palmira, con el objeto de que le pagase las siguientes cantidades: doscientos veinticinco pesos (\$ 225.00)

por auxilio de cesantía correspondiente a cinco años, con base en un salario de un peso con cincuenta centavos (\$ 1.50); cuarenta y cinco pesos (\$ 45.00) por vacaciones; ciento setenta y cuatro pesos (\$ 174.00) por dominicales, y sesenta y seis pesos (\$ 66.00) por días feriados. Un total de quinientos diez pesos (\$ 510.00).

Dijo el demandante que trabajó durante un lapso aproximado de catorce años en la finca de campo de la demandada, ubicada en el Corregimiento de El Lauro, Municipio de Candelaria, de cultivos de café, cacao, plátanos, etc., afirmó que ese salario fue el expresado de un peso con cincuenta centavos (\$ 1.50); que no gozó de vacaciones y que habiendo trabajado los domingos y días feriados no se le pagó nada por este concepto.

Fundó su derecho en las "disposiciones pertinentes" de las Leyes 35 de 1939, 6ª y 75 de 1945, Decretos 2350 de 1944, 2127 de 1945, artículos 1209 y concordantes del Código Judicial, y 1602 y 1603 del Código Civil.

La parte demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerar que la finca en que trabajó el demandante estaba exenta del pago de prestaciones sociales de acuerdo con la ley, por ser agrícola y valer menos de \$ 125.000.00.

Con fecha diez y ocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete el Juzgado desató el litigio en la siguiente forma:

Condenó a la señorita Inés Salamanca a pagar al actor la suma de doscientos setenta y dos pesos con setenta y cuatro centavos (\$ 272.74) por auxilio de cesantía; cuarenta y cinco pesos (\$ 45.00), por vacaciones; y setenta y seis pesos (\$ 76.00) por días feriados.

Apelada esta providencia para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, esta entidad, con fecha veintinueve de noviembre del año pasado, reformóla en estos términos:

Condenó a pagar sesenta y dos pesos con setenta y tres centavos (\$ 62.73) por auxilio de cesantía; diez pesos con treinta y cinco centavos (\$ 10.35) por vacaciones, y setenta y seis con cincuenta centavos (\$ 76.50) por días feriados.

La sentencia del Tribunal Seccional ha subido a esta corporación por haberse interpuesto contra ella el recurso de casación por la demandada. Auncuando la cuantía del negocio es inferior a MI PESOS se le admitió sobre la consideración de que envuelve algunos puntos importantes en derecho del trabajo. Y como se ha tramitado en forma legal tal recurso, es llegado el momento de decidirlo, lo que se hará mediante el examen de la demanda que se ha presentado por el recurrente.

EL RECURSO

CARGO PRIMERO

“La sentencia materia del recurso es violatoria, por infracción directa del artículo 13 en su ordinal 4º de la Ley 6ª de 1945, desde luego que no obstante estar o encontrarse la empresa de la demandada comprendida dentro de la excepción establecida en el mencionado texto legal, el Tribunal falla condenando a la señorita Salamanca como si su empresa estuviese encajada dentro de los términos generales que reglamentan y establecen las cargas sociales a favor de los trabajadores, obreros o empleados.

“En efecto: el artículo 12 de la mencionada Ley 6ª de 1945 consagra las prestaciones e indemnizaciones a cargo de los patronos para con sus trabajadores; el artículo 13 de la misma ley estatuye las excepciones a esa regla general obligatoria: ‘Lo dispuesto en el artículo anterior —dice el mencionado texto legal— no se aplica a los casos siguientes, a menos de disposición legal especial o estipulación contractual, en contrario: 1º..... 4º A la empresa ganadera cuyo capital no exceda de \$ 80.000.00 ni a la agrícola o forestal cuyo capitán (sic) no exceda de \$ 125.000.00 o que no tenga a su servicio más de cincuenta trabajadores de carácter permanente: pero deberán indemnizar los accidentes de trabajo en la forma indicada en el aparte anterior, y en cuanto a enfermedades, sólo estarán obligadas a facilitar gratuitamente al trabajador los medios necesarios para su traslado al puesto de socorro, hospital o servicio médico más cercano, y al tratamiento y las medicinas de urgencia’.”

“De lo anterior se concluye que si el artículo 12 estableció las prestaciones e indemnizaciones de cesantía, vacaciones, auxilio por enfermedad profesional, auxilio por enfermedad no profesional, gastos del entierro, etc., y el 13 en su ordinal 4º declara terminantemente que de esas cargas sociales, es decir esas obligaciones impuestas por la ley a patronos y empresarios a favor de sus trabajadores no rezan con las empresas agrícolas cuyo capital no exceda de CIENTO VEINTICINCO MIL PESOS (\$ 125.000.00) M/c., quiere decir que toda empresa agrícola o forestal que no tenga un capital mayor de esa suma está forzosamente exenta de esas obligaciones sociales.”

“Ahora bien: de acuerdo con los términos de la demanda y de las mismas declaraciones de los testigos presentados por el demandante, la empresa en la que prestó sus servicios como trabajador

el señor Abel Herrera es una empresa agrícola. Al efecto, dice el señor Personero Judicial del actor, que éste trabajó en la finca de campo de la señorita Inés Salamanca, ubicada en el Corregimiento del Lauro, Municipio de Candelaria, finca compuesta de cultivos de café, cacao, plátano, pastos, etc. Los testigos que adujo el demandante están de acuerdo en la misma afirmación de la demanda con respecto de los componentes y cultivos de la finca de campo, y, además, en sostener que las labores de Herrera consistían en 'cortar plátanos, hacer leña y sacar plátanos afuera'."

Se estudia el cargo.

Determina el artículo 12 de la Ley 6ª de 1945 que mientras se organiza el seguro social obligatorio corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones:

e) Quince días continuos de vacaciones remuneradas por cada año de servicio que se preste a partir del 1º de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro

f) 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. (Reformada esta disposición por el artículo 1º de la Ley 64 de 1946).

Y el artículo 13 de la misma ley se expresa así: "Lo dispuesto en el artículo anterior no se aplica a los casos siguientes, a menos de disposición legal especial o estipulación contractual en contrario:

".....4º A la empresa ganadera cuyo capital no exceda de \$ 80.000.00 ni a la agrícola o forestal cuyo capital no exceda de \$ 125.000.00 o que no tenga a su servicio más de cincuenta trabajadores de carácter permanente, etc.....

De manera que para que una empresa agrícola esté obligada al pago de las prestaciones a que se refiere el artículo 12, es necesario que opere con un capital superior a \$ 125.000.00, o tenga más de 50 trabajadores permanentes.

El Tribunal de instancia al estudiar la sentencia de primer grado se aparta de las tesis sostenidas en ésta en lo que hace a la manera de comprobar el capital de las empresas o patronos para el efecto de aplicar las excepciones de que trata el artículo 13 de la Ley 6ª de 1945; discurre acerca del alcance del artículo 7º de la Ley 64 de 1946 y del artículo 8º del Decreto 1160 de 1947, y llega a la conclusión de que el demandado sí acreditó el capital de su empresa, en los siguientes términos:

"Por esta razón, el Tribunal tendrá como prueba, ya que de otra parte no le obliga la tarifa legal, las certificaciones que se adujeron

en este juicio, provenientes de los Tesoreros Municipales de Palmira y Candelaria, sobre el valor catastral de las propiedades de la persona demandada, que fueron ampliamente controvertidos en el juicio, expuestas lealmente al debate desde un principio y solicitadas por los apoderados de ambas partes para probar sus afirmaciones. Según el certificado del oficio 12, la señorita Inés Salamanca tiene una finca rural en Candelaria que vale \$ 12.250.00, situada en el Corregimiento de El Lauro (fol. 7, 2º c.); otra en el Corregimiento de Madre Vieja, que vale \$ 12.700.00 (fol. 27), y una casa en Palmira, avaluada en la cantidad de \$ 4.200.00. Total del patrimonio gravable: \$ 29.150.00. Esta prueba no la puede desestimar el Tribunal para condenar a la demandada como si tuviera un capital mayor de \$ 125.000.00. En este sentido no acepta la argumentación del Juzgado, pues la persona demandada excepcionó acogiéndose a las reducciones de que trata el artículo 13 de la Ley 6ª de 1945 y probó el capital, es decir, probó la excepción propuesta.”

Luégo el Tribunal, sobre la base del capital que encuentra demostrado en el juicio, hace una proporción que reduce a un veintitrés por ciento (23%) el monto de las prestaciones a que está obligada la parte demandada, tanto en lo referente a cesantía como a vacaciones, las cuales fija en las sumas de \$ 62.73 y \$ 10.35, respectivamente.

Pero acontece que el Tribunal fallador, no obstante que se le puso de presente que se trataba de una finca rural, no solamente por haberlo alegado así el apoderado de la parte demandada, y por afirmarse igualmente tanto en la demanda de Herrera, como en las certificaciones que le sirvieron como elementos para señalar el capital del patrono, hace la condenación como si se tratara de una empresa no agrícola.

Dice el punto primero de la demanda:

“El señor Abel Herrera, mi poderdante, trabajó por espacio de 14 años aproximadamente, pues fue contratado en sus servicios (sic) desde el año de 1932, en la finca de campo de la señorita Inés Salamanca, ubicada en el Corregimiento de El Lauro, Municipio de Candelaria, compuesta de cultivos de café, cacao, plátanos, pastos, etc.”

Alrededor de la condición de la empresa no hubo lugar a debate en el juicio, de suerte que ni siquiera se trata de un error de hecho que hubiera llevado al Tribunal a considerar la finca de El Lauro como una empresa distinta de aquellas de que trata el ordinal 4º del artículo 13 de la Ley 6ª de 1945. Simplemente no se tomó en consideración el hecho de la sentencia del Tribunal ni en la de primer

grado, pues la controversia se dirigió únicamente a saber a quién correspondía demostrar y por qué medios el capital de la empresa.

Ahora bien: siendo como es cierto que el Tribunal admitió que el capital de la demandada, en su totalidad es apenas de \$ 29.150.00, y que la finca en donde prestó sus servicios el demandante sólo tiene un avalúo de \$ 12.250.00, es claro que no le cabe gravamen alguno, de conformidad con lo que dispone el artículo 13 de la Ley 6ª de 1945, en su ordinal 4º.

Basta la consideración referente al capital de la parte demandada, que es lo único que fue motivo de controversia en las instancias, y que es también el objeto y fundamento del cargo que se estudia, para llegar a la fácil conclusión de que habiéndose demostrado que ese capital no alcanza a la cantidad señalada en el artículo 12 de la expresa ley, de un lado, y de otro, que se trata de una pequeña empresa agrícola, la exención que consagra el artículo 13 es pertinente, por lo cual el cargo debe prosperar para producir la casación del fallo acusado.

De lo dicho se desprende que la sentencia acusada viola lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 6ª de 1945, y que, en consecuencia, el cargo prospera y habrá de producir la casación de ella, por lo que hace a la obligación de la demandada a pagar cesantía y vacaciones.

Los cargos segundo y tercero no es necesario examinarlos desde luego que versan sobre la misma cuestión que queda resuelta al aceptar el primer cargo.

CARGO CUARTO

“El honorable Tribunal Seccional de Cali echa mano de las disposiciones de la Ley 35 de 1939 para el efecto de llegar a la conclusión de que la demandada señorita Inés Salamanca debe pagar lo correspondiente a los días feriados que pudo haber trabajado el demandante. Las mismas consideraciones que hemos hecho en torno al problema con respecto del carácter agrícola que tiene la empresa de la señorita Inés Salamanca y que por lo tanto la circunstancia de su capital, está exenta de las cargas sociales que la ley impone a los patronos y empresarios, esas consideraciones cabe hacer en este lugar para llegar a la conclusión de que el Tribunal viola los textos de la citada Ley 35 de 1939 por aplicación indebida, desde luego que son abiertamente impertinentes.”

Este cargo no prosperará, porque es trivial que la excepción que

hace el artículo 13 de la Ley 6ª de 1945 para las empresas agrícolas se refiere a las prestaciones enumeradas en el artículo 12, y de consiguiente no cobija la remuneración de los días feriados de que trata el artículo 1º de la Ley 35 de 1939.

Además, no cita la disposición de esa ley que estima violada.

Tampoco es necesario estudiar el cargo quinto, pues se refiere, lo mismo que el primero a cesantía.

CARGO SEXTO

Dice el Tribunal en uno de sus apartes: "Antes de seguir adelante y para efectos de la liquidación correspondiente digamos por qué se acepta que el salario estipulado fue de \$ 1.50, a pesar de que la parte demandada no lo ha infirmado sino se ha limitado a decir que no recuerda cuál era. El demandante ha afirmado que el salario era de \$ 1.50 y en tratándose de que el salario como retribución del servicio es elemento esencial de todo contrato de trabajo, debe presumirse el afirmado por el trabajador, sin perjuicio de prueba en contrario, pues el contrato de trabajo se presume entre quien presta un servicio material y el que se aprovecha de él, correspondiendo a este último destruir la presunción, al tenor de lo estatuido en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945. Si se presume el contrato de trabajo cuando exista una relación de dependencia subordinada, lógicamente debe presumirse en todas sus partes, y una de éstas es el salario. Por eso, se repite, bastaría que el trabajador afirmase un salario, para que éste se tuviese por cierto. Si el patrono no se preocupa por destruir esta presunción lógicamente y sin remedio debe aceptarse la afirmación del trabajador.

"Al sentar la tesis anterior el Tribunal viola por errónea interpretación el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945; por errónea interpretación el artículo 66 del Código Civil, y por infracción directa el artículo 1757 del mismo Código Civil."

"En efecto: dice el artículo 1º de la Ley 6ª de 1945 que hay contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal bajo la continuada dependencia de otro, mediante remuneración, y quien recibe tal servicio."

"El artículo 9º de la Ley 100 de 1944 establece que toda prestación de servicios personales del cultivador aparcerero, agregado, porrambero, arrendatario, viviente, mediasquero, cocechero, etc., en beneficio exclusivo del arrendador o dueño de tierras, será regida por las normas legales que regulen el contrato de trabajo y dará lugar

a las indemnizaciones, prestaciones y auxilios correspondientes, pero solamente en los días o períodos en que se realice aquel trabajo o en proporción a tales días o períodos.”

“El artículo 1º del Decreto 2127 de 1945 establece: ‘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 a 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’.”

“El artículo 2º del mismo decreto establece: ‘En consecuencia, para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren 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’.”

“Ahora bien: el artículo 20 del citado decreto es del siguiente tenor:

“El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción.”

“Por su parte el artículo 66 del Código Civil, en sus dos primeros incisos estatuye: ‘Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal’.”

“De la presunción legal establecida por el artículo 20 del Decreto 2127, el Tribunal requiere deducir todas las modalidades y condiciones de un determinado contrato de trabajo. Lo cual es un error, desde luego que si esa presunción la establece la ley (artículo 20, decreto citado), es precisamente sobre la base de que se conoce la relación de dependencia en una determinada prestación de servicios, lo cual entraña la esencia misma del contrato de trabajo. De esos antecedentes, puede colegirse la existencia del vínculo jurídico laboral, es decir, puede presumirse legalmente que exista esa relación de derecho, ese contrato de trabajo. Pero de ahí a afirmar que por el sólo hecho de esa presunción se autorice la de las modalidades de un contrato determinado, incluye un absurdo jurídico de proporciones respetables.”

“El profesor y tratadista Antonio Rocha al explicar el alcance de la definición del artículo 66 del Código Civil, se expresa en estos términos: ‘Resaltan tres elementos: el antecedente conocido, el razonamiento y el hecho resultante del razonamiento (este hecho, desconocido antes, es el que se tiene interés en probar). La presunción resulta, pues, del razonamiento, dado un hecho demostrado. No es el razonamiento mismo’.”

“Y en efecto, del antecedente conocido de la relación de dependencia con prestación de servicios puede colegirse o presumirse, siempre conllevando el riesgo del error, que existe un contrato de trabajo; pero de manera alguna ese antecedente es capaz de autorizar o presumir un salario determinado.”

“El Tribunal sostiene que por virtud de esa presunción legal del artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 hay que presumir también que el salario afirmado por el demandante es el verdadero. Mejor dicho: aceptar como cierto, sin prueba ninguna lo que se afirma en la demanda. De esta suerte contraría el Tribunal el precepto del artículo 1757 del Código Civil que se inspira en el principio de derecho antiguo **onus probandi incumbit actore**, es decir que la carga de la prueba corresponde al actor. De ahí que dicho texto legal, contenga el mandato en su primer inciso: ‘Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta’.”

“Es tan diáfana la claridad de ese precepto que toda explicación resultaría redundante. Si Abel Herrera afirmó en su demanda, por conducto de su apoderado que devengaba un jornal diario de \$ 1.50, esta afirmación correspondía demostrarla a su autor; y no al demandado. La presunción del artículo 20 antes citado y comentado, no puede autorizar a destruir la obligación que pesa sobre quien hace una afirmación sin antecedentes conocidos. Y como el Tribunal hizo extensiva esa presunción del artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 al salario mismo que dice el demandante haber devengado, quiere decir que ese Tribunal viola por errónea interpretación el artículo 20 citado, por la misma razón el artículo 66 del Código Civil en sus dos primeros incisos; y por infracción directa, el artículo 1757 del Código Civil, ya que no le dio aplicación a este último texto sustantivo.”

Muy interesante y digna de consideración es la tesis que sostiene el Tribunal de instancia cuando afirma que dando una amplia aplicación al artículo 20 del Decreto 2127, en cuanto establece la presunción del contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal y quien lo recibe, debe igualmente presumirse la cuantía del salario, por ser éste un elemento necesario del contrato. De suerte que si

no existe duda acerca de la existencia del contrato, basta que el asalariado señale esa cuantía para que la presunción obre en su favor, correspondiendo en tal caso la carga de la prueba, para desvirtuar la afirmación del trabajador, al patrono.

Con todo, esta corporación no puede admitir la expresada tesis, porque ella no tiene ningún apoyo legal. Con el mismo criterio podría sostenerse que si el trabajador señala también determinado tiempo de servicio, pero no logra establecerlo en el juicio, el fallador debe forzosamente atenerse a la aseveración del demandante si el demandado no contraprueba sobre el particular. Es decir, que se invierte la carga de la prueba.

A este respecto ya tuvo el Tribunal Supremo ocasión de pronunciarse, en forma explícita en sentencia de fecha mayo treinta y uno (31) de mil novecientos cuarenta y siete (1947) (juicio de Ismael Umaña contra Bernardo Uribe Ochoa).

De suerte que no es exacta la tesis del Tribunal Seccional, y la mejor demostración de ello es que el mismo legislador se ocupa en la actualidad de estudiar fórmulas sobre este particular, lo que indica que no es tan sostenible, dentro de la realidad legal, la opinión del fallador de instancia.

Pero acontece que a tiempo que el Tribunal Seccional se acoge a la presunción del artículo 20 del Decreto 2127 para dar por sentado que el salario devengado por el trabajador Herrera fue de un peso con cincuenta centavos (\$ 1.50), el Juez de primer grado dio como establecida su cuantía por las declaraciones de los testigos Angel Escobar y Wenceslao Cervantes; lo que equivale a decir que el Tribunal desestimó la apreciación del Juez, pues de haberla hallado suficiente no habría sido necesario que buscarse la tesis de la presunción para tal fin. Pero como el recurrente de casación ataca la sentencia del Tribunal y no la de primer grado, forzoso es considerar que para éste no se demostró por el demandante el monto del salario, pues posiblemente por hallar que las declaraciones de los testigos hablan del salario devengado últimamente, encontró deficiente la prueba, en cuanto a todo el tiempo de servicio.

De todo lo cual se desprende que si no se demostró el salario devengado, la condenación para el pago de los días feriados de que trata la Ley 35 de 1939, carece de base suficiente, y como el Tribunal Supremo viene sosteniendo la tesis de que no puede remitirse al procedimiento del artículo 553 del Código Judicial la fijación del tiempo de servicio y del salario, que son cuestiones primordiales que deben ser establecidas en el juicio, síguese de allí que no habiéndose demos-

trado el monto del salario, a juicio del Tribunal, no cabe la condena-
ción en abstracto, y se impondrá la casación de la sentencia también
en esta parte, por falta de prueba.

En mérito de las anteriores consideraciones el Tribunal Supremo
del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Co-
lombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del Tribunal Sec-
cional de Cali, que ha sido objeto del presente recurso, REVOCA el
fallo de primer grado, y, en su lugar, ABSUELVE a la demandada
Inés Salamanca de los cargos de la demanda.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la "Gaceta del Tra-
bajo" y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

LAS PARROQUIAS NO SON PATRONOS EN EL SENTIDO QUE A ESTOS DA EL DERECHO DEL TRABAJO.

Una parroquia de la Iglesia Católica, o de cualquiera otra Iglesia, en cuanto sus actividades se dirijan a cumplir con los fines espirituales o religiosos que les son propios, no tiene en la legislación colombiana el carácter de patrón, porque según ésta, el contrato de trabajo persigue fines económicos, y tiene la calidad de patrón la persona natural o jurídica que explota un negocio, empresa o industria con fines de lucro. Puede darse el caso de que una Iglesia cualquiera explote una finca rural o una casa urbana, de su patrimonio, y en tales casos éstas serían empresas con fines de lucro que le darían a aquélla el carácter de patrón para los efectos de nuestras leyes sociales en relación con los trabajadores que ocupara en esos negocios.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Redacta el Magistrado Jaramillo Arrubla).

Bogotá, noviembre veinte de mil novecientos cuarenta y ocho.

El señor Jesús Betancourt entró a trabajar como organista y cantor en la Parroquia de La Inmaculada, de Manizales, el 15 de marzo de 1933, a razón de sesenta pesos (\$ 60.00) mensuales. Seis meses después fue terminado unilateralmente ese convenio por el Cura Párroco.

El 1º de junio de 1934 fue nuevamente contratado por el Párroco para desempeñar el mismo cargo, con una remuneración de cuarenta pesos (\$ 40.00) mensuales, más un aumento proporcional al número de servicios religiosos en que tuviera que actuar. Poco después fue elevado el sueldo, primero a sesenta pesos (\$ 60.00), después a no-

venta y seis pesos y por último a ciento veinte pesos (\$ 120.00) mensuales.

El 16 de septiembre de 1946 tuvo que hacer dejación del cargo porque el Párroco le disminuyó unilateralmente su asignación mensual.

Durante el tiempo en que trabajó, prestó sus servicios en los días domingos y de fiesta patria, sin recibir remuneración adicional ni descanso compensatorio. Tampoco disfrutó de vacaciones ni le fueron remuneradas. Por último, no le fue reconocida cesantía.

Con base en esos hechos que el apoderado del señor Betancourt narra, instauró demanda contra la Parroquia citada, ante el Juez del Trabajo de Manizales, para obtener el pago de tres mil ciento tres pesos con veintiocho centavos (\$ 3.103.28) por los conceptos indicados, o, en subsidio lo que se probare en el juicio, o que se condenase en abstracto.

El apoderado del Cura Párroco contestó la demanda negando los hechos sustanciales de la acción y en cuanto al retiro del demandante dijo que había sido voluntario. Por eso se opuso a que fuesen hechas las declaraciones solicitadas. Además, propuso las excepciones de carencia de derecho y acción; ilegitimidad de la personería del demandante, por falta de identidad; falta de personería sustantiva de la entidad demandada; falsa representación de la parte demandada; prescripción de las acciones incoadas; inepta demanda y la que resulte de no coincidir los hechos con las peticiones, ni con el derecho implorado.

Tramitado el juicio, fue decidido por el Juez del conocimiento condenando al Presbítero Luis Alfonso Zuluaga, Párroco en ese momento de la iglesia de La Inmaculada —según dice la sentencia— a pagar a Jesús Betancourt las siguientes sumas de dinero: novecientos ochenta y tres pesos con treinta y un centavos (\$ 983.31), por concepto de cesantía; trescientos diez pesos (\$ 310.00), por vacaciones, y cincuenta y tres pesos con veintiocho centavos (\$ 53.28), por días domingos. Es decir, un total de \$ 1.346.59.

Contra dicho fallo interpusieron apelación ambas partes, que decidió el Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales en sentencia de 2 de junio último, por medio de la cual reformó el recurrido y en su lugar condenó a la Parroquia demandada a pagar al actor la suma de mil quinientos ochenta y dos pesos con treinta y cuatro centavos (\$ 1.582.34), por concepto de cesantía, vacaciones, dominicales y festivos patrios.

El apoderado de la parte demandada interpusó el recurso de casación contra esta última sentencia y como fue concedido, admitido y fundado en tiempo, se procede a decidir de su mérito.

LA SENTENCIA ACUSADA

El Tribunal Seccional principia diciendo que están reunidos en el caso de autos los tres elementos constitutivos del contrato de trabajo, o sean, los servicios personales, el salario y la dependencia continuada al patrón. Agrega que tenía el demandante la categoría de empleado particular porque atendía al coro, en cuanto a canto y música, y llevaba libros de contabilidad.

Luégo reconoce el derecho a pagarle cesantía porque no aparecen probadas las causas del despido, que ha debido demostrar el patrón. Y que como al trabajador le basta comprobar la existencia del contrato y que se encuentra despedido o cesante, es justo condenar al pago de cesantía.

En cuanto a vacaciones dice que es jurídico el fallo del Juez y que por lo tanto tiene que acoger la argumentación que éste hizo al respecto.

Acerca de dominicales se aparta del fallo de primer grado, en cuanto reconoció la prescripción de la acción para su cobro desde una fecha determinada, y, en su lugar, dice que debe principiar a contarse la de cuatro años de la Ley 165 de 1941 desde la interrupción de la prescripción por la presentación de su reclamo. La misma objeción formula a la condena del inferior por días de fiesta nacional.

A continuación el Tribunal de Manizales refuta el argumento del apoderado de la Parroquia de que el demandante se rige por las leyes canónicas y no por las civiles, para lo cual cita el Concordato, la Ley 57 de 1887 en su artículo 25 y diversos autores.

Después entra a considerar otro argumento del abogado de la parte demandada, según el cual no existe contrato de trabajo entre la Parroquia y el corista Betancourt. El apoderado en referencia sostiene que ese contrato y las leyes sociales sólo regulan situaciones entre capital y trabajo; que la Iglesia no es una institución de lucro o especulación, pues su misión es puramente espiritual y que por lo tanto no pueden aplicarse al caso sub-judice las normas de los artículos 12 de la Ley 10 de 1934 y 3º del Decreto 652 de 1935, que limitan la obligación de reconocer prestaciones sociales a los patronos

que agrupan las actividades de otras personas para obtener un fin económico, con ánimo de lucro, por lo cual está excluido quien no busca dicha finalidad ni tiene ese ánimo. El Tribunal Seccional contesta a estos argumentos diciendo que en la carta de fs. 25 del expediente, dirigida por el Cura Párroco, Monseñor Darío Márquez, Camarero Secreto de S. S. Pío XI, al corista Betancourt le dice que el sueldo por cada mes será de cuarenta pesos y que cuando produzca más, se partirán el excedente entre ellos. Y le agrega: "Es claro que la moneda se ha rebajado, pero también es cierto que las funciones de la Iglesia no han subido ni se pueden subir porque peor nos va, el camino es mejorar el coro y cantar barato; que talvez así se aumenten las funciones y nos podamos repartir usted y yo algún sobrante." Pero el mismo fallador agrega que esta carta no es el argumento jurídico fundamental para contestar al abogado de la Parroquia, sino que lo es el de que las leyes sociales tienen por fin defender y dignificar a todos los hombres que venden o alquilan su fuerza de trabajo. Continúa diciendo que como el Estado y la Iglesia hay un sinnúmero de instituciones, que no tienen ánimo de lucro y, sin embargo, están obligadas a asegurar el bienestar social de los trabajadores. Y cita, finalmente, algunos párrafos de la Encíclica *Rerum Novarum*.

En otro párrafo, la sentencia recurrida reconoce el error del Juez de primera instancia al condenar al Presbítero Zuluaga, personalmente, como Párroco actual, a pagar las prestaciones sociales de que trata su fallo, pues en la demanda se pide contra la Parroquia y no contra el Párroco, que apenas la representa.

EL RECURSO

Tres cargos se formulan: el primero, como principal, y los dos restantes como subsidiarios.

PRIMER CARGO

Esta acusación principia haciendo consideraciones jurídicas de importancia y concluye señalando diversas disposiciones legales que, en consecuencia, estima infringidas. Se hará un resumen de aquellos argumentos, para transcribir después la parte del cargo que concreta la acusación.

Principia el recurrente transcribiendo la definición de empleado

particular que da el artículo 1º del Decreto 652 de 1935, para los efectos de la Ley 10 de 1934, que reglamenta en cuanto a los derechos de esos trabajadores. Y subraya la parte de esa definición que habla de que la prestación de servicios se verifique “en establecimientos o empresas industriales o comerciales o en oficinas de otra naturaleza”. Continúa con la transcripción de otra definición de ese decreto, la de patrono que da el artículo 3º, para hacer resaltar aquella parte en la que se expresa que por tal se entiende “el empresario o el contratista de una empresa, establecimiento o negocio” de quien dependan una o más personas a su servicio, y también la que da la noción de empresario diciendo que es “la persona, natural o jurídica, que agrupe las actividades de otras para obtener un fin económico con ánimo de lucro, en forma, más o menos, permanente y en beneficio propio”. Después destaca lo dispuesto por los artículos 13, 14, letra c) y 18 de la Ley 10 de 1934, en cuanto establecen las obligaciones del “patrono” de dar vacaciones en época que él fije y de pagar cesantía cuando da por terminado el contrato sin justa causa.

Luégo agrega al cargo que según el artículo 28 del Código Civil las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, pero cuando el legislador las haya definido para ciertas materias “se les dará en ésta su significado legal”. Por lo cual arguye que a la palabra **patrono** debe dársele el sentido de la definición del artículo 3º del Decreto 652 citado, para los efectos de las prestaciones a su cargo, como cesantía y vacaciones remuneradas.

Sigue el recurrente en la exposición de su cargo con la transcripción del artículo 13 de la Ley 10 de 1934, que ordena a la oficina General del Trabajo redactar un modelo de contrato de trabajo, cuyos términos se observarán cuando no consta por escrito, por presumirse en ese caso celebrado de acuerdo con dicho modelo. Y agrega que de acuerdo con esa disposición aquella oficina elaboró el formulario de contrato, del cual destaca las cláusulas primera, segunda y tercera, en cuanto hablan de los “fines económicos que persigue el patrono en su empresa”, de “sus posibles utilidades y provechos” y de los “fines de recíproca utilidad económica” que persigue el contrato de trabajo.

Después transcribe unos apartes de unas sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Superior de Bogotá, en la que aquella alta corporación dice que el contrato de trabajo “forma la base de la organización actual, económica e industrial”, y ésta niega a la Parroquia de Chía, en un juicio que le siguió Manuel Tovar, el carácter de patrono.

Expresa luégo que toda la anterior doctrina legal y jurisprudencia

cial encuentra confirmación en disposiciones legales posteriores, como la Ley 6ª de 1945 en sus artículos 12 y 13 que gradúan las prestaciones patronales **según el capital de las empresas**; el artículo 53 del Decreto 2127 del mismo año, según el cual se entiende por sustitución de patrono toda mutación del dominio **sobre la empresa o negocio**, o de su régimen de administración; y, finalmente, el artículo 6º de la Ley 64 de 1946 que establece que “para los efectos de las indemnizaciones y prestaciones sociales, **se entiende por empresa o patrono toda unidad de explotación económica, o las varias unidades dependientes de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades económicas similares o conexas**”.

Por estas razones, el recurrente concluye diciendo que la Iglesia Católica, por sus fines puramente espirituales, no puede ser calificada legalmente de patrono y, por consiguiente, no le son aplicables las disposiciones sobre cesantía y vacaciones remuneradas.

En cuanto a las disposiciones legales sobre descanso dominical, observa el cargo que las Leyes 57 de 1927, 72 de 1931, 6ª de 1945 lo mismo que las del Decreto 1278 de 1931, expresamente se refieren a empresas comerciales, industriales o agrícolas, entre las cuales no está ni puede estar comprendida la Iglesia Católica.

Y concluye así el cargo:

“De lo que se ha expresado se desprende:

“Que entre el demandante y la entidad demandada no se formaron las relaciones jurídicas correspondientes a la celebración de un contrato de trabajo.

“Que la entidad demandada no es, legalmente, un patrono y no puede en consecuencia ser condenada al cumplimiento de las prestaciones patronales ordenadas en la legislación social.

“En consecuencia, el fallo que es objeto del recurso quebranta las siguientes disposiciones legales:

“a) Los artículos 13 de la Ley 10 de 1934 y 1º de la Ley 6ª de 1945, directamente, por haber decidido que entre el demandante y la parte demandada se celebró un contrato de trabajo;

“b) Los artículos 3º del Decreto 652 de 1935 y 6º de la Ley 64 de 1946, directamente, por haber resuelto, contra lo que esos textos expresamente disponen, que la Parroquia demandada tiene jurídicamente el carácter de patrono;

“c) Los artículos 14 de la Ley 10 de 1934, 13 y 18 del Decreto 652 de 1935, 12 y siguientes de la Ley 6ª de 1945, 1º de la Ley 72 de 1931, 1º y 5º de la Ley 57 de 1926, 1º, 9º y 10 del Decreto 1278 de 1931, 7º de la Ley 6ª de 1945 por haber condenado a la entidad de-

mandada con fundamento en ellos, es decir, por haberlos aplicado al caso del pleito, sin ser aplicables.”

Se estudia el cargo.

Es elemental la consideración de que en todo contrato de trabajo hay dos sujetos: el patrono y el trabajador.

La doctrina y las legislaciones han tratado de esclarecer esas dos nociones, para fijar al mismo tiempo el concepto de dicho contrato y sus efectos.

En nuestro país, la Ley 10 de 1934, en el inciso 2º de su artículo 12, dijo que “se entiende por patrono la persona por cuya cuenta se realice el trabajo del empleado”. Y el Decreto número 652 de 1935, que la reglamenta, explicó esa noción diciendo: “Se entiende por patrono el dueño, el **empresario** o el contratista de una empresa, establecimiento o negocio de quien dependen una o más personas que trabajan a su servicio”. Y agregó: “Entiéndese por **empresario** la persona, natural o jurídica, que agrupa las actividades de otras para obtener un fin económico con ánimo de lucro, en forma más o menos permanente y en beneficio propio.”

Por su parte, el parágrafo 2º del artículo 13 de la citada Ley 10 de 1934 dispuso que la Oficina General del Trabajo redactara y publicara un modelo de contrato de trabajo, cuyos términos generales se observarían y conforme al cual se presumiría celebrado ese convenio, en caso de no constar por escrito. Y de acuerdo con esa autorización, fue redactado el modelo aprobado el 6 de abril del año siguiente, en el cual constan estas cláusulas: Primera: “Empleado se obliga a incorporar su capacidad normal de trabajo en el desempeño de las funciones de (nombre del puesto que debe desempeñar), que son necesarias en la realización de los fines económicos que persigue el patrono en su empresa.....” Segunda: Por esa incorporación de trabajo en las funciones ordinarias de empleado, se estipula a su favor la compensación mensual..... y habiéndose consultado los siguientes factores:c) Las circunstancias económicas actuales de la empresa o patrono; e) Las posibles utilidades y provechos que el patrono va a derivar de su empresa..... Tercera: Dados los fines de recíproca utilidad económica que persigue este contrato de trabajo, su duración.....”

Con posterioridad, la Ley 6ª de 1945, en sus artículos 12 y 13, reguló las prestaciones a cargo de los patronos y a favor de sus trabajadores, de acuerdo con el capital de las empresas o industrias. Y, por último, la Ley 64 de 1946, en sus artículos 6º y 7º dijo qué se entendía por patrono o empresa para los efectos de las indemnizacio-

nes y prestaciones sociales, y qué por capital de los mismos y para iguales efectos. Dicen estos dos últimos artículos:

“Para los efectos de las indemnizaciones y prestaciones sociales, se entiende por empresa o patrono toda unidad de explotación económica, o las varias unidades dependientes de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades económicas similares o conexas.” Y el otro: “Entiéndese por capital de una empresa o patrono para los efectos de indemnizaciones o prestaciones sociales, el valor del patrimonio gravable liquidado en el último año inmediatamente anterior, sin perjuicio de prueba en contrario.”

Estas son las disposiciones de carácter general de mayor importancia sobre la noción de patrono o empresa en nuestra legislación y acerca de los fines que persigue el contrato de trabajo, pues si es verdad que otros preceptos legales han circunscrito algunas prestaciones, derechos o beneficios a industrias o empresas determinadas (como la Resolución número 1 de 1934, sobre jornada máxima de trabajo o la Ley 57 de 1915 sobre accidentes de trabajo), por ser estas normas particulares sólo se citan como apoyo de las de carácter general arriba mencionadas. Pero también coadyudan estas últimas a configurar las nociones de aquéllas.

Del simple análisis de los preceptos legales citados y de las cláusulas del modelo de contrato de trabajo con los empleados particulares que en lo pertinente se dejaron transcritas, se deduce con facilidad que la legislación colombiana ha estimado que el contrato de trabajo persigue fines económicos, y que tiene la calidad de patrón aquella persona, natural o jurídica, que explota un negocio, empresa o industria con ánimo de lucro.

Estos conceptos no se apartan de la finalidad que persigue el Derecho del Trabajo, sino que, por el contrario, la explican. En efecto, se ha dicho por la doctrina, por los expositores de estas materias, que el nuevo derecho es un “conjunto de principios teróricos y de normas positivas que regulan las relaciones entre el capital y el trabajo” (Antokoletz, página 13). Por eso que también se haya expuesto por otros tratadistas que “el concepto de empresa es esencial al derecho individual del trabajo, pues en ella es donde se realiza” (De la Cueva, página 368, García Martínez, página 31).

Y es que el Derecho del Trabajo tuvo un claro origen económico que ha continuado informando sus disposiciones. Naturalmente que con el correr del tiempo ha ampliado su radio de acción, “tanto en razón de las personas que protege como de las materias que abarca”, para usar la expresión del autor primeramente citado. Y así

se ha ido extendiendo desde los obreros manuales hasta los trabajadores intelectuales.

Pero no hay lugar a dudas de que este derecho tiene "un contenido esencialmente económico", como dice De la Cueva, y de allí que muchos de sus conceptos tengan un claro sentido de esta última naturaleza. Uno de ellos es el de empresa o patrón, no sólo en la legislación colombiana que se dejó transcrita, sino también en la doctrina. Por ejemplo, el mismo autor que acaba de citarse dice que por empresa, "en un sentido económico, se entiende, por regla general, la organización de los dos factores de la producción, capital y trabajo, para la realización de efectos económicos" (página 361). De modo que por eso se explica fácilmente la noción de patrón y de empresa que dan la doctrina del Derecho del Trabajo y nuestras leyes y que están tomadas del obvio sentido que de ellas dan las ciencias económicas.

Así lo reconoce también la doctrina italiana sobre la relación de trabajo, al establecer un nuevo elemento distintivo de ella, la "colaboración en el negocio", que, al decir de la llamada Exposición Orlando, es "sacado de la íntima naturaleza económica del contrato de trabajo" (De Litala, página 20).

Por otra parte, el I Congreso Brasileño de Derecho Social de 1943, adoptó una resolución según la cual "la empresa es una entidad autónoma, de fines económicos y de carácter institucional, en la cual se establecen relaciones de colaboración y subordinación entre el empresario y el personal de la empresa" (citada por Deveali, en su artículo "Situación jurídica del socio empleado", revista "Derecho del Trabajo" número 9, de septiembre de 1946). Aunque no es fácil compartir la noción de que la empresa tenga un carácter institucional, pero si la de su finalidad económica.

Dice De la Cueva, al hablar en la página 404 de su obra citada de "la esencia de la relación de trabajo" que contrato de trabajo es "aquel por el cual una persona, mediante el pago de la retribución correspondiente, subordina su fuerza de trabajo al servicio de los fines de la empresa" (subraya). Y agrega: "El concepto empresa se toma en el sentido amplísimo que le da Barassi y que concuerda con el que en otro capítulo proporcionamos, a saber, como sinónimo de organización de los factores de la producción, capital y trabajo, en manos del empresario; y dentro de él quedan incluídas, tanto la empresa industrial, como la agrícola y la comercial". Y éstas son las mismas nociones que desarrolla en las páginas 361, 368, 395 y 403 de su obra citada.

En la primera de ellas dice que “para la existencia de la empresa se requiere la combinación de los dos factores capital y trabajo”. En la segunda, dice que “el concepto de empresa es esencial al derecho individual del trabajo, pues en ella es donde se realiza”. En la tercera dice cómo los dos factores de la producción, capital y trabajo, intervienen y, el segundo, se ve subordinado al primero, por lo cual el contrato de trabajo es el relativo al trabajo subordinado. Y en la cuarta de esas páginas tiene la definición de empresa de Barassi, según el cual ésta “es la organización de los factores de la producción concentrada en una persona, que lo mismo puede ser física que jurídica; dentro de la producción tiene el empresario a su disposición, o lo que es lo mismo, se encuentran subordinados a él, los dos elementos de la producción, capital y trabajo”. Esa definición de empresa de Barassi, la traen los señores García Martínez, así: “La empresa es la coordinación de los factores de la producción (capital, trabajo, técnica), en las manos del empresario” (página 174 de su libro “El contrato de trabajo”).

Para la dilucidación de este problema no importa la denominación que se dé, sino el sentido de los vocablos. De nada sirve llamar al patrón, “principal”, dador de trabajo”, “dador de empleo”, “empresario”, “locatario”, “acreedor de trabajo” o “patrono”, según los distintos autores y legislaciones, si no se acuerda su preciso significado. Para la legislación colombiana, según se vio, son sinónimos patrono y empresa, y tienen el alcance que las disposiciones transcritas establecen.

En cuanto al concepto de trabajador, la doctrina y las legislaciones han ido haciéndolo cada día más amplio de modo que se cumple así una de las notas ya observadas en el Derecho del Trabajo, cual es la de que extiende cada vez más su radio de acción no sólo en cuanto a las materias sino también en cuanto a las personas que comprende. Por ejemplo, ya se ha ido incluyendo dentro de dicha noción de trabajador, tomada en el sentido del nuevo derecho, y más concretamente en el de uno de los sujetos del contrato de trabajo, a los criados domésticos y a las profesiones liberales. Pero es natural que estos avances de la doctrina tengan que ser refrendados por la legislación, en los casos en que no pueda resolver claramente la situación la jurisprudencia. Porque cuando no haya norma legal que impida una interpretación, pueden los jueces, por vía de doctrina, entender el concepto de trabajador en forma amplia. Pero en el caso presente de los cantores o coristas de una parroquia, es decir, de personas que prestan servicios personales a entidades de la Iglesia Ca-

tólica, para los fines del culto, se encuentra el precepto expreso de la legislación positiva que define claramente al “patrón”, y, por lo tanto, la interpretación judicial no puede ir más allá de la norma legal, ni contra ella, para lograr una concepción distinta, sino que su deber es acatarla y cumplirla.

En este orden de ideas, también algunos expositores han querido hacer todavía más general en este derecho el concepto de “trabajo”, para no circunscribirlo sólo al llamado “elemento de la producción”, sino también hacerlo extensivo a todo trabajo, sin consideración a su sentido económico o biológico, es decir, como lo expone Krotoschin, que se entienda por tal, para los efectos del Derecho Laboral, “cualquier actividad humana, sea manual o intelectual, que una persona física hace conscientemente y con miras a un fin determinado” (página 60). Y seguramente hasta allá llegará la legislación en no lejano día. Pero mientras tanto, se debe estimar por “trabajo”, para esos efectos, lo que por tal ha entendido “la mayor parte de la doctrina”, a decir del mismo autor, y que no es otra cosa que “aquel fenómeno de la vida social que **como elemento de la producción** (es decir en su sentido económico, como en la legislación colombiana), consiste en la actividad dependiente (subordinada), prestada por determinadas personas (trabajadores) al servicio de otras (patrones)” (página 3). Es decir, debe partirse de la noción de contrato de trabajo.

Como puede observarse, el contrato individual de trabajo, según la precisa expresión de De la Cueva, “continúa siendo la institución fundamental” del Derecho del Trabajo, “por la razón evidente de que es la que determina su aplicación”, y como él mismo agrega, “las categorías de patrono y trabajador sólo pueden entenderse en función de dicho contrato” (página 373).

Por lo tanto, sólo puede haber “patrón”, en el sentido del Derecho del Trabajo, donde haya contrato de la misma naturaleza y, viceversa, porque es uno de los sujetos esenciales de dicho convenio. De modo que si por ley una persona no adquiere el carácter de patrón, por no reunir los requisitos exigidos al efecto, no puede entenderse tampoco y, por consiguiente, que los contratos que celebre con otras personas para la prestación de servicios personales sean contratos de trabajo.

Se llena así la finalidad del Derecho del Trabajo, ya anotada, de regular las relaciones entre capital y trabajo, que para Krotoschin se cumple superando la lucha de clases (página 7).

Se concluye de lo expuesto que una Parroquia de la Iglesia Ca-

tólica, o de cualquiera otra Iglesia, en cuanto sus actividades se dirijan a cumplir con los fines espirituales o religiosos que les son propios, no puede tener en la legislación colombiana, ni tiene el carácter de "patrón" para los efectos del Derecho del Trabajo, o más concretamente, para los del contrato de trabajo, y de los derechos y obligaciones que emanan de dicho contrato, por cuanto sólo adquieren esa calidad los dueños de empresas o industrias o éstas cuando explotan económicamente un negocio o desarrollan una actividad con ánimo de lucro.

Pero puede darse el caso, por ejemplo, de que una Iglesia cualquiera explote económicamente una finca rural o una casa urbana, de su patrimonio, y en tales casos éstas serían empresas con fines de lucro que le darían a aquélla el carácter de patrón para los efectos de nuestras leyes sociales en relación con los trabajadores que ocupara en esos negocios. Debe, pues, distinguirse entre las actividades eclesiásticas de fines espirituales, como las atañaderas al culto y demás de carácter religioso, y aquéllas, que, distintas de éstas, denoten un interés de ganancia, como los negocios o explotaciones económicas iguales o similares a los de los particulares, seculares o legos. En el primer caso la Iglesia o las entidades eclesiásticas no serían patronos o empresas en el sentido de la doctrina y de la legislación laboral, más si en el segundo.

Para los efectos del artículo 3º del Decreto 652 de 1935 no es patrono una Parroquia porque no es ella la dueña del templo en donde se prestan los servicios religiosos, ni es empresaria de él porque sus fines son meramente espirituales, ni menos contratista o intermediaria porque esta calidad es completamente ajena a sus actividades, en el sentido que le da dicha disposición.

Tampoco lo es para los efectos de la sustitución de patrono que prevén y definen la Ley 64 de 1946 y el Decreto 2127 de 1945, como "toda mutación del dominio sobre la empresa o negocio o de su régimen de administración", en cuanto a sus fines espirituales, a los servicios del culto y demás actividades religiosas o eclesiásticas, no sólo porque aquella noción reafirma la tradición de la legislación colombiana de que el contrato de trabajo tiene finalidades económicas al hablar de cambio de la empresa o negocio, sino también porque resulta absurdo que una Parroquia, que no explota con los templos, seminarios, casas curales y cementerios ningún negocio o industria, con ánimo de lucro, dé lugar a la posibilidad de que se opere esa figura jurídica con el simple cambio de un Párroco por otro, ya que es absurdo considerar la situación de una mutación de su dominio como Parro-

quia, de unas manos a otras, como las empresas, industrias o negocios.

Este aspecto fundamental de la sustitución de patrono, ni ninguno de los anteriores sobre la definición de patrono, fue contemplado por el Tribunal de Manizales en su sentencia, no obstante que el apoderado de la Parroquia formuló alegaciones con base en distintas normas legales al respecto, que el sentenciador de segunda instancia no consideró siquiera superficialmente, ni menos mencionó en ninguna forma. Y hubiera sido de interés que lo hubiera hecho, especialmente porque el corista Betancour fue contratado por el Párroco Monseñor Márquez y después fue nombrado para regentar esa Parroquia el Presbítero Zuluaga, que fue quien afrontó el litigio. Es decir, debió haber estudiado el fallador de instancia si en ese caso se operó la sustitución de patrono que estableció el derecho del trabajo, pero no hizo ninguna consideración sobre el particular tampoco. Pero ya esta corporación dejó dicho en los párrafos anteriores cómo y por qué, y con base en cuál disposición legal expresa y especial, no se puede hablar en este caso de la ocurrencia de esa figura jurídica.

Es también evidente que no podría hablarse de capital graduable de una Parroquia, en cuanto a sus fines espirituales o actividades religiosas, para el pago de las prestaciones sociales establecidas por los artículos 12 y 13 de la Ley 6ª de 1945, que de modo expreso fijan la tarifa o porcentaje que corresponde a cada empresa o patrón, según su capital. Pero sí lo serían sus explotaciones económicas, en los casos en que las posea.

Bien es cierto que la Ley 64 de 1946, última en nuestra legislación que define las voces empresa o patrón, para los efectos de las prestaciones o indemnizaciones sociales, fue proferida después del retiro del corista Betancour, pero las disposiciones anteriores que atrás se consideraron bastaban por sí solas para llegar a la misma conclusión de aquélla. Además, ya dicha ley estaba en vigencia cuando el Tribunal de Manizales profirió su fallo, de modo que por lo menos como doctrina legal le hubiera servido para dictarlo.

Pudiera decirse, aunque no se ha alegado aquí, que en la legislación canónica está contemplada la situación que se discute.

Es cierto que de acuerdo con nuestras leyes y con el Concordato vigente entre la Nación y la Santa Sede, "la legislación canónica es independiente de la civil, y no forma parte de ésta, pero será solemnemente respetada por las autoridades de la República" (arts. 16

de la Ley 153 de 1887 y 3º del Concordato, aprobado por la Ley 35 de 1888).

Y en esa legislación canónica, o más claramente, en el Código Canónico, sólo se encuentran tres normas que pueden referirse al problema debatido y son los cánones 1185, 1524 y 1529.

El último de ellos dispone lo siguiente: "Todas aquellas cosas que el derecho civil del territorio estableciese sobre los contratos, ya en general, ya en especial, ya nominados, ya innominados, y de la relajación de los contratos, guárdase por derecho canónico en materias eclesiásticas con los mismos efectos a no ser contrarios al derecho divino, o se provea otra cosa en el derecho canónico." Es decir, que en cuanto a los contratos de derecho común el derecho canónico respeta la legislación civil y dispone aplicarla, salvo cuando ésta sea contraria al derecho divino o haya norma especial en el canónico.

Por consiguiente, es necesario analizar si sobre el contrato de trabajo dispone algo el Código Canónico. Sólo se encuentra que puedan referirse a esa relación laboral los cánones 1185 y 1524 citados. En éste se dice lo siguiente: "Todos, mayormente los clérigos, religiosos y administradores de bienes eclesiásticos, al alquilar trabajadores deben dar a éstos un salario honesto y justo; procurar que se dediquen a la piedad un espacio conveniente de tiempo; no apartarlos en manera alguna del cuidado de su casa, ni de la práctica del ahorro, ni imponerles trabajos superiores a sus fuerzas, ni de un linaje tal que desdiga de su edad y sexo."

Y el 1185 es de este tenor: "El sacristán, cantores, organistas, niños de coro, campanero, enterradores y demás sirvientes de la Iglesia son nombrados, dirigidos y depuestos únicamente por el Rector de la Iglesia, salvando las legítimas costumbres y conciertos, y la autoridad del Ordinario."

El primero de estos cánones, al decir que pueden los clérigos, religiosos y administradores de bienes eclesiásticos "alquilar" trabajadores, está diciendo que pueden ellos celebrar contratos de trabajo, pues aquí el Código Canónico emplea la noción romana de contrato de arrendamiento de servicios que de acuerdo con nuestra legislación laboral ha sido sustituido por el contrato de trabajo. Y ese contrato tiene lugar en aquellas actividades de finalidades económicas de la Iglesia o meramente temporales, según nuestra legislación.

En cuanto al segundo cánón que acaba de transcribirse, acerca del nombramiento, dirección y destitución de sacristanes, cantores, organistas, niños de coro, campaneros, enterraderos, etc., que le atribuye al Rector de la Iglesia, se tiene que las actividades de dichas

personas contribuyen directamente al cumplimiento de los fines espirituales de la Iglesia, están adscritas al culto, o a actividades religiosas o eclesiásticas, de modo que por eso la disposición dé la plena dirección de ella al Párroco respectivo, y por consiguiente, obliga a aquéllas a la correspondiente obediencia o subordinación.

Es claro que tratándose de trabajo subordinado como el que esos empleados prestan, deberá la legislación protegerlos en la misma forma que a quienes trabajan en empresas de carácter o fines de lucro y con el mismo criterio de justicia que se ha aplicado aún a aquellos como los criados domésticos que no prestan sus servicios en unidades de explotación económica.

No obsta lo anterior para que la Iglesia otorgue voluntariamente prestaciones sociales a esos seglares que le sirven en sus oficios puramente religiosos, pues la ley se las concede a quienes prestan sus servicios en actividades diferentes como las que impliquen lucro, distintas del culto, y ya se ha dado el caso de otorgarlas voluntariamente a aquéllos en la Arquidiócesis de Medellín, por ejemplo, según decreto del señor Arzobispo de fecha 24 de septiembre último, cuyos considerandos conviene destacar y dicen así:

“Nos, Joaquín García, por la gracia de Dios y voluntad de la Santa Sede Apostólica, Arzobispo de Medellín,

“CONSIDERANDO:”

“Que corresponde al Ordinario del lugar vigilar cuanto atañe a la administración de los bienes eclesiásticos, dar oportunas instrucciones, señalar la aplicación de los bienes a lo que se destinan, adoptar las medidas a que se han de atener los administradores inferiores (canon 1519).”

“Que la Iglesia Católica en general, tiene el derecho de administrar sus bienes libre e independientemente de la potestad civil y conforme a las leyes canónicas (canon 1495), lo que reconoce, en su artículo quinto, el Concordato vigente en Colombia.”

“Que según el canon 1185 hay legos legítimamente adscritos a la Iglesia, como sacristanes, sochantres, sepultureros, etc.”

“Que el canon 1524 dispone que en los contratos de trabajo se debe asignar a los obreros un salario decoroso y justo,”

“Que la legislación colombiana de carácter social define bien qué se ha entender por ‘empresa’ para los efectos de prestaciones e indemnizaciones sociales, cuando en el artículo 6º de la Ley 64 de 1946, afirma que, ‘para los efectos de las indemnizaciones y pres-

taciones sociales, se entiende por empresa o patrono toda unidad de explotación económica, o las varias unidades, dependientes de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades económicas similares o conexas’.”

“Que de acuerdo con esa norma las entidades eclesiásticas, y particularmente las Parroquias, no tienen obligación legal de pagar prestaciones e indemnizaciones de orden social, ya que en manera alguna ellas persiguen una utilidad económica, sino que están dedicadas a buscar, con medios espirituales, la salvación de las almas.”

“Que el Departamento Nacional del Trabajo considera igualmente empresa, las entidades, instituciones y organizaciones que sean de carácter industrial, comercial u oficial que realicen actividades de índole económico destinadas a la satisfacción de necesidades materiales o inmateriales” (concepto de 7 de abril de 1941. Boletín 81, página 91).”

“Que la V Conferencia Episcopal de 1948 dispuso que, para evitar enojosos pleitos sobre este particular, se provea al pago voluntario de cesantía y vacaciones remuneradas, de conformidad con lo que en cada lugar determine el respectivo Ordinario.”

“Que en armonía con sus posibilidades económicas, las parroquias deben mirar por el bienestar de sus servidores.”

“Que es necesario, de acuerdo con los CONSIDERANDOS anteriores, fijar la conducta que se debe seguir en la Arquidiócesis de Medellín en asuntos de esta índole.”

Y concluye decretando que los Párrocos celebrarán por escrito un contrato con sus empleados eclesiásticos, como sacristanes, sepultureros, organistas, cantores, etc., fijando la jornada máxima de ellos, salvo la del sacristán que se considera de confianza; concediendo vacaciones y cesantía en los casos y por la cuantía que determina y estableciendo que los reclamos o diferencias graves que ocurran serán sometidos al Ordinario, sin lugar a apelación. En este aparte del decreto se razona así: “Esta condición es indispensable para firmar el contrato a que se refiere este decreto; por lo tanto, ambas partes se comprometerán a no acudir en ningún caso a la autoridad civil, puesto que se trata de asunto netamente eclesiástico y claramente reglamentado por la autoridad del Ordinario.” (Artículo 10).

Esclarecido lo anterior, sólo resta considerar que por no haber existido contrato de trabajo entre el corista Betancourt y la Parroquia demandada porque sus servicios se refieren al culto, a actividades religiosas de fines espirituales, no tiene derecho a ninguna de las prestaciones o sumas de dinero que demanda, ya que todas ellas

tienen su razón de ser en el contrato de aquella naturaleza, de modo que donde éste no surja aquéllas tampoco pueden existir.

Para terminar, el Tribunal desea aclarar al fallador de segunda instancia que el Estado tiene a su cargo las prestaciones sociales que por ley se ha impuesto él mismo en favor de sus servidores, pero no porque tenga un vínculo contractual con ellos. Sabido es que esa relación es de servicio público y que sólo por excepción, en los casos señalados expresamente por el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, puede llamársele patrón.

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 el fallo recurrido, proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales el dos de junio del año pasado, REVOCA el de primera instancia, y, en su lugar, ABSUELVE a la Parroquia de La Inmaculada Concepción, de Manizales, de los cargos que le formuló el demandante Jesús Betancourt Cock.

Sin costas.

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. — Bertha Salazar Velasco, Oficial Mayor.

MEDIO NUEVO EN CASACION. PENSION DE JUBILACION. ERROR DE DERECHO

Una cuestión que no ha sido objeto de controversia al través de las instancias del juicio, y que no se contempla en la sentencia acusada no puede alegarse después en el recurso de casación para atacar por este medio la providencia recurrida. Solamente cuando se trata de motivos de orden público, por no ser renunciables los derechos que del mismo dimanar.

El reconocimiento de la pensión de jubilación no está sometido a ninguna condición respecto a la conducta del trabajador.

El error de derecho no cabe en materia laboral sino en el caso de que se reconozca o deje de reconocerse a una prueba el mérito legal que le corresponde, habida consideración del medio probatorio que se utilice al efecto. Es decir, que sólo cuando trate de establecerse un hecho con un medio de prueba distinto del que la misma ley señala, por exigirse al efecto determinadas solemnidades, puede acusarse por error de derecho, pues como en los juicios laborales no existe la tarifa legal de pruebas, y el fallador forma su convencimiento libremente, no es viable el error de derecho en otras circunstancias.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía).

Bogotá, noviembre veintidós de mil novecientos cuarenta y ocho.

Arturo Ramírez Bustos demandó ante el Juez del Trabajo de Armero a la empresa The Dorada Railway Co., con el objeto de obtener que le reconociese el derecho a percibir jubilación como trabajador que fue de ella, durante un lapso superior a veinte años. Pidió

también el reconocimiento del pago de vacaciones, dominicales, remuneración por trabajo en días feriados y las costas del juicio.

Fundó su derecho en las disposiciones de las Leyes 1ª de 1932, 49 de 1943, 53 de 1945, 6ª de 1945, Decreto 1471 de 1932, Ley 10 de 1934, Ley 57 de 1926, 72 de 1931, 38 de 1937 y 35 de 1939.

Alegó el demandante como hechos sustentadores de su demanda que trabajó en la empresa citada por lapso mayor de veinte años; que el último sueldo devengado fue de \$ 125.00 y que al ser despedido de ella tenía una edad que pasaba de 58 años. Dijo que desde noviembre de 1941 solicitó el reconocimiento de pensión de jubilación. Además, afirmó que había trabajado en días domingos y feriados civiles sin recibir la remuneración del caso.

La empresa demandada negó el derecho del demandante en consideración a que el trabajador fue despedido por haberse establecido su mala conducta en el manejo de los intereses puestos bajo su cuidado, y haber reconocido en documento que obra en autos una deuda proveniente de dineros pertenecientes al Ferrocarril de La Dorada, obtenidos en forma que se estimó ilícita por aquélla, en cuantía de cuatro mil quinientos trece pesos con veinticinco centavos (\$ 4.513.25).

El apoderado de la parte demandada negó algunos de los hechos de la demanda, pero hizo especial hincapié en la falta de derecho de parte del actor para obtener la jubilación por haber cometido el delito de abuso de confianza. Por ello presentó un documento en que consta que el demandante retuvo indebidamente sumas de propiedad de la empresa. Opuso la excepción de dolo y con respecto a las otras prestaciones solicitadas la de prescripción.

Cumplida la tramitación del caso sobrevino la sentencia de fecha 23 de noviembre de 1946 y por medio de ella se condenó a la empresa demandada a pagar a Ramírez Bustos una pensión vitalicia de jubilación de cien pesos (\$ 100.00) mensuales; además la suma de cinco mil seiscientos pesos (\$ 5.600.00) por concepto de pensiones vencidas y no pagadas desde el primero (1º) de diciembre de 1941 hasta el primero de septiembre de 1946. Dispuso también que la empresa pague al demandante el valor de las cuotas mensuales de jubilación desde septiembre de 1946, época en que se notificó la demanda, hasta el día de la ejecutoria de la sentencia. Absolvió del pago de vacaciones y declaró probada la excepción de prescripción en lo relativo a dominicales y feriados.

No conforme la empresa demandada con la decisión del Juez de primer grado, recurrió para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales, de donde fue remitido el negocio al Seccional de

Ibagué, entidad que con fecha quince de noviembre del año pasado profirió sentencia, por medio de la cual se confirmó la de primera instancia en lo tocante a la jubilación pedida. La revocó en cuanto a la petición de vacaciones, por considerar que se hallaban prescriptas.

EL RECURSO

Contra esta sentencia del Tribunal Seccional de Ibagué se interpuso el recurso de casación, el cual ha sido tramitado en debida forma, y se va a decidir mediante algunas consideraciones.

LA DEMANDA

El recurrente acusa la sentencia en los siguientes términos:

PRIMER CARGO

SEXTA CAUSAL DE CASACION

“Invoco primeramente la sexta causal de casación, fijada en el artículo 520 del Código Judicial, y acuso el fallo por no haberse declarado en él la nulidad de lo actuado en el juicio a partir de la notificación de la demanda.”

“Notificóse en efecto, esa demanda al señor Alejandro Kippen, cuyo poder no era sino para cuando el señor John Hope Blackett se hallara fuera de Colombia, y ni entonces se comprobó ni se ha demostrado posteriormente el cumplimiento de esa condición, a que se ha hallado sujeta la representación de esa compañía por parte del señor Kippen. Que el representante de la compañía demandada en Colombia era el señor Blackett aparece en el punto 3º del certificado expedido por la Cámara de Comercio de Honda a 29 de julio de 1946, sobre la inscripción del poder que éste ha venido ejerciendo (c. 1º, fol. 26), y en el punto 4º de este mismo certificado consta que la delegación del poder, hecha en el primero es “por todo el tiempo en que el compareciente Blackett permanezca ausente del país”. “Por manera que el señor Kippen no puede ser mirado como representante de aquella Compañía sino en cuanto se halle demostrado que en el momento de que se trata, el señor Blackett se hallaba fuera de Colombia, y la prueba de ello no se ha dado, repito, con relación al tiempo en que fue notificada la demanda.”

Después de hacer algunas consideraciones sobre el hecho alegado termina diciendo lo siguiente:

“Si, pues, no se ha comprobado que al notificarse la demanda al señor Blackett se hallara fuera del país, ni por lo tanto, que el señor Kippen fuera a la sazón el representante de la Compañía en Colombia, se concluye que lo actuado en el juicio adolece de nulidad, por ilegitimidad de la personería de la parte demandada, con arreglo al ordinal 2º del artículo 448 del Código de Procedimiento Civil. A mi modo de ver, no es que haya ocurrido el evento de falta de citación o emplazamiento en la forma legal de la persona que haya debido ser llamada al juicio, a que se refiere el ordinal 3º del mismo artículo; más, **ad cautelam**, y por si el texto pertinente fuere el últimamente citado, y no el ordinal 2º, acuso el fallo por no haberse declarado la nulidad a que este mismo ordinal 3º concierne.”

Se examina el cargo.

Ni en el texto de la sentencia acusada ni en parte alguna del expediente hay constancia de que se haya debatido la cuestión que la demanda de casación plantea, alrededor de la personería de la parte demandada. Muy al contrario, una vez notificado el señor Alejandro Kippen de la demanda promovida por el trabajador Ramírez Bustos, confirió poder para que se le representase en el juicio, y lo hizo en su calidad de apoderado de la empresa demandada. Y si en la contestación de la demanda, ni en las audiencias, ni en los alegatos ni en ningún otro acto hay siquiera la referencia a la falta de personería del expresado Kippen para llevar la representación de The Dorada Railway Co. No se presentó la excepción de ilegitimidad de la personería, y por lo mismo la sentencia que es materia del recurso no se ocupa siquiera de tal asunto.

Quiere decir lo anterior que se trata de un medio nuevo, que no es de recibo en casación, según la reiterada doctrina de los Tribunales. Una cuestión que no ha sido objeto de controversia al través de las instancias del juicio, y que no se contempla en la sentencia acusada no puede alegarse después en el recurso de casación para atacar por este medio la providencia recurrida. Solamente cuando se trata de motivos de orden público, por no ser renunciables los derechos que del mismo dimanar. En el recurso extraordinario de casación es la sentencia misma la que se impugna, obligando su confrontación con la ley, para deducir si está dentro de sus términos o ha llegado a quebrantarla en cualquier forma. Si, pues, la sentencia no examina el punto relativo a la personería de una de las partes para comparecer en el proceso, por no haberse planteado en ningún momento el problema, mediante la presentación de la respectiva ex-

capción, no es dable alegar el vicio en la constitución de la relación procesal (vicio in procedendo) tardíamente.

No es necesario hacer a este respecto más consideraciones ya que la jurisprudencia en este particular es uniforme y no admite dudas de ningún género.

Se desecha el cargo.

SEGUNDO CARGO

Plantea el recurrente en este cargo la cuestión relativa al derecho que pueda tener a reclamar la jubilación el trabajador que haya desfalcado al patrono y sostiene que como el demandante Ramírez Bustos confesó haberse apropiado de alguna cantidad de propiedad de la empresa demandada, en forma ilícita, no debe reconocérsele la respectiva pensión. En uno de los párrafos afirma que hubo error de derecho en la apreciación del documento que firmó Ramírez Bustos, en el cual confiesa haber retenido dineros de aquélla, indebidamente.

Dice así:

“Error de derecho”.

“Acoge el Tribunal en su fallo el concepto del Juzgado manifestado con estas palabras de la sentencia de primera instancia, a saber:

“Considera el Juzgado que la empresa no puede legítimamente eximirse de reconocer y pagar la pensión de jubilación demandada en juicio basándose en un presunto delito de abuso de confianza de parte del trabajador, pues propuestas por éste tachadas de fondo al documento de reconocimiento que lleva su firma, es ante la justicia penal donde debe ventilarse la existencia o no existencia del sedicente delito, previas las formalidades y garantías consagradas en nuestra constitución y leyes procedimentales.”

“Y en la consideración de que el mero haberse alegado tachas contra el documento le quita fuerza probatoria del desfalco reconocido y confesado, se halla error de derecho en la apreciación de ese documento, que es el visible al folio 55 del cuaderno principal, y cuyo tenor sigue:

“Yo, Arturo Ramírez, mayor de edad, vecino de este Municipio de Honda, y con la cédula de ciudadana número 975124 expedida en Honda, dejo constancia por el presente de que al entregar los pa-

peles y fondos de la Estación de Honda al señor Cantalicio García, para hospitalizarme, resultó en mi contra un alcance por cuatro mil quinientos trece pesos y veinticinco centavos (\$ 4.513.25), suma que puede resultar mayor después de la revisión general, y que dicho señor bajo instrucciones mías ha venido aplicando el valor de las órdenes férreas cobradas desde mi ausencia de la Estación, a órdenes atrasadas cuyo valor admito haber recibido y no rendido desde tiempo atrás. Así que la suma que hoy día falta por rendir representa la diferencia entre valores recibidos y valores rendidos durante el tiempo que yo manejaba la Estación de Honda. La suma faltante ha venido acumulándose desde hace unos dos (2) años, a causa de aplicar el suscrito el valor de una orden contra otra para evitar que la Auditoría se diera cuenta. En consecuencia me declaro deudor de la empresa del Ferrocarril de La Dorada por la expresada cantidad de cuatro mil quinientos trece pesos y veinticinco centavos (\$ 4.513.25), o por la suma mayor que ésta que resultare después de la revisión general, deuda proveniente de valores pertenecientes a dicha empresa recibidos por mí por razón de fletes, y no rendidos a la Caja de la empresa. Firmo el presente ante testigos en Honda a veintidós (22) de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno (1941) (Firmados), Arturo Ramírez. — Testigo (firmado), Cantalicio García C. Testigo (firmado), D. Bernal G. (Se encuentran adheridas y anuladas estampillas de timbre nacional por valor de \$ 2.30)."

"DILIGENCIA DE RECONOCIMIENTO. En Honda a nueve de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, el señor Juez del Circuito en lo Civil, asociado de su Secretario, se trasladó a la casa de habitación del señor Arturo Ramírez, a quien se le hizo saber el objeto de la presente diligencia, habiendo manifestado el señor Ramírez, ser su voluntad reconocer el contenido del anterior documento. Acto seguido en presencia del señor Juez manifestó ser cierto en todas y cada una de sus partes, el contenido del anterior documento fechado el veintidós de septiembre último y la firma que aparece al pie de él y dice 'Arturo Ramírez', fue puesta por mi puño y letra y es la misma que uso y acostumbro en todos mis actos públicos y privados. El señor Ramírez presentó cédula de ciudadanía número 975124. Para constancia se extiende y se firma la presente. El Juez (firmado), Belisario Salas. (Firmado), A. Ramírez. (Firmado), Luis A. Reina, Secretario'."

"Porque sea delictuoso o no lo hecho por el demandante con fondos que se le habían confiado, y haya prescrito o no la acción criminal que haya habido en el caso afirmativo, y haya o no acción sobre

rendición de cuentas, en ese documento, reconocido judicialmente, se halla la confesión de Ramírez Bustos en cuanto a que él mismo desfalcó a la Compañía en \$ 4.513.25, si no en más.”

“La existencia de tal error jurídico se ve claramente pasando los ojos por los artículos 603 y 637 del Código de Procedimiento Civil.”

“A causa de semejante error, el fallo del Tribunal viola **flagrantemente** los artículos 1º de la Ley 1ª de 1932, 1º de la Ley 49 de 1943 y 4º de la Ley 53 de 1945, los cuales fueron aplicados no siendo el caso de aplicarlos.”

En seguida el recurrente afirma que hubo también errónea interpretación de la disposición del artículo 1º de la Ley 32 de 1932 al aplicarse al caso de autos la del artículo 8º de la Ley 53 de 1945, que expresa que la prestación social denominada pensión vitalicia de jubilación, no queda sujeta a suspensión o pérdida en ningún caso, salvo sentencia judicial. En este evento, la pensión se seguirá pagando a las personas de que trata el artículo 3º de la misma ley.

Se examinan estos cargos.

✓ Violación del artículo 1º de la Ley 1ª de 1932, 1º de la Ley 49 de 1943 y 4º de la Ley 53 de 1945.

Artículo 1º de la Ley 1ª de 1932. Determina esta disposición que todo empleado u obrero de edad no inferior de cincuenta y cinco años 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 que señala la ley. Como es sabido, por el artículo 1º de la Ley 53 de 1945 se fijó en 50 años la edad requerida para poder obtener la jubilación.

Se considera:

Dos requisitos esenciales señala el artículo de que se viene hablando para otorgar el beneficio de la jubilación a los trabajadores de las empresas ferroviarias: veinte años de servicio y cincuenta años de edad. Y el reconocimiento de esta prestación no queda sometido a ninguna condición referente a la conducta del trabajador. ✓

Pretende la demanda de casación que el trabajador no quede amparado por la jubilación en el caso de que el retiro se ocasione por su mala conducta; que es aberrante e inmoral que se conceda el beneficio aludido a quien ha obrado indebidamente en el ejercicio de su cargo, y como, en el que se examina, se ha desfalcado a la empresa.

Es indudable que una elemental noción de justicia hace suponer que las prestaciones otorgadas en favor de los trabajadores deben

referirse a quienes hayan obrado dentro del ejercicio de sus funciones en forma correcta, esto es, cumpliendo de buena fe el respectivo contrato de trabajo, que impone obligaciones claras tanto a los patronos como a los obreros. Y es también cierto que la carencia de condiciones para obtener el derecho a la jubilación, además del tiempo de servicio y de la edad respectiva, ocasiona dificultades en la práctica, como se observa en el caso que se estudia. Y es asimismo cierto que por causa de la deficiencia legal que el recurrente anota puede darse y se dará oportunidad a las empresas para deshacerse de sus trabajadores antes de que se llenen los requisitos para obtener la jubilación, con mira a evitar que se presenten situaciones que perjudiquen sus intereses, si es que no hay manera de conseguir que el factor conducta sea tenido en cuenta entre los que deben congujarse para obtener el derecho a la jubilación.

Con todo, no puede el fallador, cuando el tenor literal de la disposición legal es claro, como el del artículo 1º de la Ley 32, crear, por vía de interpretación, causales que eliminen el derecho a la jubilación, cuando ni siquiera hay hoy disposiciones analógicas que le sirvan de apoyo. Quizás lo dispuesto en el artículo 1º de la aludida ley resulte inconveniente en muchos casos; pero no es dable a la jurisprudencia enmendar situaciones que solamente corresponde corregir al legislador.

Verdad es que en materia de cesantía tóvose en cuenta el comportamiento del trabajador, desde la expedición de la Ley 10 de 1934, pues era indispensable requisito el de que el retiro no fuera ocasionado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato para tener derecho a dicha prestación. Y esta condición se mantuvo en el estatuto de la Ley 6ª de 1945, no obstante que se estabilizó el derecho a aquélla por períodos, aun cuando el trabajador llegase a incurrir en mala conducta o incumplimiento del contrato. Mas, en virtud de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 1º de la Ley 65 de 1946, esa condición referente a la conducta del trabajador fue eliminada definitivamente, por lo que hoy no puede alegarse ninguna analogía para aplicarla al caso de las pensiones de jubilación.

Ahora bien: el recurrente sostiene que hubo error de derecho en la apreciación del documento que firmó Ramírez Bustos, y en el cual confiesa la retención de dineros de la empresa, ya que los artículos 607 y 637 del Código Judicial le dan el valor de plena prueba en cuanto a su contenido, es decir, acerca del hecho de haber reconocido el demandante Ramírez en forma expresa que es deudor de la empresa del Ferrocarril de La Dorada de la cantidad de cuatro

mil quinientos trece pesos y veinticinco centavos (\$ 4.513.25). Y que ese error del Tribunal lo condujo a la violación de las disposiciones legales que se señalaron antes.

A este respecto debe decirse que el error de derecho no cabe en materia laboral sino en el caso de que se reconozca o deje de reconocerse a una prueba el mérito legal que le corresponde, habida consideración del medio probatorio que se utilice al efecto. Lo que quiere decir que sólo cuando trate de establecerse un hecho con un medio de prueba distinto del que la misma ley señala, por exigirse al efecto determinadas solemnidades, puede acusarse por error de derecho, pues siendo, como es, que en los juicios laborales no existe la tarifa legal de pruebas, y el fallador forma su convencimiento libremente, no es viable el error de derecho en otras circunstancias.

Pero, aún más, para el caso que se examina, aun cuando el Tribunal le hubiese dado al documento en cuestión todo el mérito legal que la ley le asigna, es decir, supuesto que hubiera llegado al convencimiento pleno de que Ramírez Bustos es deudor de la empresa del Ferrocarril de La Dorada, al aplicar el artículo 8º de la Ley 53, como lo hizo, negó el derecho a la empresa para retener la suma reconocida por Ramírez Bustos. Luégo no se trata de que por el error que el recurrente advierte en la apreciación del documento firmado por Ramírez se haya llegado a la violación del artículo 1º de la Ley 1ª de 1932, sino que el Tribunal le dio a la disposición del artículo 8º de la Ley 53 de 1945 una interpretación determinada en relación con el hecho que se viene estudiando. Por eso que no prospere el cargo por error de derecho, para demostrar que el Tribunal violó las mencionadas disposiciones legales al no apreciar debidamente el documento referido, y con esa base negar el reconocimiento de la pensión de jubilación por estimarse que el trabajador que comete desfalco no tiene derecho a esa prestación.

APLICACION INDEBIDA DE LAS MISMAS DISPOSICIONES

Sostiene el recurrente que el Tribunal debió aplicar por analogía la disposición del ordinal f) del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, "a virtud del cual puede el patrono retener la cesantía correspondiente al asalariado que ha cometido algún delito contra la empresa por causa y con ocasión del trabajo, o inferídole grave daño, es aplicable por analogía a la pensión de jubilación."

El Tribunal que dejó de aplicar la disposición allí contenida, violó con ello los citados artículos 1º de la Ley 1ª de 1932, 1º de la

Ley 49 de 1943 y 4º de la Ley 53 de 1945, aplicados sin ser el caso de aplicarlos. Ha debido el Tribunal declarar que la compañía demandada podía retener lo debido al demandante en concepto de pensión de jubilación hasta que la justicia no decidiera sobre la indemnización correspondiente al demandado a causa del desfaldo en referencia."

Al formularse el cargo anterior, con olvido de la técnica de casación que indica que los cargos se singularicen y se exprese en forma clara y precisa la disposición quebrantada y el concepto de la infracción, se afirma que el Tribunal violó por interpretación equivocada el artículo 3º. (sic) de la Ley 53 de 1945, que determina que la pensión de jubilación no está sujeta a suspensión o pérdida en ningún caso.

Este cargo tiene más relación con el que se va a examinar, referente al derecho que pudiera tener la empresa para retener las pensiones debidas al trabajador que a su turno es deudor de la empresa, por malos manejos en el ejercicio de su empleo.

Se considera:

La pensión de jubilación que las leyes establecen en favor de los trabajadores que hayan prestado sus servicios durante cierto lapso, y al llegar a determinada edad, bien sea que se le mire como una indemnización o como una prolongación del salario, o de cualquier otra manera, es, en todo caso, un medio de proveer a la subsistencia del asalariado, en el estado de destitución, cuando no le es posible hallar trabajo remunerador para atender a sus necesidades vitales. Por eso se le considera como pensión alimentaria, y es esa la razón para que la ley determine que no es susceptible de suspensión o pérdida en ningún caso, salvo cuando lo sea por sentencia judicial, pues entonces se pagará a las personas que señala la misma ley.

Se comprende que esta disposición del artículo 8º de la mencionada Ley 53 de 1945 contempla el caso de que la pensión se haya decretado, pues no puede ser objeto de suspensión sino lo que ha empezado a tener efecto, y ni tampoco puede perderse lo que no se ha tenido. Por lo mismo la aplicación del precepto de que se viene hablando no cabe en el caso que se estudia, porque no se trata de suspender el pago de la pensión ni de que el derecho a ella se pierda.

Lo que la empresa demandada ha pretendido al través de este recurso, ha sido obtener la retención de la suma que el demandante confiesa haber tomado de los dineros de propiedad de aquélla, mien-

tras la autoridad judicial correspondiente se pronuncia sobre el delito del trabajador que la compañía le imputa.

Según los términos del documento firmado por Arturo Ramírez, no hay duda de que reconoció en forma expresa ser deudor de la empresa del Ferrocarril de La Dorada de la cantidad de cuatro mil quinientos trece pesos, con veinticinco centavos (\$ 4.513.25), "deuda proveniente de valores pertenecientes a dicha empresa recibidos por mí por razón de fletes dice, y no rendidos a la caja de la empresa". El documento fue reconocido por el demandante; pero posteriormente, afirma la sentencia del Juez de primer grado, opuso algunas tachas a él.

Considera el Tribunal Supremo que hay una deficiencia legal, un vacío indudable, en cuanto no se permite al patrono la retención del valor de las prestaciones debidas al trabajador, en el evento que se contempla. De manera expresa el artículo 27 del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª del mismo año, prohíbe a los patronos "deducir, retener y compensar suma alguna del monto de los salarios o de las prestaciones en dinero, sin orden específica suscrita por el trabajador, para cada caso, o sin mandamiento judicial". Agrega la disposición del ordinal 2º del citado artículo que quedan especialmente comprendidos en esta prohibición los descuentos o compensaciones por concepto de uso o arrendamiento de locales, herramientas o útiles de trabajo; deudas del trabajador para con el patrono, sus socios, sus parientes o sus representantes; indemnización por daños ocasionados a los locales, máquinas, materias primas o productos elaborados o pérdidas y averías de elementos de trabajo, avances o anticipos de salarios; préstamos a cuenta de prestaciones causadas y no liquidadas, etc., etc.", únicamente quedan exceptuados de la prohibición los descuentos y retenciones por concepto de cuotas sindicales ordinarias y de cooperativas y ahorros, autorizados en legal forma; de sanciones disciplinarias impuestas de conformidad con los reglamentos internos aprobados por las autoridades del ramo, y de auxilio de cesantía, en el caso previsto en el inciso final del aparte f) del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945.

Mas debe observarse que estas prohibiciones se refieren al desarrollo o ejecución del contrato de trabajo; pero no es que los funcionarios no puedan decretar tales retenciones, pues en este caso, obra el mandamiento judicial, o sea la decisión de la justicia. Pero ocurre que la empresa no solicitó en el juicio esa retención, ni propuso la excepción de compensación, ni planteó la posibilidad de que se hiciera descuentos a la pensión, con aplicación del artículo 4º de la Ley

49 de 1943, modificado por el 12 de la 64 de 1946, y solamente en este recurso viene a sostenerse que el Tribunal debió ordenar tal retención. Luégo se trata de una cuestión nueva, no discutida en instancias, y apenas por revestir importancia doctrinaria se va a hacer referencia a ella.

Que el Tribunal debió aplicar, por analogía, la disposición del aparte f) del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, que dice:

“En caso de delitos contra la empresa o contra sus directores y trabajadores, por causa y con ocasión del trabajo, así como en el caso de graves daños causados a la empresa, el patrono podrá retener el correspondiente auxilio de cesantía hasta que la justicia decida sobre la indemnización que el trabajador deba pagar, a la cual se aplicarán, en primer término, los auxilios retenidos.”

No está acreditado que contra el actor se haya adelantado el respectivo juicio para obtener el reconocimiento de la indemnización por el desfaldo sufrido por la empresa.

Con todo, se observa: no hay, en efecto, disposición alguna que autorice al patrono para retener las sumas que se adeuden por concepto de jubilación, mientras la justicia decide acerca de obligaciones del trabajador para con él, derivadas u originadas del mismo trabajo. Ahora bien, si el auxilio de cesantía tiene como finalidad primordial la de asegurar la subsistencia del asalariado durante la época del desempleo, y es idéntica a la de la pensión jubilatoria, debiera existir el mismo tratamiento legal en presencia de ambas prestaciones.

Más aún: tratándose de una pensión devengada, pero no percibida al través de varios años, y cuya cuantía, por acumulación, es muy superior a la suma que el trabajador debe a la empresa, lo procedente sería poder compensar aquellas cantidades, desde luégo que ya no es el caso de suponer que el trabajador vaya a atender a su sostenimiento con las pensiones acumuladas, pues para el futuro contará con la cantidad periódica que deba seguir recibiendo. Ellas se han convertido en capital del trabajador y con éste apenas es lógico que responda de sus obligaciones, ya que, en el evento que se examina, dispuso de iguales o mayores cantidades en su propio provecho; por lo que resulta, como bien lo dice el recurrente, aberrante e injusto, que al paso que la empresa es acreedora del trabajador, no disponga de medio alguno para hacerse pagar lo debido, y en cambio, si se encuentre obligada a pagar a éste el valor a que asciendan sus pensiones vencidas:

Con todo, dentro de un juicio en el cual solamente se discute el

derecho del trabajador a obtener que se decrete su jubilación, y no habiéndose propuesto la excepción de compensación, o por lo menos no ocupándose la sentencia de ella, ni tampoco la demanda de casación, no obstante considerar este Tribunal que podría ser adecuado ese medio de extinción si se hubiese propuesto en las instancias, se está en presencia de disposiciones concretas, referentes a cesantía, como son las del aparte f) del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945 y el artículo 27 del Decreto 2127 del mismo año, que no permiten la retención ni la compensación efectuadas directamente por los patronos, ni tampoco dan margen al juzgador para hacerlo, dada la manera como se adelantó el proceso, ya que no se discutió en él sobre la retención, ni acerca de la compensación, o el derecho a descontar de la respectiva pensión la cantidad debida a la empresa, sino que se limitó la defensa de la compañía a sostener que el trabajador que comete desfalco no tiene derecho a la jubilación. Circunstancias todas éstas que, dejando a salvo el derecho de la empresa para hacerse pagar lo que el trabajador le adeude, no sirven para enmendar en casación lo que se hizo o dejó de hacerse en el juicio.

Por estas razones tampoco prospera este cargo.

ULTIMO CARGO

Acusa el recurrente la sentencia por aplicación indebida del artículo 4º de la Ley 53 de 1945, pues afirma que la liquidación de la pensión se hizo con efecto retroactivo. "Lo natural, dado el caso que el demandante hubiera adquirido derecho a la pensión, dice la demanda, era liquidarla en conformidad con el artículo 1º de la Ley 1ª de 1932, teniendo en cuenta el aumento que para lo futuro, se decretó en el artículo 12 de la Ley 64 de 1946". Esto porque cuando el trabajador salió del servicio era aquélla la ley que regía sobre el particular y no debe aplicarse la escala señalada en una ley posterior.

Se examina este cargo.

El artículo 4º de la Ley 53 de 1945 señaló una escala distinta de la establecida en las disposiciones anteriores, para el reconocimiento de pensiones de trabajadores ferroviarios. Al reglamentarse esta ley, por el Decreto 2340 de 1946 se expersó que ella no se aplica sino a los trabajadores cuyo derecho a la pensión se haya causado o ejercitado o se cause o ejercite con posterioridad a su vigencia, según los términos del artículo 1º de dicho decreto.

Como el trabajador ejercitó su derecho en noviembre de 1941, según lo manifiesta en el hecho 6º de su demanda, es claro que le es aplicable la tarifa vigente en esa época y no la de la Ley 53 de 1945,

exclusivamente, como lo hizo el fallador. Está, pues, probado el cargo y deberá casarse parcialmente la sentencia recurrida en cuanto al monto de la pensión.

Para fallar en instancia, se considera:

La tarifa o escala vigente en el momento en que el demandante reclamó a la empresa el pago de su pensión era la fijada en el artículo 1º de la Ley 1ª de 1932, luego debe hacerse su liquidación de acuerdo con ella, ya que, como se ha expresado al examinar este cargo, la Ley 53 de 1945 no tiene aplicación sino cuando el derecho a la pensión se haya ejercitado con posterioridad a su vigencia, lo que no ocurre en el presente caso. Los aumentos posteriores se deberán tomar en cuenta desde cuando entraron en vigencia las respectivas disposiciones que los decretaron.

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 PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Ibagué, objeto de este recurso, en cuanto a la liquidación efectuada para el reconocimiento de la pensión de jubilación del trabajador Arturo Ramírez Bustos, y dispone que esa liquidación se haga de conformidad con la Ley 1ª de 1932, vigente en el momento de ejercitarse el derecho a aquélla, con los respectivos aumentos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

Sin costas.

Cópiase, 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.

INDEMNIZACION POR MUERTE EN ACCIDENTE DE TRABAJO. MEDIO NUEVO EN CASACION.

El artículo 12, letra a) de la Ley 6ª de 1945, modificado posteriormente por el 4º de la Ley 64 de 1946, habla de la indemnización que debe pagarse por las distintas incapacidades que sobrevengan del accidente de trabajo, pero no se refiere a la indemnización por muerte ocasionada por el mismo suceso. Son cosa muy distinta la indemnización por incapacidad y la por fallecimiento, distinción que contemplaba la Ley 57 de 1915, originaria en el país de las normas sobre el particular.

La Ley 6ª citada estableció una nueva reglamentación sobre el monto de las indemnizaciones que debían pagarse por las distintas incapacidades causadas por el accidente de trabajo, pero guardó silencio respecto de la que debía pagarse en caso de muerte ocasionada por los mismos accidentes. Era indispensable, por lo tanto, que al lado de aquéllas se determinara también el monto de ésta. Esta fijación la hizo el inciso 2º del artículo 11 de la Ley 64 de 1946 que dispuso que en caso de muerte producida por tales accidentes, de trabajadores oficiales o particulares, se pagaría a los beneficiarios respectivos una indemnización igual al valor de un seguro de vida doblado, liquidable sobre la base establecida en el artículo 1º de la Ley 166 de 1941, pero sin que dicha indemnización pase de treinta y seis mensualidades y limitando el valor del seguro a la suma de \$ 3.000.00 cuando los empleados u obreros devenguen un sueldo anual que sea o exceda de cuatro mil doscientos pesos.

En casación no son admisibles, conforme a reiterada doctrina y jurisprudencia nacionales, de la Corte Suprema de Justicia y este Tribunal Supremo, los llamados medios nuevos o que por primera vez se plantean ante la entidad encargada de decidirlo. Sólo pueden proponerse en este recurso aquellas cuestiones que se debatieron en las instancias.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla).

Bogotá, noviembre veinticinco de mil novecientos cuarenta y ocho.

El señor Héctor Sierra Pérez falleció el 8 de marzo de 1947 en un accidente que sufrió el avión Douglas D. C. 3-400 perteneciente a la empresa denominada "Vías Aéreas Colombianas, S. A.", "Viarco", del cual era copiloto.

Sus padres legítimos, Braulio Sierra Tovar y Ester Pérez Rincón, en demanda presentada el 27 de mayo siguiente y que correspondió al Juez Primero del Trabajo de Cali, solicitaron que se declarara la obligación a cargo de la empresa citada y a su favor de pagarles las siguientes sumas de dinero:

Doce mil seiscientos pesos (\$ 12.600.00) moneda corriente, por indemnización del accidente de trabajo que ocasionó la muerte de su hijo expresado o, en subsidio, la de diez mil ochocientos pesos (\$ 10.800.00) por ese mismo concepto:

Ciento cuarenta y seis pesos con noventa y siete centavos (\$ 146.97) por auxilio de cesantía en cuatro meses menos cinco días que fue el tiempo en que prestó sus servicios el extinto Sierra Pérez a la empresa demandada;

Cien pesos (\$ 100.00) moneda corriente, que quedaron debiéndosele al copiloto por concepto de vestuario reglamentario;

Doscientos veinticinco pesos (\$ 225.00) moneda corriente, que quedaron debiéndosele como última quincena de su sueldo;

Tres pesos (\$ 3.00) moneda corriente, de unos viáticos por liquidar; y

Los intereses legales de dichas sumas si no se satisfacían prontamente, desde que se causaron a deber, más las costas del juicio.

En subsidio solicitó que la empresa demandada fuese declarada en la obligación de pagar a los demandantes, a la sucesión intestada e ilíquida de Héctor Sierra Pérez representada por los actos o a quie-

nes fuesen declarados herederos, las sumas que en el juicio se demuestran que les adeuda por los conceptos ya expresados.

Al contestar la demanda el apoderado de la compañía "Viarco" manifestó: "En cuanto a los hechos en que se funda la demanda, ni los corroboro ni los niego; pero el señor apoderado de la parte actora las demuestra en debida forma. En relación con los puntos a que se concreta la demanda, debo manifestar lo siguiente: Si el teniente Sierra Pérez en realidad devengaba un sueldo mensual de \$ 450.00 pesos, como se afirma en la demanda, el valor del seguro de vida obligatorio a que tendría derecho estaría limitado a la suma de \$ 3.000.00 pesos, según así lo dispone la ley. Ahora bien, como la muerte ocurrió en un accidente de trabajo, el cual no me sería dado negar, entonces el valor del seguro de vida que le correspondería sería equivalente al doble del seguro, de acuerdo con la Ley 65 de 1946". Respecto de las otras peticiones de la demanda manifestó su oposición en forma que no es necesario destacar aquí para efectos del presente recurso de casación.

Tramitado el juicio, el señor Juez del conocimiento lo decidió el 8 de abril último declarando que la empresa demandada está en la obligación de pagar a los actores, por partes iguales, las sumas de diez mil ochocientos pesos (\$ 10.800.00) moneda corriente, por concepto del accidente de trabajo en que perdió la vida el teniente Héctor Renio Sierra Pérez; ciento cuarenta y seis pesos con noventa y siete centavos (\$ 146.97) moneda corriente, por concepto de auxilio de cesantía del expresado teniente en tres meses y veinticinco días de servicio; y cien pesos (\$ 100.00) moneda corriente, por concepto de vestuario reglamentario. No accedió a las demás peticiones de la demanda, sobre sueldo de la última quincena, viáticos por valor de tres pesos; ni al pago de intereses y costas.

Apelado ese fallo por el apoderado de la compañía demandada, el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali decidió el recurso en el suyo de 21 de junio del presente año por el cual reforma aquél y en su lugar condenó a la empresa "Viarco" a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero: \$ 6.000.00 por el accidente de trabajo en que perdió la vida el teniente Sierra; \$ 146.97 por cesantía en 3 meses y 16 días; \$ 100.00 por vestuario; y \$ 225.00 de la última quincena del sueldo del extinto teniente. Absolvió a la compañía del pago de \$ 3.00 de viáticos, nada dijo en la parte resolutive acerca de la acción sobre pago de intereses y no accedió a condenar en costas.

El apoderado de los actores interpuso contra este fallo el recurso de casación, que pasa a decidirse.

EL RECURSO

Como este recurso extraordinario fue interpuesto ya en vigencia el Código Procesal del Trabajo o Decreto legislativo número 2158 del presente año, el recurrente lo plantea siguiendo las normas que respecto de la demanda de casación consagra el artículo 90 de ese estatuto. Mas no tuvo en cuenta la que contiene el artículo 91, siguiente, que dice al recurrente que los cargos en casación se plantearán sucintamente, pues en algunos de los que formula se extendió en distintas consideraciones como si la demanda que sustentase el recurso fuese un alegato de instancia.

También al cumplir con el requisito 4º de la demanda de casación, que contempla dicho artículo 90, o sea el de que deberá contener "la declaración del alcance de la impugnación", expresó que la cuantía era superior a tres mil pesos. Lo que ese requisito exige no es otra cosa que la manifestación del recurrente acerca de la parte del fallo que desea que se infirme, es decir, qué aspecto de la parte resolutive de la sentencia recurrida desea que se case, si total o parcialmente y en este último caso debe determinar claramente el objetivo o propósito de la impugnación, del recurso, de la demanda de casación.

Hechas estas observaciones, pasa a estudiarse el recurso.

Nueve cargos formula el recurrente, que se analizan en el orden en que han sido propuestos.

CARGOS PRIMERO A CUARTO INCLUSIVE

Estos cuatro cargos plantean un mismo problema jurídico, por lo cual procede su estudio en conjunto a fin de no repetir si se analizaran por separado. Mejor dicho, constituyen ellos un solo cargo que en forma sintética ha podido plantearse como tal.

En efecto, el primero, que denomina "Primera causal" (con lo cual confunde los *cargos* aducidos para la infirmación de un fallo con las *causales* de casación que son dos según el artículo 87 del Código Procesal del Trabajo), contiene la acusación de que la sentencia de segunda instancia violó el artículo 12, ordinal a) de la Ley 6ª de 1945 sobre cuantía de la indemnización por muerte de accidente de trabajo. El segundo acusa ese fallo por violación del artículo 11 de la Ley 64 de 1946, sobre la misma cuestión del primero. El tercero, lo ataca por infracción, por interpretación erróneo, de los dos artículos anteriores. Y el cuarto también acusa la sentencia por

violación, por la misma interpretación errónea, de los mismos preceptos.

Lo que plantea en estos cargos es, en resumen, la tesis de que la indemnización que debe pagarse a los padres del copiloto fallecido en el accidente de aviación es la máxima señalada en la Ley 6ª de 1945, artículo 12, letra a), o sea el salario de dos años. Contra la expuesta por el fallo recurrido de que es la señalada en el artículo 11, inciso 2º, de la Ley 64 de 1946, o sea el valor de un seguro de vida doblado que se liquida según el artículo 1º de la Ley 166 de 1941.

Desde el principio del litigio se ha planteado como cuestión primordial ese dilema jurídico acerca de la manera de liquidar la indemnización por el accidente en que perdió la vida el teniente Sierra, o sea cuál es el monto de la que debe pagar la empresa "Viarco" a los padres del extinto. La primera tesis, con la cual se obtiene un total de \$ 10.800.00 por dicho concepto, es sostenida por la parte actora y fue la acogida por el Juzgado de primer grado. La segunda, según la cual esa indemnización es de \$ 6.600.00, fue planteada por la parte demandada desde un principio y recibió la aceptación del Tribunal de Cali. A atacar esta última y a defender la primera encamina el recurrente todo el extenso razonamiento de los cuatro cargos de que se habla.

Para decidir, el Tribunal Supremo considera:

No se trata de dilucidar si el accidente de aviación en el que perdió la vida el teniente Sierra fue o no un accidente de trabajo, porque como tal lo reconoció la empresa desde la contestación de la demanda. Sólo debe decidirse un simple problema de derecho, o sea **cuál es la disposición legal que regula el monto de la indemnización que debe pagarse por la muerte de Sierra Pérez, dando como cierto el hecho no discutido de que le sobrevino en un accidente de trabajo.**

La Ley 57 de 1915, que fue la primera que se dictó en el país sobre la materia y que es necesario citar por ese hecho auncuando el recurrente no acusa como infringida ninguna de sus normas, fijó como indemnización por la muerte que produjese un accidente de trabajo la de un año de salario (artículo 6º, letra d).

La Ley 6ª de 1945 en la letra a) de su artículo 12, que cita el recurrente como infringido, dispone que entre las indemnizaciones que debe pagar el patrono a sus trabajadores, mientras se organiza el seguro social obligatorio, está la de accidente de trabajo "en proporción al daño sufrido y de conformidad con la tabla de valuaciones que el Gobierno promulgue, hasta por el equivalente del salario en dos años, además de la asistencia médica, farmacéutica, quirúr-

gica y hospitalaria a que haya lugar, y las dos terceras partes del salario mientras tal asistencia sea obligatoria, sin pasar de seis meses”.

No cayó en la cuenta el recurrente ni tampoco el Tribunal de Cali de que esta letra a) del artículo 12 de la Ley 6ª fue expresamente modificada por el artículo 4º de la Ley 64 de 1946, que dice así: “Modifícase el inciso primero del ordinal a) del artículo 12 de la Ley 6 de 1945, en los siguientes términos: a) Las indemnizaciones por accidentes de trabajo en proporción al daño sufrido y de conformidad con la tabla de valuaciones correspondientes, hasta por el equivalente del salario en dos años; la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria a que haya lugar. Además, el salario completo, hasta por seis meses. Parágrafo 1º Las enfermedades profesionales serán indemnizadas de conformidad con el presente artículo. Parágrafo 2º Las enfermedades y las lesiones no previstas en las tablas de valuación de accidentes y enfermedades profesionales, que correspondan a definiciones análogas a lo establecido en éstas, darán también lugar a indemnizaciones y prestaciones iguales a las que figuran reconocidas como tales de manera específica”.

Y no es que este último precepto de la Ley 64 de 1946 se hubiese proferido con posterioridad al accidente de que aquí se trata, sino que ya estaba en vigencia cuando ocurrió, porque la Ley 64 de dicho año principió a regir el 20 de diciembre de 1946, día de su sanción, según lo dispuso en su artículo 22, y el accidente en el cual perdió la vida el teniente Sierra ocurrió el 8 de marzo de 1947, es decir, algunos meses después.

Bien es cierto que la modificación del artículo 4º de la Ley 64 citada al 12 letra a) de la Ley 6ª sólo consistió en aumentar el monto del salario que el patrón debe pagarle al trabajador accidentado, de las dos terceras partes de la Ley de 1945 a la totalidad del salario según la Ley de 1946, pues los párrafos modifican el uno la letra b) del citado artículo 12 y el otro estatuye una norma nueva para enfermedades o lesiones análogas a las de la tabla de valuación de incapacidades por accidente y enfermedades profesionales, pero no previstas en ésta. Es decir, la modificación del artículo 4º de la Ley 64 al 12 de la Ley 6ª no fue hasta variar la máxima indemnización por accidente de trabajo, que en ambos es de dos años de salario; pero por regular la misma materia, aquél sustituyó a éste al respecto, o sea en cuanto a la fijación de las indemnizaciones por esos accidentes y, por lo tanto, es el de la Ley de 1946 el que en ri-

gor debe tenerse en cuenta y ha debido citarse por el recurrente.

Mas como la parte que para el recurrente tiene interés es igual en ambos preceptos, en el de la Ley 6ª y en el de la Ley 64, pues es aquella que fija la máxima indemnización por accidente de trabajo en dos años de salario, podrá avanzarse en el estudio de los cargos.

El recurrente sostiene que esa indemnización de dos años de salario es la que ha debido reconocerse por el Tribunal de Cali y que equivale a un total de \$ 10.800.00 teniendo en cuenta el sueldo mensual de \$ 450.00 que devengaba el señor Sierra. Para ello argumenta que el daño mayor que puede ocasionar un accidente de trabajo es la muerte, por lo cual debe indemnizarse con la tarifa máxima referida. Al respecto expresa que una incapacidad del más elevado grado ocasionada por un accidente de esa naturaleza, se indemnizaría con la suma máxima de dos años de salario, al paso que la fijada por el Tribunal en su fallo, de \$ 6.000.00, para una consecuencia más grave como la muerte, resulta de cuantía inferior. Lo que no sólo considera ilegal sino injusto.

El Tribunal Seccional estimó en su sentencia que la letra a) del artículo 12 de la Ley 6ª, invocado por los demandantes, sólo se refiere exclusivamente a la tabla de valuaciones y que la indemnización hasta por dos años de que allí se habla corresponde al último grupo de esa graduación que trata de incapacidades más serias. Por eso concluye diciendo que esa Ley 6ª no contempló el caso de muerte por accidente de trabajo y de allí que la Ley 64 de 1946 llenara ese vacío en el inciso 2º del artículo 11 que ordena pagar una indemnización por dicho fallecimiento, trátase de trabajadores oficiales o particulares, equivalente a un seguro de vida doblado que se liquidará sobre la base fijada en el artículo 1º de la Ley 166 de 1941 pero sin que exceda de treinta y seis (36) mensualidades de salario.

Partiendo de estas conclusiones, el Tribunal Seccional aplica el expresado artículo 1º de la Ley 166 que limita a tres mil pesos (\$ 3.000.00) el seguro de los trabajadores que devenguen sueldo anual que sea o exceda de cuatro mil doscientos pesos (\$ 4.200.00) por ser éste el caso del copiloto Sierra Pérez. Más como la Ley 64 de 1946 ordena pagar el seguro doblado, decreta el pago de una indemnización por la muerte de dicho trabajador de seis mil pesos (\$ 6.000.00).

Finalmente, respondiendo el fallador de segundo grado al argumento *ad absurdum* que plantea el apoderado de los actores en el sentido de que las indemnizaciones por incapacidades de consideración serían así superiores a la que produjese un mal mayor como la

muerte y lo que sería un evidente absurdo, dice así en su fallo: "Pues no hay tal absurdo porque en el caso del accidente de trabajo propuesto, perdiendo toda la mano y el antebrazo derecho, el accidentado sigue viviendo y por consiguiente sus necesidades tienen que aumentarse tanto en lo físico como en lo moral viéndose imposibilitado para realizar todo trabajo útil que le remunere lo indispensable para la vida. Se ve, pues, que si ciertamente recibe una indemnización superior, es porque en justicia merece esa indemnización para subvenir a sus posteriores necesidades. En cambio, el que muere por accidente de trabajo ya no tiene esas mismas necesidades del que queda viviendo imposibilitado para seguir trabajando, siendo por consiguiente la indemnización menor. Esa indemnización está calculada para subsanar a los causahabientes el mal que se ha ocasionado con la pérdida de la vida del causante. De allí la gran diferencia que anota el actor entre una y otra indemnización. En el primer caso se indemniza al propio accidentado, en tanto que en el segundo supuesto se beneficia a terceros".

Para el Tribunal Supremo es evidente la consideración que se hace el Seccional cuando estima que la Ley 6ª de 1945 no contempló la indemnización por muerte producida por accidente de trabajo y que por eso la Ley 64 de 1946 vino a hacerlo. Es verdad que la Ley 57 de 1915 ya había fijado el monto de esa indemnización por fallecimiento en accidente de esa naturaleza, pero como la Ley 6ª citada estableció una nueva reglamentación sobre el particular, era indispensable también que al lado de las indemnizaciones por las distintas incapacidades producidas por el accidente se determinase la que debía pagarse por la muerte del accidentado.

Esa fijación se hizo en el inciso 2º del artículo 11 de la Ley 64 de 1946, que dice: "En caso de muerte por accidente de trabajo, trátese de trabajadores oficiales o particulares, se pagará a los beneficiarios respectivos una indemnización igual al valor de un seguro de vida doblado, que se liquidará sobre la base establecida en el artículo 1º de la Ley 166 de 1941, pero sin que el monto de dicha indemnización pase de treinta y seis (36) mensualidades de salario".

A su turno, el artículo 1º de esa Ley 166 es de este tenor: "La cuota del seguro de vida colectivo de que trata el artículo 1º de la Ley 44 de 1929 será proporcional al tiempo del servicio del empleado u obrero, y se pagará a razón de un mes de sueldo por cada año de servicio. En ningún caso el valor total de la cuota de seguro podrá ser inferior al valor del último sueldo devengado en un año.

Los empleados u obreros que devenguen sueldo anual que sea o exceda de cuatro mil doscientos pesos (\$ 4.200.00) tendrán derecho a un seguro por la suma de tres mil pesos (\$ 3.000.00)".

Creo el Tribunal Supremo que son estas dos disposiciones las que deben aplicarse para regular la indemnización a que tienen derecho los padres del copiloto Sierra, porque se refieren al caso especial de fallecimiento por accidente de trabajo, la primera, y a la manera de liquidarla, la segunda.

Estima esta corporación que es jurídica la conclusión del fallador de segunda instancia en el sentido de que el artículo 12, letra a) de la Ley 6ª de 1945, posteriormente modificado por el 4º de la Ley 64 del año siguiente, no se refiere a la indemnización por muerte ocasionada por accidente de trabajo sino a la que debe pagarse por las distintas incapacidades que sobrevengan de esa clase de sucesos. En efecto, una es la indemnización por incapacidad y otra muy distinta la por fallecimiento.

Hay que partir como base elemental de la noción de accidente de trabajo para ver que esa distinción exacta, lógica y jurídica. Por tal entiende el artículo 12 de la citada Ley 6ª, para los efectos de la indemnización de que ese precepto trata, "toda lesión orgánica o perturbación funcional que afecte al trabajador en forma transitoria, permanente o definitiva, motivada por un hecho imprevisto y repentino, que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, siempre que la lesión o perturbación no sea provocada deliberadamente, o por falta grave o intencional de la víctima".

Por consiguiente, las nociones de "accidente de trabajo" y de "indemnización por accidente" de que trata el artículo 12 de la Ley 6ª modificado por el 4º de la Ley 64 se refieren a las incapacidades para trabajar, es decir, a las consecuencias o resultados que dificultan o impiden al trabajador prestar sus servicios como antes o le dejan una lesión orgánica o una perturbación funcional, que deben ser indemnizadas. Es decir, contemplan la situación de quien quedando con vida del accidente sufre alguna de esas consecuencias. No otra cosa lo están diciendo esos preceptos al establecer, "para estos efectos", esto es, para los de la indemnización de la letra a) del artículo 12, modificado por el 4º de la Ley 64, que "accidente de trabajo" es "toda lesión orgánica o perturbación funcional" lo que claramente está excluyendo la muerte. Y también excluye el fallecimiento la manera como se determinan las indemnizaciones en esos preceptos, al fijar que se otorgarán en proporción al daño sufrido, fuera de asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria.

y la totalidad del salario hasta por seis meses. Es evidente que estas indemnizaciones sólo pueden otorgarse a quien después de sufrir el accidente de trabajo conserva la vida, de modo que no se refieren, ni podrían referirse naturalmente a los casos de muerte instantánea o producida simultáneamente con el accidente.

Por estas razones, el artículo 11 inciso 2º de la Ley 64 de 1946 fijó la indemnización por muerte producida por accidente de trabajo, como también distinguía entre las dos clases de indemnizaciones —por incapacidad y por muerte— la Ley 57 de 1915 originaria en el país de las normas sobre el particular.

Corroborar esta tesis el propio texto de los artículos 12 de la Ley 6ª y 4º de la Ley 64 al estatuir que las indemnizaciones de que hablan se pagarán “en proporción al daño sufrido y de conformidad con la tabla de valuaciones correspondientes”, es decir, de acuerdo con la tarifa por incapacidades que ella establece. Porque ninguna de las dos tablas de valuaciones que se han acordado en el país, la antigua y la vigente, contemplan la muerte del accidentado sino únicamente las incapacidades de quienes quedan con vida, es decir, las lesiones o perturbaciones que afecten al trabajador en forma transitoria, permanente o definitiva, de acuerdo con la noción legal ya vista de “accidente de trabajo”. Luego estos artículos no se refieren al caso de muerte, como lo sostiene el recurrente, sino que la indemnización especial por fallecimiento está consagrada en norma diferente, expresa y distinta como es el artículo 11, inciso 2º, de la Ley 64 de 1946.

Como lo sostiene la doctrina, las indemnizaciones por accidentes de trabajo —y especialmente las económicas o en dinero— no buscan *pagar* en forma completa o íntegra el daño causado, sino procurar “un remedio lo más eficaz posible a las consecuencias materiales y vitales que para el accidentado y su familia ha sufrido la víctima del siniestro” (“Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales”, por Miguel Hernáinz Márquez, Madrid, 1945, pág. 247). Y agrega ese autor: “Traducido éste (el siniestro) en una disminución o pérdida de ingresos, nada más lógico que la solución que se arbitre sea lo más parecida posible a la consecuencia sufrida. Así surge, evidentemente justificada, la indemnización en metálico, bajo las varias formas que puede revestir, como una natural y lógica consecuencia de la actual concepción sobre los accidentes de trabajo”. (Págs. 247 y 248).

También la doctrina ha distinguido entre la indemnización por incapacidad que mira al trabajador y la por muerte que va a su fa-

milia. Por ejemplo, el mismo tratadista citado al hablar de la consecuencias del siniestro y después de referirse a las incapacidades permanentes y absolutas se refiere al fallecimiento en los siguientes términos: "*La muerte como consecuencia del accidente. La más grave consecuencia que el accidente puede traer consigo es la muerte del trabajador, y que, aunque no tenga una catalogación como secuela del mismo, sí constituye una modalidad bien peculiar en cuanto a su reparación*" (se subraya por el Tribunal). (Obra citada, pág. 202). De allí que las tablas de valuación de incapacidades que se han adoptado en el país no tengan incluido el fallecimiento porque, como quedó expresado por el tratadista citado, no tiene la muerte una catalogación como consecuencia del accidente, aunque es claro que debe indemnizarse.

Pero no sólo en Colombia puede darse el caso de que una indemnización por incapacidad sea superior a la que deba pagarse por muerte de accidente de trabajo. Y esa diferencia no resultaría un absurdo, como lo alega el recurrente, sino que se explicaría por evidentes razones que expone la doctrina misma y que coinciden con las sostenidas por el Tribunal de Cali al respecto.

Por ejemplo, en México la indemnización por muerte y por incapacidad total permanente es fija, de seiscientos doce días de salario en el primer caso y de novecientos diez y ocho días de salario en el segundo. Es decir, es mayor la de la incapacidad que la del fallecimiento, sin que esa fijación sea caprichosa porque obedece a razones como las que expone el tratadista de ese país, J. Jesús Castoreña en su libro "Tratado de Derecho Obrero", cuando dice:

"La diferencia de tratamiento de uno y otro de esos hechos ha motivado serías críticas a la ley, por estimarse que los patronos sin escrúpulos procurarán la muerte de sus obreros a fin de pagar una indemnización más baja si el accidente tiene amenazado al trabajador de una incapacidad total permanente. Sin embargo, la razón en la que apoya el legislador la diferencia de tratamiento es obvia. La muerte significa la pérdida de un miembro de la familia de quien depende cierto número de personas; la incapacidad total permanente representa la de la capacidad de trabajo sin desaparecer las necesidades de la víctima, las cuales habrán de ser mayores como resultado de su estado físico. *Son, pues, más gravosas las consecuencias derivadas de la incapacidad total permanente que las derivadas de la muerte.* La objeción, por lo demás, se basa sobre un hecho de difícil realización, pues la suerte de los trabajadores accidentados no

se encuentra en las manos del patrón, sino en las de los médicos" (se subraya). (Obra citada, páginas 379 y 380).

Para el Tribunal Supremo son dignos de tenerse en cuenta esos argumentos del expositor azteca, que en forma similar aduce el Tribunal de Cali en su fallo según transcripción hecha al principio de esta providencia.

Pero no siempre la indemnización por muerte en accidente será inferior a la que corresponde a mayor incapacidad, sino cuando se trata de trabajadores cuya remuneración excede de \$ 4.200.00 anuales. El espíritu de la legislación nuestra al respecto ha sido el de dar una mejor protección al trabajador de salarios bajos y por eso limita la indemnización de los que devengan mejores remuneraciones, no sólo porque se supone que éstos han podido hacer ahorros para atender a riesgos como el de que se trata sino también con el fin de defender a las empresas o patronos porque sería demasiado gravoso para ellos satisfacer esa indemnización por accidente sin limitaciones de ninguna clase.

Naturalmente que no hay uniformidad en las legislaciones sobre el particular. Así, en los países latinoamericanos, unos conceden igual indemnización para los casos de muerte y de incapacidad permanente y absoluta, como Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Venezuela, y otros, como Méjico, Chile, Costa Rica, Salvador y Uruguay, siguen con Colombia un sistema distinto al establecer indemnizaciones diversas para esas dos consecuencias de un siniestro laboral.

Esclarecido, pues, que la Ley 64 de 1946 regula en su inciso 2º la indemnización por muerte por accidente de trabajo, resta examinar si la liquidación fue bien hecha por el Tribunal Seccional.

Ya se vio atrás que ese precepto fija su monto en el valor de un seguro de vida doblado que se liquidará sobre la base establecida en el artículo 1º de la Ley 166 de 1941. Y también se transcribió el texto de esta última disposición, en cuyo último aparte se dispone que "los empleados u obreros que devenguen sueldo anual que sea o exceda de cuatro mil, doscientos pesos (\$ 4.200.00) tendrán derecho a un seguro por la suma de tres mil pesos (\$ 3.000.00).

Según esto, el copiloto Sierra Pérez, que devengó un sueldo mensual de \$ 450.00, como se estableció sin controversia en las instancias, y que, por lo tanto, recibiría en esa proporción una remuneración anual superior a los cuatro mil doscientos pesos (\$ 4.200.00) citados, sólo tendría derecho a un seguro de tres mil pesos (\$ 3.000.00). Por consiguiente, la indemnización por su muerte ocurri-

da en accidente de trabajo es igual al doble del seguro, o sea de seis mil pesos (\$ 6.000.00), tal como acertadamente lo dedujo el Tribunal de Cali.

Síguese de lo expuesto que dicha corporación no violó las normas de que la acusa el recurrente en estos cuatro primeros cargos, por lo cual no prosperan.

QUINTO CARGO

Acusa el fallo recurrido por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea de los siguientes principios fundamentales de derecho:

“Legi speciali per generalem non derogatur”;

“In toto iur, generi per speciem derogatur, et ilud potissimum habetur quod ad speciem directum est”;

“Ubi eadem ratio, ibi idem ius debet esse”;

“Incivile es, nisi tota lege perspecta, una aluqua particula ejus proposita iudicare vel respondere”;

“In summa aequitatem ante oculos habere debet iudex” e

“In omnibus aequitas maxima spectanda”.

Se considera:

El recurso de casación, según la doctrina universal que explica sus orígenes, su técnica y sus fines, y de acuerdo también con las distintas legislaciones que lo tienen establecido, entre ellas la colombiana, tiene por objeto la defensa de la ley sustantiva y al fijar su verdadera interpretación unifica la jurisprudencia del país. Por eso en este recurso extraordinario, como tantas veces lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia y lo ha reiterado en numerosas ocasiones este Tribunal, se produce un debate entre la sentencia acusada y la ley. Mas no puede aceptarse que un medido de impugnación extraordinario tan importante como éste, de tan rigurosa técnica, de tan precisos alcances, tenga también por finalidad analizar aforismos latinos así sean tan sabios como los que el recurrente transcribe en este cargo, sin mencionarse la norma legal infringida, como lo manda el Código Procesal del Trabajo (a. 90, ord. 5º).

Es, pues, improcedente esta acusación.

SEXTO Y ULTIMO CARGO

Se estudian a un tiempo por versar sobre un mismo problema. Dice el recurrente que la sentencia impugnada viola el artículo

2º del Decreto 2935 de 1946, emanado del Ministerio de Guerra, que fija las asignaciones del personal de oficiales pilotos de la fuerza aérea durante el tiempo que dure la comisión que se les confiera para actuar en empresas privadas. Y que también incurrió en error de hecho y de derecho al no apreciar la prueba que consiste en la copia de ese decreto traída al expediente.

Este problema es un medio nuevo en casación porque no fue debatido en las instancias. Y sabido es, porque se ha dicho reiteradamente por la doctrina y por la jurisprudencia nacional, de nuestra Corte Suprema y de esta corporación, que en casación no son admisibles los llamados medios nuevos o que por primera vez se plantean ante la entidad encargada de decidirlo. Sólo pueden proponerse en este recurso aquellas cuestiones que se debatieron en las instancias, pero mal puede por primera vez plantearse problemas al Tribunal de Casación porque éste sólo revisa la sentencia de segundo grado en la forma como el recurrente plantee su acusación contra esa providencia.

Se desechan estos cargos.

OCTAVO CARGO

Dice que el fallo recurrido violó los artículos 1613 y siguientes del Código Civil al no condenar al pago de intereses.

Para desatender esta acción indemnizatoria basta considerar que los intereses de que hablan las disposiciones civiles a que el recurrente se refiere, son la indemnización de perjuicios por el no pago oportuno de una cantidad de dinero, es decir, por la mora en satisfacerla (artículos 1615 y 1617 del C. Civil), de modo que no es procedente esa petición porque los iniciadores del litigio solicitaban el pago de una suma mayor a la debida, de manera que su no entrega por parte de la compañía demandada, en la cantidad solicitada por su contraparte, aparece justificada y no puede por lo tanto hablarse de que haya incurrido en mora. Es decir, por existir la duda acerca del monto de lo debido, no se trataba de una deuda cierta y líquida, y sólo con el presente fallo viene a dilucidarse el problema. Únicamente a partir de esta sentencia puede hablarse de una obligación determinada de pagar suma de dinero y sólo a partir de ella puede existir la mora en su pago, si la compañía no la satisface dentro del tiempo debido, indemnizable por medio de los correspondientes intereses legales.

No prospera este cargo.

NOVENO Y ULTIMO CARGO

Acusa la sentencia recurrida por infracción del artículo 575 del Código Judicial por no haber condenado en costas a la compañía demandada.

En reiterados fallos ha dicho la Corte Suprema y lo ha aceptado este Tribunal que la condenación en costas escapa al recurso de casación, como cuestión accesoria y de apreciación libre por parte de los falladores de las instancias.

No es aceptable este cargo.

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, NO CASA la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, proferida por el Tribunal Seccional de Cali el 21 de junio último.

Costas a cargo del recurrente, porque en casación se imponen mecánicamente, con prescindencia de las nociones de temeridad o malicia, a quien pierde el recurso (artículo 537 del C. Judicial).

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.

CASACION

La jurisprudencia, uniforme y reiterada de la Corte Suprema de Justicia y de esta corporación, ha expresado que, de acuerdo con la técnica de este recurso extraordinario, según la doctrina y las normas consagradas en los artículos 520 y 531 del Código Judicial, es necesario señalar claramente la norma legal que se estime infringida. Es preciso que el recurrente singularice el artículo de la ley sustantiva que considere violado, porque no es admisible en casación la cita de todo un código, una ley o un estatuto legal.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla).

Bogotá, diciembre primero de mil novecientos cuarenta y ocho. Emilio Leguizamo demandó a Alcibiades Ibáñez ante el Juez del Trabajo de Tunja, para el pago de mil trescientos veinte pesos (\$ 1.320.00) por concepto de indemnización por accidente de trabajo.

Fundó su acción diciendo que en noviembre de 1945 lo contrató como cantero y albañil para hacerle una edificación, con un salario de dos pesos con veinte centavos (\$ 2.20); que el 29 de ese mes mientras trabajaba en la construcción, en la ciudad de Miraflores, preparando piedra, le saltó al ojo derecho una partícula de piedra o una chispa del taladro, ocasionándole la pérdida del ojo; que se hizo operar en Bogotá para no perder el ojo izquierdo, pero que siempre le quedó éste con una potencia visual sensiblemente disminuida.

El demandado negó la existencia del contrato de trabajo, pues dijo que el actor le había realizado una labor netamente ocasional, por unos días, por dos pesos con veinte centavos, por reventar unas piedras que tenía en una propiedad suya y que necesitaba para tra-

bajos posteriores. Además, el servicio contratado tenía por finalidad construir una cocina, por lo cual tampoco estaba legalmente obligado a pagarle la indemnización que reclama por ser la obra de escaso valor. Tampoco aceptó que hubiera perdido el ojo derecho el demandante como consecuencia necesaria del accidente, ya que se ignora el proceso clínico y quirúrgico que hubiera seguido en el tratamiento. Y, finalmente, dice que el actor continuó trabajando después de servirle a él en otras actividades y que pudo en éstas haber sufrido el accidente de que habla.

El Juzgado dictó su fallo negando las peticiones de la demanda y apelado por el apoderado del actor, el Tribunal Seccional del Trabajo de Tunja lo revocó y, en su lugar, condenó al demandado a pagarle al demandante novecientos setenta pesos (\$ 970.00) como indemnización y salarios debidos por el accidente. Uno de los señores Magistrados salvó su voto.

El apoderado del opositor interpuso el recurso de casación, que va a decidirse.

EL RECURSO

El representante judicial del recurrente dice en el escrito de sustentación de su recurso que la sentencia del Tribunal de Tunja es violatoria de ley sustantiva porque ha hecho aplicación indebida de varios preceptos, ha incurrido en errónea interpretación de la ley, hizo una apreciación equivocada de varias pruebas e incurrió en error de derecho y de hecho que aparece de manifiesto en los autos.

Agrega que sobraría toda alegación de su parte en vista del salvamento de voto del Magistrado disidente, doctor Márquez Páez.

Después de referirse a distintas pruebas que estima mal apreciadas y de formular diversas consideraciones concluye diciendo que han sido violados los preceptos de las Leyes 6ª de 1945, 57 de 1915 y 64 de 1946, del Decreto 2127 de 1945 y los artículos 597 y 1209 del Código Judicial, incurriendo la sentencia en error de derecho, violando las leyes sustantivas, aplicando indebidamente preceptos legales, interpretando erróneamente los mismos preceptos y con apreciación errónea de pruebas.

Se considera:

El recurso fue interpuesto antes de la expedición del Decreto legislativo número 2158 del presente año, sobre procedimiento en los juicios del trabajo, por lo cual se rige por el Código Judicial.

Enseña dicho Código cuáles son los requisitos de una demanda de casación en sus artículos 520 y 531. La jurisprudencia, uniforme y reiterada de la Corte Suprema de Justicia y de esta corporación, ha expresado que, de acuerdo con la técnica de este recurso extraordinario, según la doctrina y los preceptos legales citados, es necesario señalar claramente la norma legal que se estime infringida. Es decir, es preciso que el recurrente singularice el artículo de la ley sustantiva que considere violado. Ha dicho también la jurisprudencia y lo ha repetido en infinitad de veces este Tribunal, que no es admisible en casación, por aquella exigencia, la cita de todo un código, una ley o un estatuto legal, pues debe determinarse claramente el precepto infringido.

El recurrente acusa de violadas por el fallo del Tribunal de Tunja diversas leyes, sin que haya singularizado el artículo de ellas que estime infringido, por lo cual peca contra la técnica de casación su demanda y no puede estudiarse en esa forma el cargo.

Los únicos preceptos que menciona de acuerdo con los requisitos del recurso son los artículos 597 y 1209 del Código Judicial que son disposiciones adjetivas que escapan a la consideración en casación, porque este medio de impugnación extraordinario, como lo ha dicho tantas veces la jurisprudencia acogiendo sobre el particular lo que enseña la doctrina y dispone la ley, sólo está instituido para defender las normas legales sustantivas y no las meramente procedimentales. Así se lee en el ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial y en el ordinal 1º del artículo 87 del nuevo Código Procesal del Trabajo (Decreto legislativo número 2158 de 1948).

No puede, pues, prosperar el recurso en la forma como ha sido propuesto. Las deficiencias ya anotadas de la demanda de casación, que más parece un alegato de instancia, como lo dice el opositor en el recurso, que una verdadera demanda de aquella naturaleza, no han permitido a la corporación entrar a considerar los fundamentos del fallo recurrido.

Por último, es necesario advertir al apoderado de la oposición en casación que el momento para alegar sobre la admisibilidad de ese recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 529 del Código Judicial, vigente para el que se estudia, no es la contestación de la demanda que sustenta el recurso como lo ha hecho, sino que sólo puede hacerlo dentro del término de diez días de la fijación en lista que para ese efecto ordenaba verificar esa disposición.

Además, no es exacto, como él lo dice, que la cuantía del recurso de casación en asuntos del trabajo estuviese fijada, antes del nue-

vo Código Procesal del ramo, por el artículo 519 del Código Judicial, sino por la regla 6ª del artículo 3º de la Ley 75 de 1945 que fue la que vino a establecer en el país el recurso de casación en materias laborales.

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, NO CASA la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Tunja el 14 de enero del presente año.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, 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.



CESANTIA. SALARIO.

Conforme al texto del inciso 1° del párrafo del artículo 12 de la Ley 6° de 1945, el tiempo de trabajo anterior que se tiene en cuenta para liquidar el auxilio de cesantía, cuando la extinción del contrato de trabajo es posterior a la promulgación de dicha ley, es el transcurrido desde la fecha en que ésta entró en vigencia hacia atrás, pero no la de la terminación del contrato de trabajo, pues dicha disposición es suficientemente clara y no deja lugar a duda sobre el particular.

Cuando se ha convenido un salario por semana, el trabajador tiene derecho, sin que preste sus servicios el domingo, al salario de un día laborable. Si se ha convenido un sueldo mensual fijo, en éste se entiende incluida la remuneración correspondiente a los días domingos de todo el mes en que se descansen efectivamente. Pero cuando la ley tolera que se trabaje en los días de descanso obligatorio, como en los servicios públicos, el expendio y la preparación de drogas y alimentos, el servicio doméstico y la conducción de automóviles particulares, es condición indispensable dar un descanso compensatorio remunerado o pagar el trabajo ejecutado en dichos días, ya sea que se haya acordado un salario semanal o un sueldo mensual. El artículo 7° de la Ley 6° de 1945 no exceptúa ninguna clase de labores del descanso dominical, sino que sólo permite transferir el descanso remunerado a un día común o pagar, además de la remuneración del descanso, la que proceda por el trabajo que se realice en días domingos.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Luis Alberto Bravo)

Bogotá, dos de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho.
El Señor José Palomares prestó sus servicios a la señora Zilia

Núñez de Soto, como chofer del automóvil particular de ésta, durante el tiempo comprendido entre el 1º de junio de 1939 y el 15 de octubre de 1945, fecha en que se retiró voluntariamente.

Como no le fueran canceladas las prestaciones sociales a que cree tener derecho, promovió demanda contra la mencionada señora, con el fin de que fuera condenada a pagarle auxilio de cesantía, remuneración por trabajo efectuado en días domingos y demás de fiesta legal y horas extras diurnas y nocturnas.

Fundó su acción en las Leyes 10 de 1934 y 57 de 1942 y en el Decreto 895 de 1934, por el cual se aprobó la Resolución número 1 del mismo año, dictada por la Oficina General del Trabajo.

La parte demandada se opuso a las peticiones del actor por carencia de acción. Propuso, también las excepciones de compensación y de prescripción.

El Juez de primera instancia, que lo fue el Primero del Trabajo de Bogotá, condenó a la señora Núñez de Soto a pagar al actor la cantidad correspondiente a seis años de cesantía y el valor de los domingos que demostrare haber trabajado a su servicio. Para hacer la liquidación respectiva dispuso dar aplicación al artículo 553 del C. Judicial. La absolvió de los demás cargos.

De la referida providencia apelaron ambas partes para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, que en su fallo reformó el del inferior en el sentido de limitar el auxilio de cesantía a tres años. Lo confirmó en lo demás. Salvó su voto uno de los señores Magistrados.

Como ninguna de las partes se conformara con la sentencia de segundo grado, interpusieron recurso de casación, que fue concedido por el Tribunal Seccional y admitido por el Supremo.

El apoderado del señor Palomares hizo uso del traslado pero presentó la correspondiente demanda de casación fuera de tiempo, por lo cual el apoderado de la demandada solicitó que se declarara desierto el recurso en relación con aquél. En atención a ello y a lo dispuesto en el artículo 532 del Código Judicial, así se dispuso. El apoderado de la señora Núñez de Soto fundó su recurso oportunamente. Agotada la tramitación, procede a decidirse.

El recurrente invoca la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial y con base en ella formula los cargos que se examinan a continuación.

PRIMER CARGO

Sostiene el recurrente que el Tribunal, al condenar a la deman-

dada al pago de tres años de cesantía, violó, por infracción directa, la regla 2ª del párrafo del aparte f) del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, que dice así:

“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).”

El sentenciador, agrega el recurrente, aplicó de una manera trunca la referida disposición, ya que no tuvo en cuenta el capital de la demandada. Sin esa omisión no habría condenado al pago de cesantía por los tres años de trabajo o de servicios prestados antes de la vigencia de la Ley 6ª de 1945, puesto que la causa de la terminación del contrato fue el retiro voluntario del trabajador.

Al mismo tiempo, dice el recurrente, al afirmar el Tribunal que “la época anterior de servicios es obvio entenderla partiendo desde la fecha de la terminación del contrato hacia atrás, y no desde la vigencia de la ley”, violó también por infracción directa el párrafo del aparte f) del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, en su inciso 1º, que dice:

“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....”

Se considera:

Como es bien sabido, la Ley 10 de 1934, en su artículo 14, estableció en favor de los empleados particulares el auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio y proporcionalmente por las fracciones de año, “en caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados”.

Posteriormente, la Ley 6ª de 1945, que extendió la referida prestación a los obreros particulares y a los servidores de la Nación, si bien en general condicionó su reconocimiento al hecho de que el despido no fuese originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato, consagró una especie de consolidación del auxilio para aquellos trabajadores con un tiempo de servicio mayor de tres años, en forma que el derecho a la prestación se adquiría en cada período trienal sin lugar a que se perdiera aunque en los tres años subsiguientes se retiraren voluntariamente o se les despidiere por haberse incurrido en mala conducta o en incumplimiento del contrato. Sólo se

perdía en tales casos el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años.

Esta disposición consignada en el segundo inciso del ordinal f) del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945 y modificada más tarde por el artículo 1º de la Ley 65 de 1946, contemplaba los retiros o despidos ocurridos después de que entró en vigor aquella ley y los servicios prestados con posterioridad a la misma.

En cuanto al tiempo de trabajo anterior y respecto de los contratos cuya extinción se efectuara bajo la vigencia de la Ley 6ª de 1945, ésta, en el parágrafo del artículo 12, dio las siguientes dos 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 (\$ 125.000.00).

“Con todo, cuando se trate de empleados particulares que lleven más de diez años de servicio del patrono, también se computará todo el tiempo de servicio anterior, en caso de retiro voluntario.”

De conformidad con el artículo 36 de la Ley 6ª citada, las disposiciones de ésta, en cuanto sean más favorables a los trabajadores (empleados y obreros), 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 de la Ley 6ª, en cuanto fueren más favorables a los trabajadores.

En el caso de autos se tiene que el tiempo durante el cual el señor Palomares prestó sus servicios a la demandada, como chofer particular, alcanzó a seis años, cuatro meses y quince días, y que la extinción del respectivo contrato de trabajo, determinada por el retiro voluntario de aquél, ocurrió cerca de ocho meses después de promulgada la Ley 6ª de 1945.

Por tanto, la disposición que debe aplicarse es la de la regla 2ª del parágrafo del artículo 12 de la mencionada ley, por serle más favorable, en cuanto reconoce auxilio de cesantía en caso de retiro voluntario hasta por tres años de servicio anteriores a su expedición. Pero como dicho precepto exige la condición de que el patrono tenga un capital mayor de \$ 125.000.00, y tal hecho no fue acreditado en el juicio por ninguna de las partes, resulta comprobado el cargo de

que la sentencia impugnada violó la referida disposición legal por no haber aplicado su texto completo.

De igual manera el sentenciador violó esa disposición al sostener que "la época anterior de servicios es obvio entenderla desde la fecha de la terminación del contrato hacia atrás, y no desde la vigencia de la ley", pues ella es muy clara en el sentido de expresar que cuando la extinción del contrato se opere en fecha posterior a la de la promulgación de la ley se tome en cuenta, para liquidar el auxilio de cesantía, el tiempo de trabajo anterior a la misma ley hasta por tres años.

Otra cosa es que se compute todo el tiempo anterior al día en que termine el contrato de trabajo para la liquidación total de la cesantía. Por ejemplo, si un empleado comenzó a prestar sus servicios tres años antes del 19 de febrero de 1945, fecha en que comenzó a regir la Ley 6ª de ese año y continuó prestándolos hasta tres años después de esa fecha, tendrían que computarse seis años en caso de retiro voluntario, al liquidar su cesantía de acuerdo con dicha ley.

El Tribunal sentenciador quizá lo entendió así, pero la forma como manifestó su pensamiento es evidentemente ambigua y debe ser aclarada.

En consecuencia, habrá de casarse la sentencia acusada en lo que se refiere a la condenación por concepto de auxilio de cesantía.

SEGUNDO CARGO

Dice el recurrente que la sentencia al declarar que los choferes particulares o de familia tenían derecho al pago doble de salario cuando trabajaran en días domingos, violó por interpretación errónea, el artículo 1º de la Ley 57 de 1926, que dice:

"Declárase obligatorio un día de descanso después de seis días de trabajo o cada seis días para todo empleado u obrero de un establecimiento industrial o comercial y sus dependencias, cualquiera que sea la naturaleza del establecimiento, público o privado."

Estima quebrantada la disposición transcrita, porque ella se refiere únicamente a los trabajadores de establecimientos industriales o comerciales, y no a los hogares o familias. Agrega que tan cierto es que los choferes no estaban amparados por la Ley 57 de 1926, sobre descanso dominical remunerado, que fue necesario que se expediera la Ley 45 de 1939 para que los chóferes del servicio oficial nacional, departamental o municipal lograran el pago doble de salario por el trabajo ejecutado en días domingos o de fiesta legal.

Se considera:

Es verdad que el artículo 1º de la Ley 57 de 1926 impone la obligación de conceder el descanso semanal sólo a los establecimientos industriales o comerciales y sus dependencias, lo que se explica porque el derecho del trabajo fue inicialmente un derecho obrero, esto es, un derecho protector de los asalariados de la industria y del comercio. Sólo en la evolución que ha venido a tener luego, su campo de aplicación se ha ampliado hasta extender sus beneficios a todos los económicamente débiles como a los asalariados domésticos, a los trabajadores independientes, etc. Sin embargo, es de advertir que la propia Ley 57 de 1926, en su artículo 6º, se refiere a "las personas que trabajan en el servicio doméstico" para incluirlas dentro de las que tienen derecho al descanso semanal y el Decreto 1278 de 1931, reglamentario de esa ley, en su artículo 12, dispone tal descanso se conceda por turnos, de acuerdo con las costumbres locales.

Por consiguiente, no basta el argumento de que el descanso dominical ampare exclusivamente a los trabajadores de la industria y del comercio, pues, como se ha dicho, también tienen derecho a gozar de él los trabajadores del servicio doméstico, derecho que les ha sido reconocido, además, por la Ley 6ª de 1945 en su artículo 7º.

Mas como la sentencia se funda en el artículo 5º de la Ley 57 de 1926, en la Ley 72 de 1931, especialmente en el artículo 1º de ésta, y en los artículos 1º y 10 del Decreto 1278 del mismo año, que evidentemente tratan del descanso semanal para empleados y obreros del comercio y la industria, también prosperará este cargo.

La Ley 57 de 1926 estableció el descanso obligatorio para los empleados u obreros de los establecimientos industriales o comerciales (artículo 1º), para las personas del servicio doméstico (artículo 6º) y para los trabajadores ocupados en trabajos u obras de la nación, los departamentos o los municipios (artículo 7º). La expedición de la Ley 45 de 1939 tuvo por objeto proteger con el descanso semanal a los choferes del servicio oficial distintos a los de los trabajadores públicos, como los de los ministerios, gobernaciones, alcaldías, etc., o sea aquellos que están al servicio personal de los respectivos funcionarios. Estos choferes no estaban evidentemente comprendidos dentro de las disposiciones de la Ley 57 de 1926, y como el pago de sus servicios se hace con fondos del tesoro público, es obvio que sólo la ley puede imponer a las correspondientes entidades la obligación de cubrir doble salario por el trabajo que aquellos efectúan en los días domingos y demás de fiesta legal.

Como se ve, de la Ley 45 de 1939 no cabe deducir que los cho-

feres particulares no tuvieran derecho al descanso dominical antes de su expedición ni que hubieran adquirido ese derecho después de ella.

TERCER CARGO

Afirma el recurrente que la sentencia violó expresamente el artículo 2º de la Ley 57 de 1942, que dice:

“Los choferes de automóviles particulares solamente tendrán derecho en materia de prestaciones sociales al auxilio de cesantía, vacaciones remuneradas y auxilio en caso de enfermedad.”

Para el recurrente los choferes de automóviles particulares no gozaban de ninguna prestación social antes de la vigencia de la citada ley. A partir de ella se estableció una diferencia entre choferes mecánicos que prestan sus servicios a una empresa y choferes de automóviles particulares. Los primeros quedaron amparados por todas las leyes sociales anteriores a la 57 de 1942, y los segundos únicamente tuvieron derecho a las prestaciones consagradas en el artículo 2º de la ley en referencia. En cuanto al descanso dominical respecto de los choferes de automóviles particulares no existió antes de la Ley 6ª de 1945 ninguna disposición que les reconociera tal descanso.

Se examina el cargo:

El chofer mecánico y el chofer particular corresponden a tipos de trabajadores de aparición relativamente reciente entre nosotros. El primero surge con el desarrollo del transporte de pasajeros en las ciudades o entre éstas. Y el segundo, cuando la prosperidad económica del país permitió a las familias más acomodadas adquirir automóviles para la mejor satisfacción de las necesidades de su vida social, y a tiempo que la producción de ese medio de locomoción comenzó a realizarse a grande escala y a bajo costo en los centros fabriles americanos y europeos.

Sobrevino así la necesidad de reglamentar las condiciones de su labor, y a ello obedeció la Ley 57 de 1942 cuyo alcance fue el de clasificar a los choferes mecánicos como empleados particulares para el efecto de prestaciones sociales y el de determinar las especiales de los choferes de automóviles particulares.

La jurisprudencia, anticipándose a la ley, ya había reconocido a los choferes mecánicos la calidad de empleados particulares, teniendo en cuenta no sólo la naturaleza de su función, en la que prevalece el esfuerzo intelectual sobre el físico, sino la circunstancia de que las personas o entidades que generalmente contratan sus servicios lo hacen con fines de lucro. Acerca de la situación jurídica de los choferes

res de carro particular no podría aplicarse igual criterio porque en quienes los utilizan falta el ánimo de ganancia que caracteriza a las empresas industriales o comerciales y no se da siempre una capacidad económica suficiente para soportar cargas sociales semejantes a las que se imponen a aquéllas. Más lógico sería equiparar esta especie de trabajadores a los del servicio doméstico en vista de que sus servicios son inherentes al funcionamiento de la vida interna de las familias y habitualmente llevan su misma vida, recibiendo alimentación y aún alojamiento en la misma casa.

En consecuencia, y por lo que hace al descanso dominical, el artículo 6º de la Ley 57 de 1926, por analogía, pudo serles aplicado a los choferes de carro particular antes de la vigencia del artículo 7º de la Ley 6ª de 1945, que expresamente los menciona ese efecto.

Bien es cierto que el artículo 2º de la Ley 57 de 1942, al señalar las prestaciones sociales de los choferes de automóviles particulares, no incluye el descanso semanal. Pero habida cuenta de la finalidad que persigue dicha institución, que es la de facilitar al trabajador la oportunidad de que renueve sus fuerzas con un ocio periódico justo y la de impedir el relajamiento de los lazos familiares del mismo, permitiéndole que consagre a su hogar siquiera un día de cada semana, cree esta corporación que además del auxilio de cesantía, las vacaciones y el auxilio por enfermedad, tales choferes tuvieron derecho al descanso dominical de acuerdo con el artículo 6º de la Ley 57 de 1926, aclarado luego por la Ley 6ª de 1945 en su artículo 7º.

Como el recurrente sólo enfoca la cuestión de derecho y no ataca las pruebas en que se fundó el sentenciador para condenar al demandado al pago del trabajo que el actor demostrare haber realizado en días de fiesta ni tampoco se refiere a la aplicación del artículo 553 del Código Judicial, que esta corporación estima indebida, porque dicha disposición sólo trata del caso en que se condene a pagar una cantidad ilíquida por frutos, daños, perjuicios u otra cosa semejante y no al de que no se haya establecido la prueba de alguno o algunos de los hechos de la demanda, será forzoso mantener la providencia impugnada en lo pertinente.

CUARTO CARGO

Afirma el recurrente que la sentencia, en cuanto declara que los choferes de automóviles particulares, contratados por un sueldo fijo mensual, tienen derecho, además de su sueldo, al pago del día domingo, cuando lo trabajan, quebranta el inciso tercero del artículo 7º de la Ley 6ª de 1945, que dice:

“Solamente se permitirá el trabajo durante los días de descanso obligatorio, pagándolo o dando un descanso compensatorio remunerado en aquellas labores que no son susceptibles de interrupción, etc.”

Dice el recurrente que este artículo permite el trabajo de los choferes de automóviles particulares en los días domingos y que cuando tales trabajadores, sabiendo que tienen que prestar sus servicios en esos días, se contratan con un sueldo mensual, es lógico considerar que sus servicios dominicales quedan pagados con ese sueldo, y que, por tanto, al ordenar nuevo pago, como lo hizo el Tribunal Seccional, se viola la disposición legal transcrita, por aplicación indebida.

Se examina el cargo:

Conforme al inciso 1º del artículo 7º de la Ley 6ª de 1945 el descanso dominical es obligatorio y debe ser remunerado por el patrono a los asalariados que, “habiéndose obligado a prestar sus servicios en todos los días laborables de la semana, no falten al trabajo”.

Y según el inciso 3º del mismo artículo, citado por el recurrente, sólo se permite el trabajo durante los días de descanso obligatorio, pagándole o dando un descanso compensatorio remunerado, y respecto de aquellos trabajadores que tienen a su cargo labores de naturaleza especial, entre otros los choferes de automóviles particulares.

Para el Tribunal Supremo el sentido obvio de las disposiciones mencionadas es el de que si se ha convenido un salario por semana, el trabajador tiene derecho, sin que preste sus servicios el domingo, al salario de un día laborable. En cambio, si se ha convenido un sueldo mensual fijo, en éste se entiende incluida la remuneración correspondiente a los días domingos de todo el mes en que se descansen efectivamente. Pero cuando la ley tolera que se trabaje en los días de descanso obligatorio, como en los servicios públicos, el expendio y la preparación de drogas y alimentos, el servicio doméstico y la conducción de automóviles particulares, es condición indispensable dar un descanso compensatorio remunerado o pagar el trabajo ejecutado en dichos días, ya sea que se haya acordado un salario semanal o un sueldo mensual. En otros términos, el artículo 7º de la Ley 6ª de 1945 no exceptúa ninguna clase de labores del descanso dominical remunerado, sino que sólo permite transferir el descanso remunerado a un día común o pagar, además de la remuneración del descanso, la que proceda por el trabajo que se realice en días domingos.

En consecuencia, no prospera el cargo.

Se dicta a continuación el fallo de instancia que ha de reemplazar la parte que se infirma de la sentencia acusada.

Consta de autos que el señor José Palomares prestó servicios a la señora Zilia Núñez de Soto, como chofer de su automóvil particular desde el mes de junio de 1939 hasta el 15 de octubre de 1945, fecha en que se retiró voluntariamente. Su contrato de trabajo se extinguió, pues, más o menos ocho meses después de la vigencia de la Ley 6ª de 1945, habiendo prestado los servicios respectivos en su mayor parte, antes de dicha vigencia.

Se está así, frente a un caso contemplado en la regla segunda del parágrafo del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, conforme al cual el trabajador que se retira voluntariamente tiene derecho a un auxilio de cesantía que se computa por el tiempo anterior a la expedición de la citada ley, pero solamente hasta por tres años y cuando se trata de empresas cuyo capital sea mayor de \$ 125.000.00.

Como no se comprobó cuál fuera el capital de la parte demandada, se la absuelve de la petición sobre pago del referido auxilio de cesantía.

Se observa que conforme al texto claro del inciso 1º del parágrafo del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945 el tiempo de trabajo anterior que se tiene en cuenta para liquidar el auxilio de cesantía, cuando la extinción del contrato de trabajo es posterior a la promulgación de la ley, es el transcurrido desde la fecha en que ésta entró en vigencia hacia atrás.

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 objeto del presente recurso en cuanto condenó a la parte demandada al pago de auxilio de cesantía; REVOCA el numeral 1º de la sentencia de primera instancia en que se condenó al pago de la misma prestación, y en su lugar ABSUELVE a la demandada de dicho cargo. NO LA CASA en lo demás.

Sin costas en la instancia ni el recurso.

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.

EMPLEADOS DE CONFIANZA

El telefonista-cadenero a quien se confía la seguridad del tránsito de la carretera en la zona o trayecto correspondiente, es empleado de confianza, porque de su celo, su diligencia, su cuidado depende la normalidad de los transportes, la eficacia de un servicio vial, la seguridad de vehículos y personas. Está, por tanto, exceptuado de la jornada máxima legal de ocho horas, y no tiene derecho a sobrerremuneración por trabajo que exceda de ese límite.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Redacta el Magistrado Dr. Jaramillo Arrubla).

Bogotá, diciembre cuatro de mil novecientos cuarenta y ocho.

Gonzalo Salazar demandó a la Nación para el pago de \$ 3.017.02 por concepto de ocho horas diarias suplementarias de trabajo como telefonista-cadenero de la Zona de Carreteras Nacionales de Popayán en las Estaciones de Rosas y La Depresión, durante los días hábiles y feriados comprendidos entre el 1º de octubre de 1940 y el 1º de igual mes de 1944, más los intereses legales de dicha suma desde la última fecha expresada.

El señor Personero Municipal de Popayán contestó la demanda manifestando que no se oponía a sus peticiones siempre que se demostraran los hechos en que se fundan.

El Juzgado del Trabajo de Popayán decidió el litigio declarando a favor del actor y a cargo de la Nación la obligación de pagarle \$ 2.672.90, por 10.268 horas suplementarias de trabajo pero absolviéndola del pago de intereses.

Apelado el fallo de primera instancia por ambas partes, el Tribunal Seccional del Trabajo de Popayán dictó el suyo el 19 de abril último en el sentido de reformar el recurrido y, en su lugar, declarar

que el Estado colombiano debe al demandante \$ 2.486.18 por concepto de horas suplementarias de trabajo aunque absolvió también del pago de intereses. Y declaró no probadas las excepciones perentorias propuestas por la parte demandada. El Magistrado doctor Tafurt salvó su voto.

Interpuesto el recurso de casación contra esta sentencia por el señor Fiscal del Tribunal Superior y sustentado aquí por el señor Procurador General de la Nación corresponde estudiarlo.

Tres cargos formula el recurrente, de los cuales se examinará el segundo por hallarse probado.

Dice en ese cargo que el artículo 2º de la Resolución número 1 de 1934 exceptúa del derecho al salario por horas suplementarias a las personas que ocupan cargos de supervigilancia u oficios de confianza y que la sentencia acusada, al estimar que no están comprobadas esas calidades con respecto al empleo de telefonista-cadenero, cometió un error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos y que la llevó a violar el artículo citado. Agrega que la sola denominación del oficio desempeñado, por una parte, y por otra, los testimonios que la sentencia tuvo en cuenta, muestran en forma evidente que el trabajo de un telefonista-cadenero de carreteras es de confianza y consiste en la supervigilancia del tránsito, por medio de comunicaciones telefónicas con otros sitios, de la vía y también de cadenas destinadas a impedir el tránsito, mientras el empleado no dé la autorización respectiva, todo con el objeto de dar seguridad a las personas y a los vehículos que transiten por la carretera.

Se considera:

Este cargo está mejor planteado en esta demanda que en otros asuntos similares en que se ha pedido a la Nación el pago de horas extras por razón del mismo oficio de telefonista-cadenero en la carretera de Popayán a Pasto.

En una demanda anterior, no se precisó por el recurrente la disposición legal violada. Mas en la que ahora se estudia sí aparece señalada, o sea el artículo 2º de la Resolución número 1 de 1934, sobre excepciones a la jornada máxima de trabajo, expedida por la Oficina General del Trabajo, aunque no se expresa el concepto de la infracción, si por violación directa, por aplicación indebida o por interpretación errónea como lo exige el artículo 520 del Código Judicial, aplicable al presente recurso.

Pero con amplitud entra el Tribunal a estudiar el cargo por haberse señalado o singularizado la norma sustantiva que se estima infringida, que es lo importante en este recurso.

El recurrente dice que la infracción ocurrió a través de un error de hecho en que incurrió el fallador al considerar que no estaban acreditadas las calidades de empleados de supervigilancia o confianza del telefonista-cadenero. Y que a ese error de hecho, manifiesto en los autos, llegó por no tener en cuenta la sola denominación del oficio y los testimonios que analizó la sentencia.

Vuelve el Tribunal Supremo a encontrar otra deficiencia de técnica al no determinar claramente el cargo la prueba que indujo a errar al sentenciador, pues el artículo 520 citado y la jurisprudencia constante en el país han exigido que cuando se acusa por error de hecho se deben señalar las pruebas mal apreciadas o dejadas de apreciar que produjeron esa equivocación. Más, con el criterio amplio que es posible emplear en estos casos, que también tiene un límite puesto que hay deficiencias de técnica en casación insubsanables, considera la corporación que por haber expresado el recurrente que esas pruebas son "los testimonios que la sentencia tuvo en cuenta", a pesar de que no los determina, según exigencia de la ley, por ejemplo, con los nombres y apellidos correspondientes, puede entrar a examinar esa prueba testimonial para efectos de la acusación en estudio.

El Tribunal Seccional estudió los testimonios de Manuel María Rodríguez, Benjamín Hoyos, Julio César Cobo y Antonio María Uzuriaga. Y el Magistrado disidente de esa entidad, en su salvamento de voto, dice que los testigos Uzuriaga y Rodríguez expresan que el cargo del telefonista-cadenero fue de los de supervigilancia y dirección.

El sentenciador de segunda instancia estudia si las labores del demandante fueron de confianza, dirección, vigilancia o supervigilancia y llega a la conclusión de que no existen pruebas que den por demostrada una de esas excepciones a la jornada máxima legal. Y el recurrente estima que con los testimonios se acredita que las actividades del actor del juicio fueron de supervigilancia y confianza.

Examinada esa prueba testimonial, se encuentra que los declarantes Rodríguez, Hoyos, Cobo y Uzuriaga explican en que consistían las labores del telefonista-cadenero. El primero de ellos expresa al respecto que en las cadenas era forzoso el paro de los vehículos y que debía presentársele al telefonista-cadenero el comprobante que para viajar era expedido por la oficina de revisión de Popayán y dicho empleado tenía qué solicitar la vía y cerciorarse si estaba libre para que continuara el vehículo su viaje, pues en caso negativo había que permanecer en la cadena hasta que el paso estuviese franco. Los restantes manifiestan sobre el particular que en las estaciones

de la carretera no había sino un solo turno y la cadena se cerraba a las nueve de la noche cuando se suspendía el servicio para reanudarlo a las cinco de la mañana y que los telefonistas-cadeneros no se podían retirar de sus puestos durante el tiempo de labores. El último agrega que a medida que se ha ido ampliando la carretera Popayán-Pasto, se han suspendido los servicios de los telefonistas-cadeneros, porque ya en esa forma presta un servicio de doble vía.

De esos testimonios se deduce que las labores de un telefonista-cadenero en la carretera de que se trata, y del litigante Salazar por lo tanto, eran las que expresa el recurrente en su cargo, o sean las de cuidar del tránsito por la vía por medio de comunicaciones telefónicas con otros sitios o estaciones e impidiendo el paso mientras no diera ese empleado la autorización respectiva a fin de dar seguridad a las personas y a los vehículos que por allí transitasen.

Para el Tribunal Supremo esas actividades son de confianza y también de vigilancia, pero, para los efectos del presente recurso, basta que lo sean de aquella naturaleza. Ya la corporación ha dicho qué entiende por cargos o empleos de esa índole, o por funciones de esa clase. Por ejemplo, ha expresado lo siguiente:

“La corporación ha analizado esta noción de empleado de confianza en diversas sentencias.”

En la de 27 de noviembre de 1946, tan citada en este litigio desde la primera instancia, que no mereció la consideración del Tribunal Seccional así fuese para rebatirla o al menos para disentir de ella, y que aparece publicada en la “Gaceta del Trabajo” números 2 a 4, se expresó lo siguiente: “...Por lo demás considera la Corte que, cuando se trata de empleados de aquellos que se encuentran dentro de las excepciones aludidas (las de la jornada máxima de trabajo, como los empleados de confianza), como son los de director, gerente, administrador, etc., si se ha ajustado un sueldo mensual, tanto más si se ha estipulado participación en los beneficios de la empresa, debe entenderse que esa retribución cobija la totalidad del servicio prestado, sin consideración al número de horas diarias de trabajo” (“Gaceta del Trabajo” números 2 a 4, páginas 100 a 101).”

En la de fecha 17 de junio de 1947 se manifestó lo que sigue: “...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’.”

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’.”

Y en la de fecha 5 de octubre de 1948 (Antonio Nel Zúñiga contra Avianca), se manifestó así la corporación: “...Se ha dicho por la doctrina que no es posible dar un criterio de las nociones de dirección, vigilancia, fiscalización, inspección de labores, confianza y demás similares, sino que debe estudiarse la relación de trabajo respectiva en cada empresa para catalogar al trabajador en una cualquiera de esas clasificaciones, según sus funciones.”

“El Tribunal Supremo entiende que en las labores de dirección y confianza el trabajador reemplaza al patrono, frente a los demás asalariados a su cargo, de modo que por la imposibilidad del empresario de estar en todas las dependencias o secciones del establecimiento hacen sus veces, lo sustituyen en sus facultades directivas, de mando, o de organización. La simple vigilancia es una noción más clara y sencilla porque aun cuando denota una función propia de la índole patronal o en que se hace las veces del patrono, no conlleva facultades o atribuciones directivas o de mando, sino sólo de cuidado, control o fiscalización, bien de personas o de cosas’.”

“Un conocido autor mexicano de Derecho del Trabajo, al tratar de fijar doctrinariamente el concepto de empleado de confianza, dice que no existe un criterio exacto para precisarlo, que el único que pudiera darse radica ‘en las necesidades y en el interés de la empresa’, y que ‘debe tenerse en cuenta que éste es un criterio genérico, pues no es posible una enumeración limitativa’. Y agrega: ‘Será en relación con cada empresa que puede utilizarse’. Finalmente, expresa: ‘Ahí donde están en juego la existencia de la empresa, sus intereses fundamentales, su éxito, su prosperidad, la seguridad de sus establecimientos, el orden esencial que debe reinar entre sus trabajadores, debe hablarse de empleados de confianza. Serán pues, y desde luego, las personas que tengan en sus manos la marcha de la negociación, a cuya habilidad y honradez queda confiada, directores y administradores, encargados de supervisar todas las labores, puestos superiores

de vigilancia, vigilancia general de los establecimientos, encargados de mantener el orden, etc., y además, un grupo de empleados en trabajos personales del patrono, determinado por las necesidades múltiples de una empresa que, en ocasiones, obligan a mantener en absoluto secreto determinadas cuestiones' (De la Cueva, Derecho Mexicano del Trabajo, página 355)."

"El Tribunal Supremo ha agregado en la última sentencia citada que, fuera de ese criterio, debe tenerse en cuenta también para fijar la noción de empleado de confianza, las funciones que desempeñe el trabajador. De ahí resulta, pues, que para precisar ese concepto es necesario atender al interés o a las necesidades de la empresa y a las labores desarrolladas por el asalariado."

"El apoderado del actor en su alegato de la segunda instancia sostiene que su representado no fue empleado de confianza en los términos que se dejaron transcritos, pero sobre los cuales desea volver la corporación para destacar cómo siguió en este punto al tratadista expresado. En efecto, en aquel alegato dice que las nociones de empleados de confianza y manejo se refieren a aquellas personas que, como los directores, gerentes, etc., ejercen funciones directivas o administrativas, en nombre del patrono, al cual pueden sustituir legalmente, 'y las cuales por su especial vinculación a la empresa, están directamente interesadas en su éxito y prosperidad'."

"Pues bien. Tal parece que el tratadista citado y el apoderado del actor consideraran existentes los cargos de confianza y manejo en las grandes empresas, en la llamada grande industria, porque se refieren a aquellas explotaciones económicas que exigen la colaboración de numerosos o por lo menos, de varios trabajadores, pero que requieren gerentes, administradores o empleados de categoría que en la doctrina del Derecho Laboral y especialmente en la alemana se conocen con la designación genérica de 'altos empleados'. Más olvidó especialmente el último que puede darse el caso también de empleados de confianza en la pequeña industria, en el pequeño taller o en la explotación económica simple o incipiente." (Sentencia de octubre 27 de 1948, Mario Valencia L. contra Arturo Silva).

Es elemental estimar que a un telefonista-cadenero que tenía las funciones que se expresaron se le confiaba la seguridad del tránsito de la carretera en la zona o trayecto correspondiente, de modo que en él se depositaba una gran confianza por cuanto de su celo, de su diligencia, de su cuidado dependía la normalidad de los transportes, la eficacia de un servicio vial, la seguridad de vehículos y de personas.

Por consiguiente, ese empleo es de los exceptuados de la jornada

máxima legal de ocho horas, según el artículo 2º de la Resolución número 1 de 1934, citado por el recurrente, por lo cual no tiene derecho a sobrerremuneración por trabajo que exceda de ese límite.

Y esa norma es sustantiva, para los efectos del presente recurso, porque fijó la duración máxima de la jornada y estableció excepciones, como aspectos generales y básicos, de modo que instituyó derechos y obligaciones individuales de aquella naturaleza.

Está, pues, probado este motivo, deberá casarse la sentencia recurrida y al fallar en instancia se absolverá a la Nación del cargo sobre pago de horas suplementarias de trabajo por no tener el actor derecho a él, debido a que está exceptuado de la jornada máxima por razón del carácter de confianza de su empleo.

Por las consideraciones precedentes, el Tribunal Supremo del Trabajo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia dictada el 19 de abril del presente año por el Tribunal Seccional del Trabajo de Popayán, REVOCA la de primera instancia, y, en su lugar, ABSUELVE al Estado colombiano de los cargos que sobre pago de trabajo suplementario le formuló el señor Gonzalo Salazar.

Sin costas.

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. — Bertha Salazar Velasco, Oficial Mayor.

INTERPRETACION ERRONEA. SEGUNDA CAUSAL DE CASACION DEL ARTICULO 520 DEL CODIGO JUDICIAL.

La interpretación errónea de una disposición legal, consiste en la equivocada estimación que se hace del contenido de ella, considerada en sí misma, es decir, independientemente de la cuestión de hecho que trata de regular.

La 2ª causal de casación del artículo 520 del Código Judicial, de incongruencia entre lo pedido y lo fallado, no procede cuando el fallo acusado es absolutorio, porque una decisión de esa naturaleza comprende todas las peticiones de la demanda y mal puede decirse que se dejó sin resolver alguna de ellas.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO.

(Redacta el Magistrado Dr. Jaramillo Arrubla).

Bogotá, diciembre siete de mil novecientos cuarenta y ocho.

El 27 de mayo de 1946 demandó Enrique Cardona López a la sociedad anónima denominada "Inversiones Meridiano, S. A.", propietaria de la empresa de curtidos conocida con el nombre de "Curtidos Meridiano", de Pereira, ante el Juzgado del Trabajo de dicha ciudad, por excedente de cesantía, doble compensación de días domingos y feriados civiles, y por horas extraordinarias de trabajo.

El 11 de septiembre siguiente el Juez **a quo** profirió su fallo que condena a la empresa demandada a pagarle al actor las sumas correspondientes por dominicales, días de fiesta nacional y horas extras que se hayan causado en el lapso del 5 de junio de 1939 al 13 de abril de 1940 y la absolvió de los demás cargos de la demanda.

El 8 de noviembre del mismo año y por apelación de ambas partes, el Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales profirió sentencia de segunda instancia que reformó la de primera en el sentido de

condenar a la empresa sólo al pago de \$ 55.50 por concepto de remuneración extraordinaria de los domingos y días de fiesta comprendidos dentro del mismo lapso citado por el fallo recurrido.

El doctor Francisco Monsalve, diciéndose apoderado del demandante, interpuso el recurso de casación contra esta última sentencia y no obstante que le fue concedido, el Tribunal Supremo no lo admitió en su providencia de 4 de febrero de 1947 porque en parte alguna del expediente fue hallado poder del actor al expresado recurrente, ni en toda la actuación de la primera instancia, ni en la de la segunda, ni ante la corporación que debía conocer del recurso de casación.

Devuelto el expediente al Tribunal de Manizales éste lo envió al Juzgado de Pereira, en donde fue archivado.

El 24 de marzo de 1947 el señor Enrique Cardona López volvió a demandar, ahora sí por medio de apoderado constituido en legal forma, a la compañía "Inversiones Meridiano, S. A.", en su carácter de propietaria o explotadora de "Curtidos Meridiano", ante el Juez del Trabajo de Pereira, para que se formularan las siguientes declaraciones

"Primera. Que por motivo de haber convertido la jornada diurna para la cual con salario de un peso fue contratado Enrique Cardona López por Inversiones Meridiano, S. A., en jornada nocturna, la mencionada empresa tuvo desde el 11 de junio de 1939 la obligación de compensar la jornada laboral de Cardona López con una compensación de un peso, cincuenta centavos m/c."

"Segunda. Que con base en dicha compensación de un peso cincuenta centavos m/c. al día laboral, o sea de diez y ocho centavos y siete décimas y media de centavo la hora (\$ 0.18,75) debe procederse hasta cuando dicha compensación fue aumentada, a la liquidación de la compensación dominical duplicada puesto que lo trabajaba, de los días feriados civiles en que igualmente incorporaba su trabajo, de los días feriados religiosos en que también trabajaba, igualmente duplicados unos y otros, por cuanto es prestación extraestatal o suprallegal que la empresa tiene consagrada para sus trabajadores o tenía en el tiempo en que Cardona fue su asalariado; de las horas extraordinarias de trabajo a razón de cuatro en cada uno de los siete días de la semana, sobrerremuneradas en los comunes con el cincuenta por ciento por ser nocturna; y, en los domingos, feriados nacionales y feriados religiosos con el ciento por ciento por ser de ley respecto de los primeros y de ley o costumbre de la empresa respecto de los últimos."

“Tercera. Que igualmente sobre la base de dicha compensación, con los aumentos sucesivos del jornal, desde la fecha en que cada uno de ellos se hiciera, debe procederse a la liquidación de las compensaciones que semana a semana debieron pagarse a Enrique Cardona López por razón de jornales, duplicado de compensación en días domingos, feriados civiles y religiosos, horas extraordinarias de trabajo, sobrerremuneradas con el 50% en los días comunes y con el 100% en los días feriados civiles y religiosos.”

“Cuarta. Que igualmente sobre la base de dicha compensación y sobre la base de ella y sus sucesivos aumentos desde la fecha en que fueron hechos debe procederse a liquidar el triplicado de la compensación en días feriados civiles y religiosos por haber tenido la empresa como prestación extraestatal o supralegal la costumbre de remunerarlos triplemente cuando exigía prestación de trabajo, triplicado que debe extenderse igualmente a las horas extras.”

“Quinta. Que la empresa Inversiones Meridiano, S. A., está en la obligación de pagar, entregándome a mí como diputado para el cobro y cesionario de parte profesional, dentro de la ejecutoria de la sentencia el monto total a que ascienda la liquidación de que se ha hablado, es decir la suma de las cantidades que semana por semana dejaron de pagarse a Enrique Cardona López por concepto de duplicado de compensación dominical, duplicado y triplicado de compensación en días feriados civiles y religiosos, compensación sobrerremunerada de las horas extras así en los días comunes como en los feriados civiles y religiosos y domingos, complemento de los jornales para alcanzar el nivel legal al ser tornada en nocturna la jornada diurna para que había sido contratado y las cantidades que dejaron de pagársele en los días en que estuvo enfermo, así como los intereses legales de cada una de esas sumas desde la respectiva fecha en que debieron ser pagadas hasta cuando el pago se verifique.”

“Sexta. Que la empresa Inversiones Meridiano, S. A., está en la obligación de pagar al demandante, conjuntamente con lo anterior, entregándome a mí como diputado para recibir y cesionario de parte proporcional, el valor de las vacaciones remuneradas causadas después de cada año de trabajo, liquidadas en consonancia con lo que debía habersele pagado en la fecha en que se causaron, lo que hará dentro de la ejecutoria de la sentencia.”

“Séptima. Que la empresa Inversiones Meridiano, S. A., está en la obligación de pagar los intereses legales de la suma de que se trata en la petición ‘sexta’ desde la fecha en que debió haberla pagado, o sea el día del despido del trabajador Cardona López, fecha en la

cual debió proceder a liquidar las peticiones sociales. Esto, dentro de la ejecutoria de la sentencia.

Octava. Que la empresa Inversiones Meridiano, S. A. está en la obligación de pagar al demandante, entregándole a mi como diputado para recibir el valor del auxilio de cesantía correspondiente a CINCO AÑOS Y NUEVE MESES, liquidada sobre la base de las compensaciones que conforme a las liquidaciones debió recibir. Enrique Cardona López, de cuyo monto total se deducirá la suma de doscientos treinta y seis pesos, cuarenta y un centavos m/c. (\$ 236.41), que fue reconocida o pagada, pago que efectuará dentro de la ejecutoria de la sentencia.

Novena. Que la empresa Inversiones Meridiano, S. A. está en la obligación de pagar al demandante, dentro de la ejecutoria de la sentencia, entregándole a mi como diputado para recibir, las costas del presente juicio para cuyo efecto se fijarán por su despacho las agencias en derecho y por secretaría las más que se causen.

PETICION SUBSIDIARIA.

A todas las anteriores peticiones pido que, subsidiariamente por su despacho se declare:

Que Inversiones Meridiano, S. A., está en la obligación de pagar a Enrique Cardona López entregándole a mi como diputado para recibir y cesionario de parte proporcional las sumas que dentro del juicio se acreditaré, alegare o probare le adeuda por concepto de prestaciones sociales surgidas del contrato presunto de trabajo que entrambos existió del 5 de junio de 1939 al 2 de marzo de 1945 por cualquiera de los conceptos o renglones consagrados en la ley como prestaciones sociales en beneficio de los trabajadores y, especialmente, por los siguientes:

"a) Aumento del cincuenta por ciento de la compensación al convertir la jornada diurna para el contratado en nocturna.

b) Duplicado de la compensación dominical o descanso dominical remunerado.

c) Duplicado de la compensación en los días feriados civiles.

d) Triplicado de la compensación en los días feriados civiles y religiosos por ser prestación extraestatal o suprallegal de la empresa.

"e) Compensación de las horas extraordinarias de trabajo servidas en días comunes, feriados civiles, domingos y feriados religiosos, en conformidad con las disposiciones legales y costumbres de la empresa.

(f) Dedicación indebida de jornadas en días en que estuvo enfermo o parte proporcional de jornada a dedicados en ellos. Las acciones primicias del conocimiento del juicio, el día de la sentencia de 14 de octubre del año pasado, las respectivas semanas desde que se causaron las extras, dominicales y días de fiesta nacionales y domingos extras, complementos de pago de cada una de las semanas en que la actividad laboral de Cardona estuvo a servicio de la empresa.

"(k) Costas del juicio."

Prestaciones que en favor del trabajador se hubieren causado por concepto legal o de reglamento de la empresa de acuerdo con los usos y costumbres de la industria.

En la misma demanda y dentro de los fundamentos de derecho se expresaron con base en esta disposición (Decreto 2350 de 1944, artículo 34), adicionando las peticiones de la demanda, yo solicito que a partir del 16 de octubre de 1944, toda hora excedente de seis, es decir a razón de seis por día, se computen (sic) y liquiden (sic) como extraordinarias (sic) entendiéndose que **RESPECTO DE DOS HORAS** se debent compensación total sobre remuneración y que el salario hora de esta fecha será el que resulte de dividir por **SEIS** el jornal, debiéndose por tanto el complemento de las seis horas ordinarias de trabajo como pido se declare y ordenar pagar.

Fundo estas peticiones en, cincuenta y cuatro (54) hechos que narra en doce (12) páginas, y que no se transcriben por su prolijidad y extensión y por ser algunos puras estimaciones jurídicas, pero que procurara sintetizar la corporación así:

El 5 de junio de 1939 la compañía demandada contrató los servicios del actor como trabajador diurno con una remuneración de un peso por día. Desde el 12 de junio de ese año se le exigió trabajar de noche durante doce horas y la noche del día domingo, como celador y maquinista. En diversas ocasiones le fue aumentado su salario. Fue despedido el 2 de marzo de 1945 y como se le deben las sumas que menciona en la parte petitoria de su libelo solicita su pago. La compañía al contestar la demanda por medio de apoderado, manifestó que no aceptaba unos hechos en que ella se basa y por tanto negó el derecho del actor, se opuso a sus pretensiones y propuso la excepción de cosa juzgada. Al efecto, expresó que los hechos y peticiones de ese libelo ya habían sido materia de una controversia que terminó con sentencia definitiva que lleva el señalamiento de la ejecutoria, por lo cual no debe someterse a los dispendiosos, fa-

tigantes y perjudiciales trámites de un nuevo juicio lo que ya por mandato de la ley corresponde a la cosa juzgada.

Tramitado el juicio, el Juzgado del conocimiento lo decidió en sentencia de 14 de octubre del año pasado declarando probada la excepción de cosa juzgada en cuanto a las acciones sobre cesantía, horas extras, dominicales y días de fiesta nacionales y desechando la de vacaciones. Absolvió a la empresa demandada de todos los cargos que sobre pago de esas prestaciones le formuló el actor y condenó a éste al pago de las costas por considerar temeraria su nueva demanda.

El Juez también resolvió en su sentencia, en forma precipitada, que se consultase con el superior por ser desfavorable al trabajador, es decir, sin esperar a que pudiera proponerse el recurso de apelación. Y no obstante que el apoderado del demandante lo interpuso en tiempo, al concederlo ordenó también que subieran los autos al Tribunal Seccional para que se surtiese además la consulta referida. Estos procedimientos son claramente injurídicos, porque la apelación excluye la consulta, de modo que ésta sólo puede concederse cuando aquélla no se ha interpuesto.

El Tribunal Seccional entró, como era lógicamente, a conocer de la apelación y en su sentencia de 15 de diciembre del año pasado confirmó la del inferior en todas sus partes, pero no formuló condena en costas en la segunda instancia, no obstante que consideró la que se hizo en la primera como "justa y conducente, ya que la temeridad es manifiesta e injustificada" (sic). De paso se observa que no ordenó copiar, notificar, ni publicar su fallo, como es lo legal y acostumbrado, aunque la Secretaría de esa corporación se encargó de cumplir con esas formalidades.

Contra este último fallo interpuso el apoderado del demandante el recurso de casación y concedido y tramitado procede a resolverse acerca de su mérito:

EL RECURSO

En una extensa demanda de casación, de treinta y cinco (35) páginas, formula varios cargos que se refieren de modo primordial a rebatir la estimación del fallador de segundo grado acerca de la existencia y comprobación de la cosa juzgada.

Y no obstante que no está formulada esa demanda de acuerdo con la técnica del recurso, pues más parece un prolijo alegato de instancia, se estudiará a continuación, para obrar, de acuerdo con la tradición de este Tribunal, con amplitud.

PRIMER CARGO

Dice que la sentencia de segundo grado es violatoria de la ley sustantiva por interpretación errónea en su doble aspecto de error de hecho y de derecho, es decir, invoca la causal primera de casación del artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, vigente para la casación en estos juicios porque los regía cuando el presente recurso se interpuso.

Al enunciar este motivo no dice cuál es la ley sustantiva que el fallador interpretó equivocadamente, pero al avanzar en su sustentación expone en capítulos independientes seis errores de hecho y dos de derecho, dentro de este primer cargo, y en algunos de esos apartes manifiesta que fue infringido el artículo 474 del Código Judicial y en otros que ese precepto y el 473 del mismo estatuto. Especialmente al plantear los errores de derecho dice que esos artículos fueron los violados por interpretación errónea.

LOS SEIS ERRORES DE HECHO

Los que denomina primero, segundo, tercero y quinto versan acerca de un mismo problema, alrededor del cual repite el recurrente sus argumentos. Y consisten esos errores o ese error porque propiamente es uno, en haber admitido el Tribunal de Manizales la demostración de la excepción de cosa juzgada con la copia de los fallos proferidos en el primer juicio sin habersé traído al segundo la copia de la demanda que le dio origen a aquél. El cotejo, para el recurrente, debe hacerse entre las dos demandas, pues, sólo en ellas pueden encontrarse los tres requisitos de la cosa juzgada: la identidad de la cosa litigiosa, identidad de la causa *petendi* y la identidad de los litigantes.

El cuarto error de hecho se hace consistir en haber estimado el Tribunal de Manizales que la sentencia de segunda instancia proferida en el primer litigio fue debidamente notificada cuando no lo fue. Y en que el Tribunal Supremo del Trabajo dijo que ese primer juicio estaba afectado de nulidad, por lo cual no hubo sentencias de primero ni de segundo grado en él, que den base a la existencia de la cosa juzgada.

Y el sexto error de hecho consistió en que no ha habido identidad de litigantes en ambos juicios, porque en el primero Enrique Cardona López abogó en su propio nombre al proponer él mismo la demanda, por lo cual no puede ser legalmente el mismo Enrique Cardona López del segundo litigio.

LOS DOS ERRORES DE DERECHO

En el primero dice que se violaron por interpretación errónea los artículos 473 y 474 del Código Judicial porque aquél exige para que haya cosa juzgada una sentencia firme y la que se profirió en el primer litigio por el Tribunal Seccional no tuvo esa firmeza debido a que el Tribunal Supremo provocó un incidente de nulidad que estaba pendiente de tramitación conforme al artículo 455 del mismo Código.

El segundo error de derecho consiste en que se interpretó erróneamente el artículo 474 del citado estatuto procesal porque exige para la comprobación de la cosa juzgada la confrontación entre las dos demandas, la del primer juicio con la del segundo y el excepcionante no trajo a los autos la copia de la primera demanda.

Se estudia este caso. La interpretación errónea de una disposición legal como la ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia consiste en la equivocada estimación que se hace del contenido de ella, considerada en sí misma, es decir, independientemente de la cuestión de hecho que trata de regular.

El Tribunal Seccional entendió muy bien cuáles son los requisitos de la cosa juzgada, como se desprende del siguiente párrafo: "Basta que se configure la excepción de cosa juzgada es necesario que entre las demandas sobre la cual se dictó el fallo anterior y la que se propone en el nuevo juicio, existan estos elementos: a) el mismo objeto, b) la misma condición jurídica, c) la misma persona o personas que reclaman o son reclamadas en la misma relación jurídica, d) la identidad de las personas que son las partes en la cosa juzgada." Por tanto no está probado el cargo.

El cuarto error de hecho es haber estimado el

Segundo Cargo. Dice que es violatoria la sentencia recurrida de la ley sustantiva por error de hecho y de derecho en la apreciación de una prueba inexistente.

Sustenta este cargo diciendo que el artículo 474 (sin expresar de qué código, ley o decreto) exige para que la cosa juzgada surta efecto en otro juicio que la nueva demanda tenga el mismo objeto y se funde en las mismas causas que la primera, por lo cual el medio probatorio de la cosa juzgada señalado por la ley es la primera demanda y no la transcripción incompleta de este libelo que se haga en la sentencia de primera instancia.

El recurrente agrega que aquí se ha actuado sobre la inexistencia de una prueba por lo cual se violaron los artículos 1745 del Código Civil en armonía con el 593 (no dice de cual código), que establecen los medios legales de prueba.

Se considera:

El primero de esos preceptos que cita el recurrente como infringido por el fallo acusado, o sea el artículo 1745 del Código Civil, se refiere a los actos y contratos de los incapaces para los efectos de su nulidad y rescisión y asimila con ese mismo fin a las corporaciones de derecho público y a las personas jurídicas a las personas que

están bajo tutela o curaduría. Este artículo nada tiene que ver con la controversia, ni con el recurso. El segundo de ellos, esto es el artículo 593 que no puede ser del Código Civil porque este trata de tutores y curadores, sino que parece ser del Judicial, aunque no lo dice el cargo, dispone que toda decisión judicial se fundará, en materia civil, en los hechos controvertidos si aparecen demostrados plenamente, según la ley, por alguno o algunos de los medios probatorios que especifica en los artículos siguientes y que son conocidos universalmente con el nombre de pruebas.

Este artículo no hizo sino consagrar una norma general de derecho que se complementa en nuestra legislación con el artículo 1757 del Código Civil (que quizá fue el que se propuso citar el recurrente como infringido en lugar del que acaba de verse), que estatuye cuáles son las pruebas en el país a saber: instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido e inspección personal del juez.

El cargo es deficiente a simple vista, no sólo por la cita equivocada del precepto civil, y por la omisión acerca del código a que el 593 pertenece, sino porque no aparece como se violaron los dos artículos que menciona. Es decir, suponiendo que la acusación se hubiese dirigido contra los artículos 1757 en armonía con el 593 citados de los Códigos Civil y Judicial, respectivamente, ha debido el recurrente demostrar que el fallo tuvo en cuenta como prueba una que no era instrumento público, ni privado, ni declaración de testigos, ni presunción, ni confesión de parte, ni juramento decisorio ni inspección ocular del juez. Pero no lo ha hecho así ni aparece del cargo que eso ocurriera.

Aunque no lo dice el recurrente, tal parece que su acusación en este segundo motivo consistiese en que el Tribunal de Manizales declaró probada la excepción de cosa juzgada no con base en la primera demanda para compararla con la nueva, sino en una transcripción in-

completa que de aquella se hizo en la sentencia de primera instancia. Pero en el cargo no se expresa cuál fue el razonamiento del fallador de segunda instancia al respecto, ni se menciona tampoco como violado el artículo 474 (que cita sin decir de qué código), ni menos por qué concepto, pues sólo acusa como infringidos los dos ya mencionados.

No aparecen violados los dos artículos citados por el recurrente, el 1745 del Código Civil en armonía con el 593 (debe ser del Judicial aunque no se expresa), por lo cual no resulta demostrado este cargo.

TERCER CARGO

En este motivo acusa la sentencia por violación de la ley en forma directa. Y al concretar la acusación dice que se infringieron en el caso de autos todas las disposiciones de carácter social así:

La Ley 10 de 1934, el modelo de contrato de trabajo en el párrafo 2º del artículo 13, el concepto del Departamento Nacional del Trabajo de septiembre 4 de 1935, la Ley 6ª de 1945, la Ley 35 de 1939, la Resolución número 1 de 1934 (no dice de quién, o de qué oficina), el artículo 10 del Decreto 1278 de 1931, el reglamento de la empresa, la costumbre de esa empresa sobre pago doble de trabajo en días de fiesta religiosa, la disposición sustantiva (que no cita) sobre pago triple de domingos y feriados civiles y religiosos cuando se trabaja en ellos, la disposición sustantiva (que no cita) que ordena qué debe tomarse por salario para efectos de la liquidación de cesantía, la disposición sustantiva (sin citarla) que ordena concederle vacaciones y en su defecto pagarlas en dinero al retiro del trabajador, la disposición sustantiva que quitó toda vida jurídica al litigio anterior, las disposiciones sustantivas de los artículos 473 y 474 (no dice de qué código, ley o decreto) en cuya virtud mal puede hablarse aquí de cosa juzgada, y, finalmente, el artículo 327 del Código Judicial porque se pretendió dar efecto a lo que esta disposición declara que no podía producir ninguno.

Y concluye así este cargo: "Como es natural LA ABSOLUCION GENERAL que implica la sentencia de 15 de diciembre de 1947, al confirmar la absolución general en la sentencia absolutoria emanada del Juzgado del Trabajo de Pereira, INFRINGE DIRECTAMENTE, todas y cada una de las disposiciones que consagran la relación jurídica, la causa de deber en que se apoyan todas y cada una de las peticiones."

Se considera:

Ya ha dicho en numerosas ocasiones esta corporación, siguiendo

conocidas jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia, que en casación debe señalarse claramente el precepto legal sustantivo de orden nacional que se estime violado. No puede, pues, indicarse como infringido todo un código, una ley o un decreto, sino que debe singularizarse el artículo que se considere trasgredido, ni se está tampoco en los casos en que por amplitud ha aceptado la corporación esos ataques generales a estatutos legales, por la diversidad de materias tratadas.

Pero lo más importante en relación con este motivo, es que se subordina el cargo a la absolución de la sentencia acusada, es decir, por haberse absuelto en ella a la empresa demandada de todos los cargos de la demanda deduce la infracción de las disposiciones que cita. Más, para que pudiese prosperar en esa forma debía primero provocar la destrucción de la absolución que le sirve de base. Y la absolución se produjo respecto de la mayoría de las acciones incoadas por haber estimado el Tribunal Seccional probada la excepción de cosa juzgada, pues sólo la de vacaciones fue analizada independientemente por considerar que no quedaba amparada por dicha excepción, pero respecto de esta última acción también absolvió la sentencia a la parte demandada.

Por consiguiente, ha debido destruir esa absolución y no lo hizo en este cargo.

No resulta eficaz esta acusación.

CUARTO CARGO

Aunque involucrado en el anterior, en su parte final, quiere destacarlo la corporación para facilidad del análisis del recurso.

Dice que por razón de ser absolutoria la sentencia recurrida, violó también los artículos 16, 17 y 45 de la Constitución Nacional, todas las normas legales (sin citarlas) sobre jerarquía y organización judicial y principios de derecho como el enriquecimiento sin causa consagrados en los artículos 1502 y 1504 del Código Civil, 10 del Decreto 1278 de 1931, en el reglamento de la empresa y sus costumbres, en la Ley 35 de 1939, Ley 10 de 1934, y su Decreto reglamentario y en la Ley 6ª de 1945. Y también viola ese principio del enriquecimiento sin causa cuando exime de pagar los intereses de la suma que se debe.

Como la sentencia fue absolutoria por las razones que se dieron al analizar el cargo anterior a lo mismo que se dijo de éste es aplicable al presente.

QUINTO CARGO
La denominación Tercera Causal de Casación, aunque ya a uno anterior también lo había denominado de igual manera, es decir, como tercera causal.

En este cargo acusa el fallo recurrido por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Es decir, invoca la causal segunda de casación del artículo 2520 del Código Judicial aunque no lo expresa.

Dice el recurrente que en la sentencia acusada se dejaron de resolver algunos puntos del litigio. Por ejemplo, expresa que esa providencia encontró una igualdad de acciones y de litigantes entre los del primer juicio y que decidió excepto la acción por vacaciones que no fue acogida en el primitivo. Y concluye ese fallo: "Si bien es cierto que la nueva demanda contiene una petición que no existía en la primera, como es la referente a vacaciones, no sería esto suficiente para variar la naturaleza del negocio, ya que esta prestación forma parte de la misma relación de trabajo entre los extremos de ambos juicios, y la decisión del que se estudia sobre este punto, está de acuerdo con las circunstancias procesales y se ha de confirmar."

El recurrente no observa que esta parte final del párrafo transcrito se refiere a la sentencia de primera instancia que es la que dice la recurrida que va a confirmar. En efecto, expresa que la decisión del juicio que estudia, o sea la del Juez de primer grado, está de acuerdo con las circunstancias procesales, es decir, acoge sus conclusiones acerca de esa acción sobre el pago de vacaciones.

Y no a otra que a esa sentencia de primer grado se refiere desde que dice que la va a confirmar en ese punto. Lo que se corrobora teniendo en cuenta también que el fallo de primera instancia estudió el fondo independiente de la acción de vacaciones y de desestímulo, según se desprende de los siguientes párrafos que acogió el Tribunal Seccional en el suyo: "En cuanto a la demanda por vacaciones se tiene lo siguiente: De acuerdo con los hechos de la demanda el actor ingresó a la empresa el día 5 de junio de 1939 y fue despedido el 2 de agosto de 1945."

VACACIONES. En cuanto a la demanda por vacaciones se tiene lo siguiente: De acuerdo con los hechos de la demanda el actor ingresó a la empresa el día 5 de junio de 1939 y fue despedido el 2 de agosto de 1945."

De conformidad con el aparte e), artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, el derecho a gozar de 15 días de vacaciones remuneradas para los trabajadores fue establecido a partir del 16 de octubre de 1944, fecha, entre otras cosas, en la cual principió a regir el Decreto 2350. Del 16 de octubre de 1944 al 2 de marzo de 1945, en que fue despedido

el demandante; según su propia afirmación, no habían transcurrido sino cuatro meses y algunos días de manera que todavía no había adquirido el derecho a gozar de las vacaciones remuneradas ya que éstas sólo se adquieren por años cumplidos de servicio, más no por fracción. En consecuencia el Juzgado considera que por este concepto tampoco la empresa demandada debe suma alguna al demandante.

Por consiguiente, al estimar el Tribunal Seccional que la decisión del inferior, acerca de esa acción de vacaciones está de acuerdo con las circunstancias procesales y merece también la confirmación, como así lo hizo, acogió las conclusiones transcritas y decidió, por lo mismo, esa acción.

Pero hay más todavía. Es muy conocida la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que esta causal segunda de incongruencia entre lo pedido y lo fallado no procede cuando el fallo acusado es absolutorio, porque es lógico que una decisión de esa naturaleza comprende todas las peticiones de la demanda y mal puede por lo tanto decirse que se dejó sin resolver alguna de ellas. "Cuando la sentencia es totalmente absolutoria y ha dicho en innumerables fallos la Corte no procede la segunda causal de casación, porque la absolución total comprende todas las peticiones y presupone el estudio de todos los capítulos petitorios de una demanda." ("Doctrinas de la Corte Suprema sobre el Código de Procedimiento Civil", número 225)

Y esta doctrina que es jurídica, la acoge el Tribunal Supremo del Trabajo porque una absolución total o completa se refiere a todas las acciones incoadas en el libelo inicial del litigio y no resulta así contrario al estudio de ninguna, que es lo que trata de evitar la ley al estatuir la causal segunda de casación invocada por el recurrente.

La sentencia acusada absolvió a la empresa demandada de todos los cargos que le formuló el actor en su libelo inicial del litigio, luego

no se está en el caso de la causal alegada.

No es procedente este cargo.

Manifiesta en este motivo que se incurrió en una de las causales de nulidad que trata el artículo 448 (sin expresar de qué código aunque debe entenderse que es el Judicial), que no fue saneada conforme a la ley. Es decir, invoca la causal sexta de casación aunque

no la expresa propiamente en esta parte de la demanda. No dice allí cuáles son las nulidades pero más adelante explica que

es la del ordinal 2º del artículo 448 del Código Judicial, o sea la ilegitimidad de la personería de cualquiera de las partes o en quien figure como su apoderado o representante.

Agrega a continuación que esa ilegitimidad de la personería fue la que destacó el Tribunal Supremo del Trabajo en el primer juicio cuando se negó a admitir el recurso de casación que había interpuesto el doctor Francisco Monsalve diciéndose apoderado del actor sin constar en los autos su poder. Por lo cual hubo nulidad de todo ese primer juicio y las sentencias dictadas en él no pueden fundar la excepción de cosa juzgada.

Luégo dice que como se tuvo como prueba de esa excepción la sentencia de segunda instancia de ese juicio, hubo un error de hecho y otro de derecho, con lo cual se violó la ley sustantiva en el artículo 474 del Código Judicial, el título 21 del libro 4º del Código Civil y el título 17 del libro 2º del Código Judicial que establecen los llamados "medios legales de prueba".

Se considera:

Ya se dejaron anotados los errores de técnica de casación que en el simple planteamiento del cargo se cometieron. Pero a esos se agregan los de haber involucrado en ese mismo capítulo distintas acusaciones por diversas causales, pues principia invocando una nulidad que es de la causal sexta de casación y termina atacando por violación de ley sustantiva que es de la causal primera en este recurso. Y sabido es que el artículo 531 del Código Judicial manda proponerlas por separado.

Respecto de la causal sexta o alegación de nulidad, es improcedente porque ese vicio de que habla el recurrente ocurrió en el primer juicio y no en el segundo que fue el que terminó con la sentencia recurrida y al cual debería referirse la acusación.

Este recurso se refiere a la sentencia del Tribunal Seccional proferida en el segundo juicio, pues no se está aquí revisando la actuación del primero. Y esa causal sexta de casación sólo puede invocarse respecto de nulidad ocurrida en el juicio que ha decidido la sentencia recurrida, pero no en otro distinto que ya feneció. Distinto es que por separado se tramite la acción de nulidad de cualquier juicio, pero no se está aquí en presencia de ese caso.

Respecto de las acusaciones que se refieren a la causal primera se desestiman en el estudio de esta sexta no sólo porque ello implicaría una confusión de causales que no es aceptable en este recurso,

sino porque se basan en el éxito de la nulidad que no prospera. Además, se citan títulos enteros de códigos como violados, lo que es inadmisibles en casación, según se dijo ya.

SEPTIMO CARGO

Invoca la causal séptima de casación del artículo 520 del Código Judicial, o sea la de haberse abstenido el Tribunal de conocer de un asunto de su competencia y declarándolo así en el fallo.

Sustenta esta acusación diciendo que al manifestar el sentenciador que la única acción nueva deducida en el segundo litigio era la de vacaciones se abstuvo de decidirla. Pero ya se vio al estudiar el cargo quinto que el Tribunal Seccional sí consideró esa acción y acogió lo que sobre ella dijo el Juez de primera instancia. Cuando la sentencia recurrida, al analizar esa petición sobre descanso, habla de la decisión que sobre el particular está de acuerdo con las circunstancias procesales y merece la confirmación, se refiere de modo claro e indubitable a la de primer grado y al estudio que éste hizo de esa solicitud y por eso concluye confirmándola.

No prospera este último cargo.

Como no triunfó ninguna de las acusaciones contra la sentencia recurrida, deberá dejarse en firme.

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 Manizales el 15 de diciembre de 1947 y que ha sido objeto del presente recurso.

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. — Bertha Salazar Velasco, Oficial Mayor.

**REINTEGRO DE TRABAJADORES COMO DEBE COMPUTARSE
EL TIEMPO DE SERVICIO DEL TRABAJADOR PERIODO
DE PRUEBA**

SEPTIMO CARGO

Invoca la causal séptima de cassación del artículo 520 del Código Judicial, o sea la de haberse sustentado el Tribunal de conocer de un asunto de naturaleza y declarararlo así en el fallo.

Sustenta esta acusación diciendo que al manifestar el senten-

ciador que la única acción nueva deducida en el segundo litigio era No hay en nuestra legislación del trabajo nin-
guna disposición que autorice a los jueces para
ordenar, de oficio, el reintegro a un trabajador
cuando ha sido despedido de la empresa.

El tiempo de servicio de un trabajador debe
computarse desde el momento en que se inicia
la relación de trabajo, o sea desde cuando el tra-
bajador comienza a prestar su servicio o se pone
a disposición del patrono para prestarlo.

En tratándose del período de prueba, podría
pensarse que la relación de trabajo es distinta de
la relación jurídica o contractual, y que ésta no
surge sino una vez cancelado el período de prue-
ba. Mas este concepto sería equivocado tanto a

La relación contractual coincide con la relación de
trabajo o de hecho en el caso de período de prue-
ba, con la sola circunstancia de que, para el efec-
to de la aplicación de las condiciones generales el
contrato queda sometido a la condición suspensi-
va de que el trabajador continúe en el servicio

una vez terminada la prueba. Así lo enseña el
artículo 8º de la Ley 6ª de 1945. De tal manera
que el período de prueba viene a ser compren-
dido dentro del contractual, expirado el término

Respecto a que entre unos y otros puede exceder
de los sesenta días, la única diferencia consiste en que
dentro del período de prueba, para terminar el
contrato unilateralmente, basta un simple aviso
con siete días de anticipación, por parte del tra-
bajador o el pago de siete días de salario por par-
te del patrono.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

Bogotá, nueve de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho.
El señor Rafael Lezaca, por conducto de apoderado demandó a

J. Glottmann, sociedad anónima, domiciliada en Bogotá, con el fin de que fuera condenada al pago de \$ 2.000.00, valor de los sueldos correspondientes a cinco meses que faltaron para la terminación del contrato de trabajo; \$ 148.01, por concepto de diferencia entre el valor del auxilio de cesantía a que tenía derecho de acuerdo con el tiempo de servicio y los sueldos devengados en la referida empresa, y la suma que ésta le reconoció a título de cesantía y las costas del juicio. Al mismo tiempo pidió que se declarara que la parte demandada, al despedirlo de su empleo, "violó el fuero sindical establecido en la Sección IV de la Ley 6ª de 1945, y por tanto, es acreedora a las sanciones previstas en el artículo 70 de la misma ley, en la 83 de 1931 y en las demás disposiciones concordantes".

Como hechos fundamentales de su demanda indicó los siguientes: "I. El 30 de septiembre de 1944 entré a trabajar en la Casa J. Glottmann, S. A. como Jefe de la Sección de Créditos, con una asignación mensual de doscientos setenta pesos (\$ 270.00), y permanecí en tal estado hasta el 1º de noviembre de 1945, fecha desde la cual —en el mismo puesto— devengué un sueldo de cuatrocientos pesos (\$ 400.00) mensuales, hasta el 30 de abril del presente año, día en que Glottmann me despidió del expresado empleo, y coboré".

"II. El 9 de marzo último un grupo de empleados y obreros de J. Glottmann S. A. entre los cuales me encontraba y en obsequio de indiscutible derecho consagrado en la legislación colombiana, resolví constituir el Sindicato de Empleados y Trabajadores de J. Glottmann S. A., entidad de la cual fui elegido vicepresidente, puesto que ocupo en la actualidad.

"III. La constitución del sindicato fue motivo para que Glottmann desatara la más feroz e inescrupulosa persecución contra quienes en una u otra forma apareciésemos vinculados al movimiento sindical que se iniciaba. Haciendo gala de absoluto desprecio por la Constitución y leyes de la República, violando todas las normas de la ética patronal, destituyó un apreciable número de empleados y obreros pertenecientes al sindicato, a otros no menos numerosos los demoró en las condiciones de trabajo, en la categoría de ausentados, los sometió a vejámenes y humillaciones de toda índole para obligarlos a renunciar.

"Este indecoroso proceder de Glottmann fue sancionado por la Oficina del Trabajo de Cundinamarca con una multa de quinientos pesos y la orden de restituir en sus empleos a quienes había demorado, providencia que fue confirmada en todas sus partes por el Tribunal del Trabajo de Cundinamarca.

"IV. Yo, que como lo expresé antes, desempeñaba el puesto de Jefe de la Sección de Créditos, fui rebajado en mi categoría, pues el primero de abril último se nombró como Jefe de la misma Sección, al doctor Fabio Villegas Robledo, quien como es obvio, vino a ser mi superior inmediato. El veinte del mismo mes y año se me obligó a entregar el puesto y diez días más tarde, es decir, el treinta de abril se me comunicó que estaba destituido.

"V. Con la parte demandada tenía celebrado mi contrato de trabajo por el término de seis meses, contado desde el día 30 de septiembre de 1944, fecha en que empecé a trabajar en la empresa dicha, y tal contrato fue renovándose sucesivamente por un lapso igual en virtud de presunción establecida en nuestra ley. De tal manera que entre el señor Glottmann y yo existe un contrato de trabajo por el término comprendido entre el 30 de marzo de 1946, y el 30 de septiembre del mismo año, contrato que fue violado unilateralmente por la parte demandada.

"VI. El monto de la cesantía que me corresponde por el tiempo de trabajo en la Casa Glottmann es en detalle la siguiente:

"13 meses a \$ 270.00 de sueldo mensual.

"Promedio, \$ 311.05.

"6 meses a \$ 400.00 de sueldo mensual.

"El valor de la cesantía liquidado sobre un sueldo de \$ 311.05 correspondiente a 19 meses de trabajo, es de \$ 492.49.

"Como Glottmann me pagó la suma de \$ 344.48 por concepto de mi cesantía, me debe la cantidad de CIENTO CUARENTA Y OCHO PESOS CON UN CENTAVO (\$ 148.01), que es precisamente la prestación pedida en el punto b) de esta demanda.

"VII. En mi condición de vicepresidente del Sindicato de Empleados y Trabajadores de J. Glottmann, S. A., estaba amparado por el fuero sindical, al tenor de lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 6ª de 1945. Luego Glottmann al despedirme, notificado como lo estaba por conducto de la Oficina del Trabajo de Cundinamarca de la existencia del sindicato, ha violado la misma ley y debe por tanto, sufrir las sanciones pertinentes, cuyo monto fijará el ilustrado criterio del señor Juez."

La parte demandada, al contestar la demanda, aceptó como ciertos los hechos relativos al cargo que desempeñó el actor, a las asignaciones que devengó y al tiempo de servicio. En cuanto a la liquidación de auxilio de cesantía manifestó que se atendería a la que practicara el Juzgado. Respecto al fuero sindical dijo que el señor Lezaca no gozaba de él "por su carácter de empleado de dirección

expresamente exceptuado de dicho fuero por la parte final del párrafo 2º del artículo 40 de la Ley 6ª de 1945". Negó los demás hechos.

El Juzgado Cuarto del Trabajo de Bogotá, que conoció del negocio en primera instancia, en su fallo condenó a la sociedad demandada a pagar al actor la suma de \$ 2.000.00, "por concepto de cinco (5) meses de trabajo de contrato presuntivo". Le impuso una multa de \$ 500.00 a favor del tesoro nacional por violación del fuero sindical, y la condenó en costas.

De la referida providencia apelaron ambas partes para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, entidad ésta que la modificó en el sentido de aumentar a \$ 2.213.33 la condena por terminación antes de tiempo del contrato presuntivo de trabajo. La condenó, además, a pagar al demandante la suma de \$ 14.79, por concepto de saldo de auxilio de cesantía, punto este que no fue decidido por el Juzgado del conocimiento. La confirmó en lo restante.

El fallo de segunda instancia vino al estudio del Tribunal Supremo del Trabajo en virtud del recurso de casación que interpusieron ambas partes. Y va a ser decidido, previa las siguientes consideraciones.

Por una equivocación de la Secretaría el traslado para fundar el recurso se dio primero a la parte demandada y luego a la demandante. Pero con el fin de seguir un orden lógico, se examinará en primer término el recurso del actor.

RECURSO DEL ACTOR

En breve y en un capítulo intitulado "Causales de Casación", expone lo siguiente

"PRIMERA. Como causal de casación invoco la primera del artículo 520 del Código Judicial, es decir, por ser la sentencia del honorable Tribunal del Trabajo de Cundinamarca violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea. Y estimo que fueron violadas estas disposiciones: artículo 40 de la Ley 6ª de 1945, artículos 10 y 11 del Decreto 2127 de 1945.

"Dice el artículo 40 de la Ley 6ª de 1945: 'La notificación formal que cualquier número de trabajadores suficientes para la constitución de un sindicato, haga por escrito directamente al patrono, o por conducto de un Inspector, Juez o Tribunal de Trabajo, de su propósito de organizarse como tal, COLOCA A DICHOS TRABAJADO-

RES BAJO LA PROTECCION ESPECIAL DEL ESTADO (subrayo). Dice el artículo 10 del Decreto 2127 de 1945: "...Se violan derechos de la sociedad cuando se trata de sustituir o se sustituye a un trabajador amparado por el fuero sindical, sin la debida autorización de la justicia del trabajo..." Dice el artículo 11 ibídem: 'Los derechos consagrados por las leyes en favor de los trabajadores no son renunciabiles...'

"De lo anteriormente transcrito se saca una conclusión categórica, a saber: que la institución de 'fuero sindical' es un principio de orden público establecido por nuestra ley no en favor del trabajador considerado individualmente, sino de todo el conglomerado social. No en otra forma se pueden interpretar las disposiciones copiadas cuando consagran la especial protección del Estado para los presuntos sindicalizados, y cuando elevan a la categoría de violación de los derechos de la sociedad el despido de un trabajador amparado por el mismo fuero. Y es apenas natural que el legislador se pronuncie al respecto en términos tan perentorios, ya que de lo que se trata es de que no se torne en irrisorio, letra muerta el derecho de asociación sindical, utilísimo elemento de progreso y defensa de las clases económicamente débiles. Luégo el honorable Tribunal del Trabajo de Cundinamarca, que encontró y declaró plenamente probada la violación del fuero sindical en que incurrió Glottmann al despedir a Lezaca, estaba obligado a ordenar su reintegro y el pago de los salarios hasta la fecha en que sea restituído en su empleo. Como no ocurrió tal cosa, esa abstención ha violado los preceptos legales que atrás enumeré, ya que el Estado no cumple la función de especial protección sino mediante el empleo de los medios eficaces en orden a obtener que la naciente organización sindical no sufra la mortal desintegración como aconteció en el caso de autos.

"Porque es lo cierto, honorables Magistrados, que de mantenerse el fallo recurrido, el fuero sindical vendría a tornarse en desconcertante inocuidad, comoquiera que le bastaría a un patrono gastar unos pesos en pago de multas por el despido de los trabajadores amparados, en la seguridad de que el organismo incipiente desaparece, ya que la obligación de reparar el derecho conculcado, o sea el reintegro de los despedidos, no habrá de exigirsele.

"SEGUNDA. Se dirá que el reintegro no fue claramente pedido en la demanda. Aparte de que como hemos visto, la acción iniciada no mira los intereses privados de mi mandante, sino que está situado de manera irrevocable en el campo y dentro de la noción exacta de orden público, cuyas consecuencias jurídicas hemos estudiado, el li-

belo en su aparte c), textualmente reza: 'Que la parte demandada al despedirme del empleo que desempeñaba violó el fuero sindical establecido en la Sección IV de la Ley 6ª de 1945, y por tanto, es acreedora a las sanciones previstas en el artículo 70 de la misma ley, en la 83 de 1931 y en las demás disposiciones concordantes (subráyo)'. Esas sanciones que se demandaron no eran ni podían ser otras que aquellas que condujeran a restablecer y reparar el derecho violado, vale decir, el restablecimiento del trabajador y el pago de los salarios de que injustamente se le privó. Como la sentencia no está de acuerdo con las pretensiones oportunamente deducidas, invoco también como causal de casación la del número 2 del artículo 520 del Código Judicial."

Son, pues, dos los cargos que formula el recurrente: el uno, por violación del artículo 40 de la Ley 6ª de 1945 y de los artículos 10 y 11 del Decreto 2127 del mismo año, y el otro por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

En cuanto al primero, no lo encuentra fundado esta corporación, ya que precisamente la sentencia partió de la base de que el actor señor Lezaca, como vicepresidente del Sindicato de Trabajadores de la empresa demandada, estaba amparado por el fuero sindical, y por ello confirmó la multa que le fue impuesta a J. Glottmann por el Juzgado de primera instancia.

Respecto del segundo cargo, se observa que entre las peticiones de la demanda no figura la de reintegro del demandante. Y si bien es cierto que la institución del amparo sindical es de orden público, puesto que la sociedad tiene interés en garantizar el libre ejercicio del derecho de asociación profesional, dentro de los cauces legales, para lo cual se ha establecido la prohibición de despedir, trasladar o desmejorar a los trabajadores que traten de organizarse sindicalmente o a aquellos que ya organizados hagan parte de las directivas, ninguna disposición legal autoriza a los Jueces para ordenar de oficio el reintegro de un trabajador que haya sido despedido. El parágrafo primero del artículo 40 de la Ley 6ª de 1945, sólo prevé el caso de la suspensión del trabajador por justa causa. En tal hipótesis es obvio que en la providencia en que el Juez niegue el permiso de despido, ordene el reintegro del trabajador y el pago de los salarios correspondientes al período de la suspensión, porque así se desprende del texto legal, y ello es lógico si se tiene en cuenta que la solicitud de permiso emana del patrono.

Pretende el recurrente que habiéndose pedido en el libelo de de-

manda la aplicación de “las sanciones previstas en el artículo 70 de la misma ley (la 6ª de 1945), en la 83 de 1931 y en las demás disposiciones concordantes”, debe entenderse que se propuso “el restablecimiento del trabajador y el pago de los salarios de que injustamente se le privó”.

Pero ocurre que entre las posibles disposiciones concordantes aludidas en la demanda no cita al formular el recurso, como ha debido hacerlo, la que haya sido violada por la sentencia al abstenerse de ordenar dichos restablecimiento y pago.

Por otra parte, no aparece que la intención del demandante haya sido la de obtener su reintegro a la empresa ni el pago de los salarios correspondientes al tiempo transcurrido desde la fecha del despido hasta la del reintegro. Al contrario, su intención expresa contenida en la petición marcada con la letra a) de su demanda inicial, fue la de que se condenara a la empresa a pagarle el “valor de los sueldos correspondientes a cinco meses que faltaron para terminarse el nombrado contrato”. Esta petición prácticamente excluye la otra, pues conforme a un antiguo y sabio principio jurídico no es posible condenar a nadie al pago de dos cosas por el mismo concepto.

Finalmente, sería de anotar que es impropio estimar el reintegro de un trabajador como una **sanción** que se impone al patrono.

Por lo expuesto, no prospera el recurso del demandante.

RECURSO DEL DEMANDADO

Invoca como causal la primera del artículo 520 del Código Judicial y con base en ella formula dos cargos que serán estudiados en su ordn.

Afirma el recurrente que la sentencia, en cuanto sostiene que el señor Lezaca Roa gozaba de fuero sindical y al imponer a la empresa una sanción pecuniaria por la violación de dicho fuero, quebrantó los artículos 40 de la Ley 6ª de 1945, en su parágrafo 2º, y 48 del Decreto 2313 de 1946. A la infracción de esas normas fue conducido el Tribunal Seccional por haber dejado de apreciar pruebas tan importantes como la propia afirmación hecha por el actor en la demanda, según la cual el cargo que desempeñó en la empresa demandada fue el de Jefe de la Sección de Créditos, manifestación que confirmaron los testigos Rafael Cárdenas, Edgar Senior y especialmente Ernesto Guevara Puentes, quien dijo: “Por recomendación mía expresa, el señor Glottmann nombró al señor Rafael Lezaca, como su empleado en el mes de septiembre de 1944, ya que necesitándose en

la empresa un empleado de confianza, el señor Glottmann me autorizó para que le hiciera el ofrecimiento del puesto al señor Lezaca, quien estaba en esta época trabajando en el Banco Central Hipotecario, entrando a desempeñar el cargo de Jefe del Departamento de Créditos."

De las referidas pruebas concluye el recurrente que el señor Lezaca desempeñaba un cargo de dirección y de confianza y que, por tanto, no gozaba de fuero sindical, de acuerdo con las disposiciones legales que cita como violadas.

Se considera el cargo:

Evidentemente, según la parte final del párrafo 2º del artículo 40 de la Ley 6ª de 1945, el amparo establecido para los trabajadores que organicen un sindicato o para los que ocupen posiciones directivas en uno ya organizado y cuya finalidad es la de garantizar el ejercicio del derecho de asociación profesional, no comprende a los trabajadores particulares que desempeñen función de dirección.

En verdad, esa especie de empleados por la naturaleza de sus funciones en cuyo ejercicio sustituyen al patrono, están más vinculados al interés de éste que al de los trabajadores de base a quienes primordialmente se refieren las instituciones sindicales. Así se explica que nuestro legislador los haya excluido del fuero sindical.

Y de las pruebas que menciona el recurrente se deduce que el señor Lezaca, no sólo por la denominación de su cargo sino por la autoridad y la confianza que le confirió el señor Glottmann, según lo anotan los testigos Guevara Puentes y Senior, y también por la apreciable remuneración que devengaba, era un verdadero empleado de dirección.

Ciertamente el señor Glottmann, como consta de autos, se distinguió por el espíritu de persecución al sindicato que se formó en su empresa, demostrando con ello un desacato inexplicable a las instituciones democráticas y a las leyes nacionales. Mas estando acreditado que el señor Lezaca Roa no gozaba de fuero sindical por razón de sus funciones directivas, será forzoso casar la sentencia acusada por este aspecto.

SEGUNDO CARGO

Dice el recurrente:

"Violó la sentencia también la ley sustantiva por no tener en cuenta circunstancias de hecho que surgen claramente de las pruebas presentadas oportunamente, al condenar a la entidad demandada

a pagar cinco meses que dizque le hacían falta al trabajador para completar su contrato de trabajo, por no haber tenido en consideración la disposición legal que dice: que los trabajadores calificados están sometidos a un período de prueba que no excederá de dos meses, y las disposiciones contenidas en los artículos 50 del Decreto 2127 de 1945, el artículo 8º de la Ley 6ª de 1945 y el artículo 2º de la Ley 64 de 1946, disposiciones que por otra parte se encontraban consignadas en el reglamento de trabajo de la empresa.

“La violación radicó en la siguiente circunstancia: el señor Lezaca Roa entró a la casa J. Glottmann, S. A., el 30 de septiembre de 1944 y trabajó hasta el día 31 de abril de 1946, es decir, que trabajó por espacio de diez y nueve meses, como al ingresar lo hizo en calidad de prueba, parece lo más lógico descontar el período de prueba o precontractual de los períodos contractuales presuntivos a que tiene derecho todo trabajador después de que vencidos los términos de prueba correspondientes nada se le ha dicho respecto de su contrato de trabajo, ni lo ha suscrito en forma de contrato escrito, por tanto, si Lezaca trabajó diez y nueve meses, pero de ellos hay que descontar los dos meses de período de prueba, tendremos que cuando salió de la empresa, terminaba su tercer período de seis meses, y en el peor de los casos tenía derecho a que la empresa le pagara el valor de una mensualidad, que era el tiempo que le faltaba para cumplir su tercer período presuntivo de seis meses, pues trabajó como empleado aceptado de la empresa, por espacio de diez y siete meses, y su tercer período presuntivo vencía al cumplir los diez y ocho meses, luego el Tribunal del Trabajo de Bogotá, al no tener en cuenta, para descontarlo, el período de prueba violó las disposiciones que establecen: ‘Que salvo estipulación en contrario’, artículo 9º, Ley 6ª de 1945 los trabajadores en período de prueba tendrán prestaciones sociales diferentes a las que el propio artículo se contrae.”

Aunque el recurrente no es suficientemente explícito, al citar el artículo 2º de la Ley 64 de 1946, que modificó el 8º de la Ley 6ª de 1945 y el 50 del Decreto 2127 de 1945, parece referirse a la facultad que pueden reservarse las partes de terminar unilateralmente cualquier contrato de trabajo, mediante aviso que se dé a la otra con una antelación no inferior al período de pago de los salarios. Dicha facultad estaría consignada en el reglamento de trabajo de la empresa.

La reserva, al tenor del artículo 50 del Decreto citado, para que sea válida, ha de constar por escrito, ya en el contrato individual, ya en la convención colectiva si la hay, o ya en el reglamento interno

de trabajo. Es, pues, admisible, en principio, el argumento de que la empresa demandada podía dar por terminado unilateralmente el contrato que la vinculaba con el señor Lezaca Roa sin otra obligación que la de darle el aviso anticipado previsto en la ley o pagarle los salarios correspondientes al preaviso, por estar esa facultad en el reglamento de trabajo. Pero como éste no tiene fuerza obligatoria mientras no sea aprobado por las autoridades del ramo y debidamente publicado en la empresa, en cada caso deben probarse tales circunstancias.

Ahora bien, el reglamento de trabajo de la empresa no es aplicable al caso, porque su publicación se hizo con posterioridad al 30 de abril de 1946, día en que el demandante dejó de trabajar. Este hecho, en el que estuvieron de acuerdo los testigos Rafael Cárdenas, Edgar A. Senior, Tulia Delgado, Enrique Franco y Alberto Baquero, no fue desvirtuado por las declaraciones en contrario de San Mosser y Isy Neumann, quienes se limitaron a decir en forma muy vaga que la publicación se llevó a cabo a "principios" o "en el curso del año", sin precisar el mes ni la fecha.

En lo que se relaciona con el período de prueba, no cita el recurrente la disposición legal que lo establezca necesariamente para los trabajadores calificados. En verdad esa disposición no existe. El artículo 9º de la Ley 6ª de 1945 simplemente permite estipularlo. Pero como es obvio, esa estipulación no se presume sino que es menester probarla. "El que alegue la existencia —dice Demogue, citado por Ramírez Gronda— de una cláusula de ensayo, deberá probarlo. En otro caso, debe presumirse lo más normal, que el contrato es definitivo."

Por lo demás, lo lógico es computar el tiempo de servicio de un trabajador desde el momento en que se inicia la relación de trabajo, o sea desde cuando el trabajador comienza a prestar su servicio o se pone a disposición del patrono para prestarlo.

En tratándose del período de prueba, pudiera pensarse que la relación de trabajo es distinta de la relación jurídica o contractual, y que ésta no surge sino una vez cancelado el referido período. Mas este concepto sería equivocado tanto a la luz de la teoría como de la ley positiva. La relación contractual coincide con la relación de trabajo o de hecho en el caso de período de prueba, con la sola circunstancia de que para el efecto de la aplicación de las condiciones generales el contrato queda sometido a la condición suspensiva de que el trabajador continúe en el servicio una vez terminada la prueba. Así lo enseña el artículo 9º de la Ley 6ª de 1945, cuando dice: "En uno

y otro caso (contrato de aprendizaje y período de prueba), salvo estipulación en contrario, el **contrato** (se subraya) podrá ser terminado, etc." De tal manera que el período de prueba viene a ser comprendido dentro del contractual, expirado el término respectivo, que entre nosotros no puede exceder de dos meses. La única diferencia consiste en que dentro del período de prueba, para terminar el contrato unilateralmente, basta un simple aviso con siete días de anticipación, por parte del trabajador o el pago de siete días de salario, por parte del patrono.

En consecuencia, ora sea que se tome como punto de partida el 30 de septiembre de 1944, fecha en que el señor Lezaca ingresó al servicio de la empresa o el 16 de octubre del mismo año, día en que entró en vigencia el Decreto legislativo 2350, también de ese año, estatuto que por primera vez consagró el término de seis meses para la duración presuntiva de los contratos de trabajo, según la tesis del Tribunal que el recurrente no discute y que por consiguiente no es el caso de analizar, el actor había completado tres períodos consecutivos de seis meses e iniciado ya el cuarto cuando fue despedido. En la primera hipótesis, dicho cuarto período comenzó el 1º de abril y terminó el 30 de septiembre de 1946, esto es, se le deberían al demandante por incumplimiento del contrato por parte del patrono, cinco meses de salario. En la segunda hipótesis, que es la contemplada en la sentencia que se acusa, el cuarto período comenzó el 16 de abril y terminó en la misma fecha de octubre de 1946, correspondiéndole al demandante cinco meses y diez y seis días de salarios, pues su despedido ocurrió el 30 de abril del año citado.

No se admite este cargo.

En la parte final de su escrito, el recurrente formula también a manera de cargo el de que la sentencia viola el artículo 575 del Código Judicial al condenar en costas al demandado, puesto que la oposición de éste no fue temeraria.

Tanto este Tribunal Supremo como la Corte Suprema de Justicia han sostenido reiteradamente que no puede ser materia de ataque en casación la condenación acesoria en costas, sin perjuicio de que si se casa el fallo, en el de instancia se resuelva acerca de ellas lo que sea procedente.

Al dictar el fallo de instancia que haya de reemplazar la parte que se infirma del que ha sido objeto del presente recurso y con fundamento en las consideraciones que se expusieron en su oportunidad, se absolverá a la empresa demandada del cargo relativo a la

violación de las disposiciones legales sobre el fuero sindical (artículo 40 de la Ley 6ª de 1945).

En mérito de lo dicho anteriormente 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 del presente recurso en cuanto confirmó la multa de \$ 500. 00 que le impuso a la empresa demandada el Juez de primera instancia, REVOCA en esa parte la sentencia de éste, y en su lugar absuelve a la sociedad J. Glottmann, S. A., del cargo por violación del fuero sindical. No la casa en lo demás.

Sin costas en la instancia ni en el recurso.

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. — Bertha Salazar Velasco, Oficial Mayor.

CASACION. EMPLEADOS DE CONFIANZA, DIRECCION Y MANEJO.

De acuerdo con el artículo 520 del Código Judicial y con conocidas jurisprudencias nacionales, sobre el recurso de casación, cuando se acusa por la causal 1ª, es necesario que se singularice la disposición legal sustantiva que se estima infringida. No se ajusta, por lo tanto, a la técnica de casación el ataque por infracción de todo un código o una ley.

Pero cuando se trata de estatutos legales que versan acerca de una misma materia, es evidente que con su sola cita y según el sentido del cargo pueda entender claramente la corporación a qué problema jurídico o legal se refiere el recurrente y a qué norma concreta de esos estatutos está aludiendo. No es lo mismo citar o acusar como violado todo el Código Civil que trata asuntos disímiles o una ley que contempla distintas situaciones, que señalar como infringida la Ley 57 de 1915 que se refiere sólo a accidentes de trabajo o la Ley 1ª de 1932 que versa acerca de jubilación de trabajadores ferroviarios u otra norma legal que regule una misma materia.

Es empleado de dirección, de confianza y aun de manejo el Recaudador de Rentas departamentales en un municipio, porque tiene a su cargo el respectivo establecimiento de expendio de licores, que se ha puesto bajo su cuidado y confianza, es vendedor de esos productos, recibe por lo tanto el dinero de las ventas y debe responder de él, como lo resalta la formalidad previa de la fianza, la naturaleza y hasta la simple denominación de su empleo, y, además, tiene bajo su dirección a los celadores de las rentas respectivas. Por lo mismo, sus labores están incluidas dentro de las excepciones a la jornada máxima de trabajo, pueden exceder de ella sin que tenga derecho a sobrerremuneración por ese concepto.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla).

Bogotá, diciembre nueve de mil novecientos cuarenta y ocho.

Ignacio León Velasco demandó al Departamento del Cauca para el pago de trabajo suplementario, de días feriados trabajados y cesantía por razón de servicios prestados como Almacenista General de las Rentas Departamentales y después como Recaudador de las mismas en Puerto Tejada.

El Gobernador confirió poder al doctor Miguel A. Orozco, para representar a la entidad demandada, pero no obstante que aparece aceptando el poder y recibiendo las primeras notificaciones, puesto que se le reconoció personería, no consta ninguna actuación suya hasta la decisión de primera instancia, pues no contestó la demanda ni concurrió a las audiencias de trámite en las que la parte actora produjo pruebas.

El Juez del Trabajo de Popayán, que conoció de la demanda, falló negando las peticiones sobre cesantía y horas extras y reconociendo a favor del actor la obligación del Departamento de pagarle \$ 914.18 por domingos y días de fiesta nacionales trabajados.

Los apoderados de ambas partes apelaron de esa sentencia. En la segunda instancia el Gobernador designó como su apoderado al doctor Jesús Hernando Segura. Y después de sortear dos conjuces porque no hubo acuerdo entre los tres Magistrados del Tribunal Seccional de Popayán ni entre éstos y el primer conjuce, la Sala de Decisión así integrada, es decir, por cinco miembros, falló reformado la providencia recurrida y condenando al Departamento demandado a pagarle al actor \$ 946.07 por concepto de trabajo en días de descanso, domingos y festivos civiles y religiosos, y la suma que resulte fijada en liquidación posterior, por razón de 2.455 horas suplementarias de trabajo. Salvaron sus votos los Magistrados doctores Constaín y Tafurt.

El apoderado del Departamento interpuso el recurso de casación que va a decidirse.

Tres cargos se formulan. Se estudiará el tercero que resulta acreditado.

TERCER CARGO

Dice el recurrente que ha sido erróneamente interpretado por el fallador el Decreto 895 de 1934 en cuanto ha considerado que un

Recaudador de Rentas, por tener funciones mixtas, no es empleado de confianza o de manejo y, por lo tanto, no cabe aplicación a las normas de ese estatuto.

El cargo destaca los fundamentos principales del fallo acusado que están formulados en los dos párrafos que transcribe y que dicen:

“Entiende el Tribunal con relación a los Recaudadores que mientras no exista una discriminación perfecta de las funciones que corresponden a estos empleados departamentales, no es posible afirmar que se trata de empleados de confianza o dirección sino de empleados que tienen un grupo complejo de funciones, y más técnicamente, de empleados de funciones mixtas’ (fl. 46).”

“Sobre esta base concreta del expediente, y de su apreciación, será fácil colegir que la excepción del numeral a) del artículo 2º de la Resolución número 1 de 1934, emanada de la Oficina General del Trabajo y aprobada por el Decreto ejecutivo número 895 de 1934, por la cual se excluyen de la jornada general del trabajo a “las personas que ocupen puestos de supervigilancia o dirección, o a las personas empleadas en oficios de confianza o de manejo”, debe ser entendida como toda excepción con criterio de índole restrictiva, según el principio ‘*Exceptiones sunt strictissimae interpretationis*’. Entiende así el Tribunal que la excepción del numeral a) del citado artículo de la Resolución número 1 de 1934, es limitada por la forma y por el contenido dogmático de la misma forma’ (fol. 48).”

El recurrente sustenta su cargo en los salvamentos de voto de los Magistrados Constaín y Tafurt, en la siguiente forma:

“Quiero rebatir las tesis del señor Magistrado ponente con las siguientes palabras de los señores Magistrados doctores Tafurt y Constaín que constan en sus salvamentos de voto.”

“Arguye el doctor Tafurt: ‘La simple denominación de recaudadores que se da a los empleados departamentales que manejan los estancos, indica a las claras que son los encargados de percibir los caudales. **Recaudador**, dice el Diccionario, es la persona destinada a la cobranza de caudales. Según éstos el Recaudador de Rentas Departamentales, el empleado encargado por el Gobierno Departamental, de recaudar y asegurar o poner en custodia los caudales provenientes de las rentas o impuestos. Es claro que para el ejercicio de ese cargo, no sólo se requieren conocimientos especiales para el cobro de los dineros que deben entrar al tesoro del Departamento, sino para su aplicación o distribución, que es precisamente lo que se llama manejo. Por eso dice del empleado alcanzado que no supo manejar los dineros que tenía a su cuidado y responsabilidad. Por eso tam-

bién se dice que es desfraudador el empleado que usurpa los dineros c bienes de la entidad que le confirió su manejo’.”

“Todas esas variadas actividades del llamado con propiedad Recaudador, configuran al empleado de confianza o manejo de que habla el numeral a) del artículo 2º de la Resolución número 1 de 1934, dictada por mandato de la Ley 129 de 1931 y por lo tanto su trabajo no está sujeto a la limitación de las ocho horas diarias de que tratan el artículo 15 de la Ley 10 de 1934, el 3º del Decreto 2350 de 1944 y el 3º de la Ley 6ª de 1945, que pudieran invocarse como aplicables al caso de autos, en consideración al tiempo en que el actor prestó sus servicios a la entidad demandada. Precisamente el parágrafo 1º del artículo 3º de la Ley 6ª hace para esa clase de empleados la excepción que contempla el artículo 2º de la citada Resolución número 1º, a la cual se refiere el parágrafo 3º de aquel citado artículo 3º al determinar el porcentaje de recargo por el trabajo en horas extras’.”

“Al respecto dice la Corte Suprema del Trabajo —hoy Tribunal Supremo— en la sentencia que se menciona al principio: ‘Por lo demás considera la Corte que cuando se trata de empleos de aquellos que se encuentran dentro de la (sic) excepciones aludidas, con (sic) con los de Director, Gerente, Administrador, etc., si se ha ajustado un sueldo mensual, tanto más si se ha estipulado participación en los beneficios de la empresa, debe entenderse que esa retribución cobija la totalidad del servicio prestado sin consideración al número de horas diarias del trabajo’ (fols. 71 vto. y 72)’.”

“Por su parte el doctor Constaín, advierte: ‘El concepto de empleado de confianza o manejo, a mi entender, está configurado exclusivamente por el elemento de responsabilidad directa en el manejo de intereses ajenos, independientemente considerado de la labor que para ese efecto deba desarrollar el empleado. Y que el puesto de Recaudador de Rentas Departamentales es de manejo no es posible ponerlo en duda, ya que bajo su directa responsabilidad se encuentran la custodia y distribución de los licores departamentales’.”

“Por otra parte, y desde un punto de vista estrictamente deductivo, resulta manifiesto el carácter de empleado de manejo que tuvo el actor, pues la previa constitución de garantía para el ejercicio del cargo que aparece del acta de posesión, lo incluye en la concepción legal de empleado de manejo, según el inciso 2º del artículo 251 del C. de R. P. y M.’ (fols. 74 y 75).”

Se considera:

Ya ha expresado en numerosas ocasiones este Tribunal, de acuerdo con las normas legales que regulan el recurso de casación y si-

guiendo conocidas jurisprudencias de nuestra Corte Suprema de Justicia, que cuando se invoca la causal primera de infracción de ley sustantiva debe singularizarse la disposición que se estime violada.

Mas, en providencia de 6 de los corrientes dijo que puede aceptarse la acusación de un estatuto legal cuando se entiende del planteamiento del cargo y por razón de la uniformidad de materias que aquél regula, cuál de su precepto es el de que trata el recurrente. En efecto, en esa decisión se expresó la entidad de la siguiente manera:

“Ha dicho la corporación reiteradas veces, de acuerdo con el artículo 520 del Código Judicial y con conocidas jurisprudencias nacionales sobre este recurso, que cuando se acusa por la causal primera es necesario que se singularice la disposición legal sustantiva que se estima infringida. No se ajusta, por lo tanto, a la técnica de casación el ataque por infracción de todo un código o una ley.”

“Pero cuando se trata de estatutos legales que versan acerca de una misma materia, es evidente que con su sola cita y según el sentido del cargo puede entender claramente la corporación a qué problema jurídico o legal se refiere el recurrente y a qué norma concreta de esos estatutos está aludiendo. No es lo mismo, por ejemplo, citar o acusar como violado todo el Código Civil que trata asuntos disímiles o una ley que contemple distintas situaciones, que señalar como infringida la Ley 57 de 1915 que se refiere sólo a accidentes de trabajo o la Ley 1ª de 1932 que versa acerca de jubilación de trabajadores ferroviarios u otra norma legal que regule una misma materia.”

“En este orden de ideas, cuando se acusa por infracción del Decreto 895 de 1934 y la Resolución número 1 del mismo año de la Oficina General del Trabajo aprobada por aquél, regulatoria de la jornada de trabajo, es lógico entender que si el recurrente estima que se violaron porque no se consideró uno de los casos de excepción que esos estatutos contemplan, se está señalando el artículo 2º de dicha resolución que es el de ellos que establece las excepciones a esa jornada.”

El recurrente no expresó en este cargo la disposición del Decreto 895 de 1934 que estima violadas, sino que se limitó a indicar todo ese estatuto como infringido por el fallo acusado. Este error de técnica es notorio, más por amplitud entiende la corporación, dada la forma como plantea su cargo, que se refiere al artículo 1º que aprueba la Resolución número 1 de 1934, de la Oficina General del Trabajo, sobre jornada máxima de trabajo y concretamente a su artículo 2º que es el

que establece las excepciones a esa jornada, como los empleos de confianza o manejo de que trata ese motivo.

El Tribunal Seccional entendió que de autos constaba que fueron dos los servicios prestados por el demandante Velasco a las Rentas Departamentales del Cauca; el uno como Almacenista General, que estima de confianza y manejo, y el otro, como Recaudador de Rentas Seccionales o Administrador Seccional de esas rentas en Puerto Tejada, que no considera exceptuado por ser sus funciones mixtas.

No obstante, considera que indiciariamente aparece la demostración de que esos Recaudadores otorgan fianza previa a su posesión para garantizar algunas funciones que les corresponden, pero no encuentra la prueba que le satisfaga acerca de la existencia de ese requisito. También dice que en forma indiciaria aparece que algunas de sus funciones fueron de dirección y entre ellas la de tener a su mando el cuerpo de celadores de rentas, pero encuentra de otro lado que no existe en el expediente una demostración completa acerca de sus actividades. Después agrega que hay la prueba de que otra función de esos empleados era o es la de expendedores de los almacenes oficiales de licores que monopoliza el Departamento, pero dice que esa labor de vender no es de manejo, aunque le asalta la duda de que la fianza hace colegir que sí hay actividades suyas de esa índole. De allí concluye que eran mixtas sus funciones, por lo cual no lo acepta dentro de las excepciones de la letra a) del artículo 2º de la Resolución número 1 de 1934 citada.

Para el Tribunal Supremo es evidente que tienen razón los Magistrados que salvaron su voto, y por lo tanto, el recurrente, puesto que de los mismos apartes del fallo de que se ha hecho mérito resulta fehaciente la calidad de empleado de dirección, de confianza y aún de manejo del Recaudador de Rentas Departamentales en un Municipio, porque tiene a su cargo el respectivo establecimiento de expendio de licores, que se ha puesto bajo su cuidado y confianza, es vendedor de esos productos, recibe por lo tanto el dinero de las ventas y debe responder de él, como lo resalta la formalidad previa de la fianza, la naturaleza y hasta la simple denominación de su empleo, y, además, tiene bajo su dirección a los celadores de las rentas respectivas.

Ya la corporación ha tenido oportunidad de fijar el alcance de las labores de dirección y confianza, y al respecto ha expresado en varias sentencias lo siguiente:

En la de fecha 5 de octubre de 1948 (Antonio Nel Zúñiga contra Avianca), se manifestó así la corporación: "Se ha dicho por la doc-

trina que no es posible dar un criterio de las nociones de dirección, vigilancia, fiscalización, inspección de labores, confianza y demás similares, sino que debe estudiarse la relación de trabajo respectiva en cada empresa para catalogar al trabajador en una cualquiera de esas clasificaciones, según sus funciones."

"El Tribunal Supremo entiende que en las labores de dirección y confianza el trabajador reemplaza al patrono, frente a los demás asalariados a su cargo, de modo que por la imposibilidad del empresario de estar en todas las dependencias o secciones del establecimiento hacen sus veces, lo sustituyen en sus facultades directivas, de mando o de organización. La simple vigilancia es una noción más clara y sencilla porque aun cuando denota una función propia de la índole patronal o en que se hace las veces del patrono, no conlleva facultades o atribuciones directivas o de mando, sino sólo de cuidado, control o fiscalización, bien de personas o de cosas'."

Síguese de lo expuesto que está demostrado el cargo y deberá casarse el fallo recurrido.

Para fallar en instancia se tendrá en cuenta que las labores del Recaudador están incluidas dentro de las excepciones a la jornada máxima de trabajo, por lo cual sus labores pueden exceder de ella sin que tenga derecho a sobrerremuneración por ese concepto.

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 por el Tribunal Seccional del Trabajo de Popayán el 15 de diciembre de 1947, REVOCA la de primer grado y, en su lugar, ABSUELVE al Departamento del Cauca de los cargos que le formuló el señor Ignacio León Velasco en su demanda.

Sin costas.

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. — Bertha Salazar Velasco, Oficial Mayor.

APLICACION DEL ARTICULO 553 DEL CODIGO JUDICIAL. SALARIO.

No es aceptable el procedimiento de remitir al artículo 553 del Código Judicial para en la ejecución de la sentencia establecer el salario básico devengado por el trabajador, aunque se trate de avaluar los frutos que aprovechaba éste como contraprestación de su labor en beneficio del patronó, porque en realidad es el monto del salario el que se trata de señalar, y siendo éste uno de los factores esenciales de la relación laboral, debe establecerse en el juicio ordinario de trabajo; de ninguna manera en la ejecución de la sentencia.

Cuando se estipula un sueldo fijo mensual, debe entenderse que comprende los descansos en los días feriados, que sólo deben remunerarse o pagarse en el caso de haberse trabajado en ellos.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía).

Bogotá, diciembre diez (10) de mil novecientos cuarenta y ocho (1948).

El 22 de mayo de 1946, Aureliano Cruz, vecino del Municipio de Piedras (Tolima), presentó demanda ante el Juez del Trabajo de Ibagué, dirigida contra Rafael Hernández G., con el objeto de obtener que se hicieran estas declaraciones:

Que desde el mes de agosto de 1923 hasta enero de 1946 trabajó como mayordomo en la finca "Proterito", de propiedad del demandado, en jurisdicción del Municipio de Piedras; que el referido Hernández le adeuda el valor de sus sueldos durante el indicado lapso, a razón de cincuenta pesos mensuales, o la cantidad que se fije por peritos; que se le condene a pagar además de los sueldos el valor de los días domingos y feriados civiles, y asimismo que se le pague la cesantía

y las vacaciones correspondientes a todo el tiempo en que trabajó al servicio del expresado Hernández.

Fundamentó su demanda en las disposiciones de la Ley 10 de 1934, 6ª de 1945 y el Decreto 969 de 1946.

Se opuso el demandado a que se hicieran las declaraciones pedidas por el demandante, por cuanto el trabajador se aprovechó de productos de la finca, tales como leches, palmas, plataneras, etc. Afirmó que el demandante no estuvo sometido a horarios, ni trabajó bajo su continuada dependencia, por lo cual no hubo contrato de trabajo, sino que simplemente cuidaba la finca y en cambio se pagaba con los expresados productos de ella.

Tramitado el juicio ampliamente, por sentencia de nueve de septiembre del mismo año, el Juez de primera instancia absolvió al demandado de todos los cargos de la demanda, por considerar que no existió contrato de trabajo entre las partes sino una relación jurídica distinta contemplada en la Ley 100 de 1944, sobre régimen de tierras.

Esta providencia del Juez fue apelada para ante el Tribunal del Trabajo de Ibagué, entidad que por medio de la sentencia de fecha doce de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete, revocóla y, en su lugar, dispuso condenar al demandado a pagar al demandante Cruz el valor de sesenta y seis (66) domingos y cuarenta y cuatro (44) festivos nacionales, ordenando que con aplicación del artículo 553 del Código Judicial se fijara el salario básico. Absolvió de los demás cargos.

EL RECURSO

Como esta decisión del Tribunal Seccional de Ibagué, se interpuso el recurso de casación por el demandado, y como fue admitido y convenientemente tramitado, se va a decidir por medio de esta providencia lo que se estime legal.

LA DEMANDA

Sin invocar ninguna de las causales señaladas en el artículo 520 del Código Judicial, y según lo preceptúa en forma terminante el 531 del mismo que señala los requisitos que debe cumplir la demanda de casación, dentro de la llamada "técnica del recurso", formula el recurrente varios cargos, los cuales se examinarán, por vía de amplitud, pues que el escrito presentado como demanda, es, como se acaba de expresar, un tanto deficiente.

PRIMER CARGO

Dice así:

"Hubo violación directa del artículo 9º de la Ley 100 de 1944, por falta de aplicación de esta disposición a un hecho existente y demostrado dentro del proceso, cuyas pruebas por falta de apreciación también contribuyeron a determinar la violación que invoco, toda vez que se desconoció el contrato civil rural de aparcería o porambiería existente entre las partes."

"En efecto, no es que entre los cuidanderos y los dueños de la finca no se presente la relación laboral. No. Lo que pasa es que el contrato en sí por el cual el campesino se compromete a cuidar la finca y recibe a cambio de ello del propietario, vacas para que ordeñe, tierra para cultivar, casa para vivir y permiso para tener en el predio ganado, cerdos y bestias de su propiedad, todo ello a cambio del servicio de vigilancia o cuido que presta, es civil y no laboral."

"En cambio, los trabajos realizados por el cuidandero 'en beneficio exclusivo del dueño de la finca', como si le hace una desmatona o le construye una cerca a jornal o por tarea, sí constituyen contrato de trabajo y se rigen por las normas del derecho positivo del trabajo; pero estas labores fueron realizadas por terceros en su calidad de peones contratados por Cruz o por Hernández, y el demandante presentó una liquidación según la cual estaba a paz y salvo por este concepto con el demandado, y en ningún momento involucró el pago de estos servicios en las peticiones de la demanda."

Continúa el cargo con una exposición encaminada a sostener la tesis expuesta de que el contrato existente entre Cruz y Hernández fue distinto del de trabajo y que por consiguiente debió aplicarse al caso la Ley 100 de 1944, sobre régimen de tierras.

Se estudia el cargo.

Como puede advertirse a la simple vista, el cargo se ha formulado sobre la base de que está acreditado en el proceso que se trata de un contrato que no es el de trabajo, lo que se deduce, según las propias palabras del recurrente, de las pruebas aducidas en el juicio. Pero no las singulariza en forma alguna, ni acusa por error de hecho, de tal suerte que deja a este Tribunal sin derrotero exacto para examinar la cuestión propuesta. Es, pues, un cargo incompleto, que dentro de la técnica de la casación resulta inaceptable, sencillamente porque para poder establecer si se trata o no de un contrato civil distinto de la relación laboral, sería preciso revisar todo el haz probatorio, y ello no es posible en casación, sino cuando se ha acu-

sado de falta de apreciación o errónea estimación de prueba determinada, pues, éste es un recurso extraordinario contra la sentencia y en el cual se hace la confrontación de ella con la ley, para hallar el quebrantamiento alegado. Y como de acuerdo con el mandato del artículo 520 del Código Judicial, inciso 2º, cuando se acusa por error de hecho es necesario se trate de mala apreciación de determinadas pruebas que haya conducido al Tribunal a incurrir en aquél, si esas pruebas no se singularizan exactamente, el cargo es inválido, y por consiguiente no puede prosperar.

Se rechaza, por consiguiente, el primer cargo.

SEGUNDO CARGO

El segundo cargo señala como violado el artículo 1º de la Ley 6ª de 1945, que define el contrato de trabajo.

Dice así:

“Violación directa del artículo 1º de la Ley 6ª de 1945 y el artículo 6º del Decreto número 2127 de 1945, por falta de apreciación de la liquidación presentada por el demandante, de la cual se desprende que los trabajos de desmatonas y demás, los hizo como contratista independiente, empleando a su servicio otros trabajadores, y los salarios de éstos que son los únicos que pueden considerarse como asalariados y que si fueron realizados en trabajos en beneficio exclusivo del patrono, podrían dar derecho a ellos para intentar demandas de trabajo contra el contratista, pero no al demandante quien realizó aquellos trabajos, no como asalariado del señor Hernández, sino como contratista independiente, y por lo tanto, ligado por un contrato de trabajo, peones que hicieron los trabajos, quienes a su vez, indirectamente tuvieron la misma relación con el señor Hernández, pero su relación con éste, fue entonces con el contratista la del contrato civil de ‘obra’ y no una relación laboral, por lo cual no hubo contrato de trabajo y se violaron entonces las disposiciones citadas.”

Se habla en este cargo de falta de apreciación de la liquidación presentada por el demandante, de la cual se desprende que los trabajos que realizó el autor lo fueron como contratista independiente, pues a su vez hizo que las labores respectivas se ejecutaran por terceros. No expresa en qué parte del expediente se halla la susodicha prueba, que ha sido buscada sin resultado por el sustanciador. Quizá se refiera un documento que obra a folios 7, 8 y 9 del cuaderno principal, en el cual hay una relación de gastos hechos por jornales para “desmatones” en las finca y otros en cercos, alambre, grapas,

etc., lo que no es propiamente una liquidación sino una relación de gastos, que aparece en el expediente sin firma alguna, pero que todo indica fue llevada con la demanda al juicio, por el mismo autor.

Sea lo que fuere, esta prueba solamente demuestra que en los trabajos de desmatones se utilizaba el trabajo de otras personas, pero no es por sí misma una demostración de que el actor no laboraba para el patrono, en términos tales que no se configurara el contrato de trabajo que el Tribunal encuentra demostrado, en oposición al criterio del Juez de primer grado.

Este cargo, tal como viene formulado, tampoco es suficiente para quebrantar el fallo recurrido.

TERCER CARGO

En este otro cargo vuelve el recurrente a hacer referencia a la liquidación presentada por el actor y en la cual se declara a paz y salvo por concepto de salarios con el demandado. Tal declaración no se encuentra en pieza alguna del expediente, o al menos no aparece en la relación de gastos de que se habla antes, el finiquito que se alega.

También este cargo se ha presentado en forma imprecisa y no alcanza a ser viable para el objeto propuesto. En él se señalan como violados los artículos 593 y 553 del Código Judicial, que son disposiciones adjetivas, y se cita toda la Ley 6ª de 1945, también como quebrantada, cosa inadmisible, pues ya se ha dicho en repetidos fallos que no puede acusarse todo un estatuto legal, en globo, porque la técnica de la casación exige que se singularice la disposición violada y se exponga claramente el concepto de la violación, para poder saber en qué forma se ha operado ésta.

Con todo, como la sentencia se remite al artículo 553 del Código Judicial para que en la ejecución de la sentencia se establezca el salario básico que devengaba el trabajador, es pertinente repetir que la disposición no es aplicable, pues aun cuando haya que avaluar los frutos que aprovechaba el trabajador como contraprestación por su labor en beneficio del patrono, en realidad se trata de señalar el monto de salario, cosa inaceptable, pues como se ha dicho muchas veces éste es uno de los factores esenciales en la relación laboral y debe establecerse en el juicio ordinario de trabajo, y de ninguna manera en la ejecución de la sentencia, vale decir que en el presente caso no se ha demostrado la cuantía del salario, no obstante que el demandante señaló la cantidad alzada de cincuenta pesos mensuales en el libelo inicial.

CUARTO CARGO

“La sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Ibagué, es contradictoria:

“Manifiesta que se pagaron en especial los servicios de Aureliano Cruz y termina condenando a pagarlos nuevamente en dinero, aunque no se probó su monto dentro del proceso.”

“O el señor Hernández pagó en especie los servicios de Cruz o no los pagó, si los pagó, como lo acepta el Tribunal, no puede condenársele a pagar nuevamente.”

“Este galimatías determina la aplicación errada de las disposiciones sobre descanso dominical y festivo y la violación de los artículos 1625 y siguientes del Código Civil sobre extinción de las obligaciones aplicables universalmente en el campo del derecho.”

No hace la sentencia ninguna consideración con respecto al pago del descanso dominical y días feriados civiles. Pero como lo anota el recurrente, incurre en una visible contradicción cuando parte de la base de que los salarios del trabajador fueron pagados en especie y luego resuelve condenar por días feriados.

Para el Tribunal Supremo no hay duda de que si el trabajador estimó que su sueldo era de cincuenta pesos mensuales, durante todo el tiempo en que estuvo al servicio del patrono, tal remuneración debió cobijar los descansos en los días feriados, y solamente habría lugar al pago de ellos en el caso de haberse trabajado. Pero sea lo que fuera, es verdad que la sentencia es contradictoria en cuanto afirma que “no es el caso de decretar tal pedimento (el pago de salarios), pues, en parte alguna del juicio se ha acreditado que se hubiera convenido salario en numerario y menos que no se hubiera pagado (se subraya), pues, por el contrario, los elementos de información allegados indican que el pago de los salarios se efectuó, pero en especie”.

Si, pues, el Tribunal encuentra que no se acreditó que se debieran salarios, no se explica cómo pudo llegar a la conclusión de que se pagaron únicamente los correspondientes a los días laborables y que se deben los de los de descanso remunerado. No cabe, en sentir de este Tribunal, hacer distinción alguna, pues sólo en el caso de que se hubiera establecido el no pago de tales descansos resultaría pertinente la condenación. Es una mera cuestión de lógica, que no requiere razonamientos complejos para sostenerla. De manera que para armonizar el fallo, y no obstante la manifiesta deficiencia de la demanda, será preciso casar la sentencia por ser este cargo eficaz para el objeto propuesto.

En mérito de las anteriores y muy breves 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 Ibagué, que ha sido objeto del presente recurso, y en su lugar deja en vigor la providencia al Juez de primer grado, que absolvió a la parte 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. — Cástor Jaramillo Arrubla. — Luis Alberto Bravo. — Bertha Salazar Velasco, Oficial Mayor.

SEGUNDA CAUSAL DE CASACION DEL ARTICULO 520 DEL CODIGO JUDICIAL.

La causal 2ª de casación del artículo 520 del Código Judicial no puede tener lugar sino cuando el fallo resuelve cuestiones ajenas a la controversia, esto es, *extra petita*, cuando deja de resolverse algunos de los que han sido objeto del debate; cuando se condenare a más de lo que fuere pedido (*plus petita*), o en el caso de que no consideraren y fallaren las excepciones oportunamente aducidas en el juicio.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía).

Bogotá, diciembre once de mil novecientos cuarenta y ocho.

Wenceslao Castro demandó ante el Juzgado del Trabajo de Pereira a Juan B. Sepúlveda, a fin de que le pagase el valor de las horas extras trabajadas como operario en la confección de zapatos, auxilio de cesantía, descanso dominical, compensación por días feriados civiles, auxilio de enfermedad, vacaciones y salarios dejados de devengar por ruptura del contrato de trabajo antes del vencimiento del plazo presuntivo. Además, indemnización de perjuicios por la terminación del contrato, de acuerdo con el monto que se estableciere en el juicio; asistencia médica y drogas; indemnización por enfermedad profesional y el valor de las costas del juicio.

La demanda fue contestada por el apoderado de Sepúlveda, quien negó el derecho del demandante a reclamar las prestaciones solicitadas por no haber existido entre las partes un contrato de trabajo.

Tramitado el negocio, en sentencia de fecha 3 de octubre de 1947, el Juez del conocimiento condenó al demandado a pagar a Castro Fernández las siguientes prestaciones: cesantía correspondiente a cinco

años, tres meses, a \$ 3.50 diarios, vacaciones correspondientes a dos años, dos terceras partes del salario como auxilio de enfermedad durante dos meses, teniendo en cuenta el capital del patrono y liquidado todo de conformidad con el artículo 553 del Código Judicial. Además la suma de trescientos sesenta y siete pesos, cincuenta centavos (\$ 367.50) por dominicales. Absolvió de las demás peticiones de la demanda.

De esta providencia apelaron ambas partes para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales, y esta entidad, con fecha primero de diciembre del año pasado, decidió el recurso, y al efecto, reformó aquélla limitando la condenación a la suma de trescientos sesenta y cuatro pesos ochenta centavos (\$ 364.80), así: por cesantía, diez y nueve pesos, veinte centavos (\$ 19.20); por auxilio de enfermedad, seis días, a mitad de salario, nueve con sesenta (\$ 9.60), y por 105 dominicales, trescientos treinta y seis pesos (\$ 336.00).

Contra esta última providencia se ha interpuesto el recurso de casación por el actor, el cual se ha tramitado debidamente y es llegado el momento de proferir el fallo respectivo, lo que va a hacerse mediante el examen de la demanda que el apoderado de la parte recurrente ha enviado a esta corporación.

LA DEMANDA

“Causales de casación

“La sentencia es violatoria de la ley sustantiva por infracción directa de la misma.”

“En efecto se ha infringido la Ley 6ª de 1945 al no aplicar sus disposiciones a la relación laboral que existió entre Castro y Sepúlveda y se infringió igualmente la Ley 65 de 1946; de modo igual se infringió la Ley 35 de 1939 y se violaron las normas de la Resolución 1ª de 1934, o sea la Ley 129 de 1931 aprobatoria de la convención.

“Precisa, para efectos del método, cómo respecto de cada una de las prestaciones demandadas se infringieron las claras ordenaciones de la ley.

“Empecemos por: COMPENSACION POR HORAS EXTRAORDINARIAS DE TRABAJO.

“Cerrándole el campo a la prueba, actuando esa tendencia desgraciadamente tan generalizada de someter la relación laboral del derecho público a las restrictas normas del derecho privado, el señor Juez rechazó las posiciones ‘segunda’ y ‘tercera’, tendientes a acre-

ditar la aceptación por parte del patrono de un hecho bultoso, o sea que la confección de un par de chancas demanda para el operario común y corriente una hora de trabajo.

"De manera testimonial y por la directa percepción del Juez y con presunción de hombre se conoce en este expediente que el tiempo mínimo para la elaboración de un par de chancas es de UNA HORA.

"Se afirmó en la demanda que Castro Fernández elaboraba ochenta pares de chancas que semanalmente se le confiaban; y, contra tal aseveración, que desde luego resulta ampliamente comprobada por las declaraciones, el patrono no alzó la única prueba a él permisible: sus records de producción QUE SE NEGÓ A PRESENTAR.

"Faltando a la verdad, de manera evidente notoria, certificó a fs. 34 que en la semana Fernández elaboraba SETENTA PARES, lo cual envuelve una confesión de su parte de que le ACEPTABA SETENTA HORAS DE TRABAJO.

"Y digo faltando a la verdad, porque, por fuera de que el dato suministrado por el trabajador debía el patrono redargüirlo con los records de producción, dicha certificación contraría las declaraciones y la propia afirmación que el demandado hace al absolver la pregunta 10ª del pliego de peticiones, que acepta haber recibido 75 pares.

"Pero, con todo, hay un hecho mínimo establecido: que encomendaba la confección de SETENTA PARES, es decir, exigía un aporte laboral de setenta horas a la semana, de las cuales necesariamente 22 eran extraordinarias.

"Y digo exigía, no solamente aceptaba, puesto que acreditado quedó que semanalmente en una tablita o cuadro fijado en el taller, señalaba la cantidad de obra que cada operario debía realizar en la semana.

"NO IMPONER, POR TANTO, la obligación de sobrerremunerar ese trabajo extraordinario, es violar franca y categóricamente la ley que así lo dispone."

En seguida transcribe un concepto del Departamento Nacional del Trabajo y en otros párrafos afirma que, como se ve de las pruebas, al demandante se le exigía la entrega de un número determinado de obras, para cuya ejecución necesariamente tenía que laborar en horas extras.

Se examina el cargo.

Afirma el recurrente que la sentencia acusada es violatoria de la Ley 6ª de 1945, lo mismo que de la Ley 65 de 1946; además que se infringieron la Ley 35 de 1939 y las normas de la Resolución nú-

mero 1 de 1934, o sea, dice, la Ley 129 de 1931, aprobatoria de la Convención (sic).

Considera que hubo falta de apreciación de algunas pruebas por parte del Juez, pues hace referencia a algunas posiciones y a una certificación del demandado referente al número de chancas que en una semana elaboraba el demandante. Pero no acusa por error de hecho.

Como puede advertirse, la demanda no señala especialmente ninguna disposición legal como infringida, sino que cita todo un estatuto, como es el que contiene la Ley 6ª de 1945, y en la misma forma lo hace con respecto a las demás leyes, procedimiento que peca contra la llamada "técnica de casación", que exige que se señale en forma clara la disposición o disposiciones violadas, y el concepto de la infracción. Exigencia esta que tiene por objeto orientar el estudio que debe hacer el fallador para hallar la violación alegada.

La acusación del recurrente gira alrededor de cuestiones de hecho, que se plantean como si se tratase de una instancia del juicio y no del recurso extraordinario de casación, en que se enfrentan la sentencia y la ley para hacer resaltar la infracción. Más aún: todas las observaciones del recurrente se refieren a la sentencia de primer grado y no a la del Tribunal Seccional, que es objeto del recurso. Por todo lo cual el cargo, tal como ha sido formulado por la demanda, resulta ineficaz para lograr el fin perseguido.

SEGUNDO CARGO

"Como SEGUNDA causal de casación, respecto de esta prestación, tenemos una violación directa de la ley por INTERPRETACION ERRONEA.

"Ocurre, y ello nadie podrá negarlo, que el intérprete autorizado de las leyes sociales, es el Departamento Nacional del Trabajo, puesto que tarea tal le fue encomendada por el legislador mismo al crear dicho Departamento. Con esa autoridad legal, interpretó en la doctrina extractada cómo los trabajadores a destajo caían bajo la esfera de la Ley 6ª de 1945, siendo por ende indubitable una interpretación errónea de la ley la que hace el Juez del Trabajo que el Tribunal corrobora.

"Débese pues, por ello y en este aspecto, condenar al señor Sepúlveda al pago del trabajo extraordinario o sobrerremuneración de de él, realizado antes del 9 de enero de 1947 fecha de la demanda, es decir, desde el 9 de enero de 1947.

"A partir de dicha fecha, hasta el 24 de diciembre de 1946, fecha de su retiro, corrieron TRES AÑOS, DIEZ MESES, TRECE DIAS.

"De ellos debemos deducir 15 días en cada año y dos meses más (véase respuesta primera posición), es decir TRES MESES Y MEDIO.

"En el resto, o sea en TRES AÑOS, SIETE MESES, TRECE DIAS; corrieron 285 semanas completas; en cada una de ellas se exigió o aceptó la incorporación de 22 horas de trabajo extraordinario o sean, 5.270 horas.

"Por los 5.270 pares de chancas en ellos elaborados, a razón de \$. 0.30, se pagó \$ 1.581.00. La cuarta parte de ello, o sean trescientos noventa y cinco pesos, veinticinco centavos se adeudan por concepto de sobrerremuneración.

"Debe, pues, por violación directa de la ley e interpretación errónea de ella, quebrarse la sentencia y condenarse al pago de dicha suma \$ 395.25."

Se examina el cargo.

Lo que se dice del cargo anterior puede también decirse del que se examina. En él se habla de errónea interpretación de la Ley 6ª de 1945 porque, en sentir del recurrente, y con base en el concepto del Departamento Nacional del Trabajo, los trabajadores a destajo están comprendidos por la aludida ley. Pero no se singulariza la disposición que se estima quebrantada por la sentencia, ni se señala la parte de ésta en la cual se afirme que la relación jurídica entre las partes no cae bajo el imperio de aquella ley. Al contrario, a lo largo de ella se advierte precisamente lo contrario: que se admitió la existencia de un contrato de trabajo entre los litigantes. Para demostración de esto basta con transcribir el párrafo siguiente de la providencia acusada:

"Así llega el Tribunal, por consiguiente, a la convicción de que en el presente caso sí existió contrato de trabajo, sin que se pretenda con esto generalizar la doctrina para trabajos de la misma especie, porque en lo relativo a labores a domicilio y en aquéllas en las cuales se contrata por unidad de obra, se presenta distintivos o modalidades muy especiales, que obligan a estudiar cada relación en particular, para tratar de indagar la intención de las partes, que es la prima y da la pauta en esta materia."

Tampoco prospera este cargo.

TERCER CARGO

Se formula el siguiente:

"Tercera causal de casación respecto de esta prestación, es no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, puesto que aceptando lo certificado por el demandado acerca de entrega de setenta pares semanales (certi-

ficado de fls. 34), y acreditado que la confección de cada par requiere una hora, es obvio que no puede desatenderse, como se hizo, la exigencia de la pretensión oportunamente aducida por el litigante demandante.”

Auncuando no lo expresa el recurrente, se trata de la causal segunda del artículo 520 del Código Judicial.

Se estudia el cargo.

El alcance de esta causal no es exactamente el que pretende el recurrente. En efecto, ella no puede tener lugar sino cuando el fallo resuelve cuestiones ajenas a la controversia, esto, es, *extra petita*, cuando deja de resolverse algunos de los que han sido objeto del debate; cuando se condenare a más de lo que fuere pedido (**plus petita**), o en el caso de que no se consideraren y fallaren las excepciones oportunamente aducidas en el juicio.

En ninguno de estos casos se encuentra comprendido el hecho alegado por el recurrente, que, como se ve, se refiere a la manera como el Tribunal apreció las probanzas allegadas al juicio (el certificado de que habla el cargo y el hecho de que para la confección de cada par de chancas requiere determinado tiempo), pues alrededor de ellas y de las demás que tuvo en cuenta llegó a las conclusiones que le sirvieron para sustentar el fallo.

Tampoco prospera este cargo.

CUARTO CARGO

Bajo el mote de PRESTACION DEL AUXILIO DE CESANTIA, dice el recurrente en lo esencial:

“Tengo para mí que el auxilio de cesantía debe ser pagado como a empleado, pues, que, incurriendo en otra causal de casación por interpretación errónea de la ley, en este caso de la 10 de 1934 y de la 6ª de 1945, dice el honorable Tribunal: ‘En tratándose de un obrero, ya que la calidad del trabajador está clara’, es decir, que sin elementos o, mejor, sin razones pasa a clasificar a Castro F. como obrero.

“Pero, convenida en gracia de discusión la calidad de obrero, ¿el auxilio de cesantía se debe a partir del 16 de octubre de 1944, es decir desde la vigencia del Decreto 2350? No: se adeuda con una retroactividad de cinco años a la Ley 6ª de 1945, ya que así lo preceptúa el parágrafo 1º del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945.

“El auxilio de cesantía que se adeuda a Castro Fernández es por todo el tiempo de contrato de trabajo ya que habiendo sido promulgada la Ley 19 de febrero de 1945, su retroactividad de cinco años exige su aplicación desde el 19 de febrero de 1940.

“Destaco, pues, como causal de casación que por sí sola se prueba, la violación del ordinal 1º del párrafo del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945.”

El aludido párrafo dice así:

“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).

“Con todo, cuando se trate de empleados particulares que lleven más de diez años al servicio del patrono, también se computará todo el tiempo de servicio anterior, en caso de retiro voluntario.”

El Tribunal Seccional estimó que el trabajador demandante fue obrero y no empleado, y, por tanto, sin derecho a cesantía por el tiempo anterior a la vigencia de la Ley 6ª de 1945, y al mismo tiempo que la empresa del demandado es de un capital inferior a diez mil pesos. Si, pues, el recurrente considera lo contrario, para poder establecer la violación del ordinal 1º del párrafo del artículo 12 de la Ley 6ª, habría sido necesario que acusase por error de hecho en la apreciación de las pruebas, para demostrar que se trataba de un empleado y no de un obrero, de un lado, y que fue retirado sin justa causa comprobada o por falta grave del patrono, que son los dos eventos que contempla la mencionada disposición. Mas como nada de esto ha hecho el recurrente, no puede prosperar este otro cargo.

Involucrado con este cargo, y fuera de toda técnica, dice el recurrente que destaca asimismo, como causal de casación, la violación directa de la Ley 65 de 1946 y del Decreto 1160 de 1947. En esta parte sí acusa por error de hecho, en lo relativo a la estimación del capital de la empresa demandada, que fue de diez mil pesos (\$ 10.000.00).

Sostiene que como el artículo 8º del expresado Decreto 1160 de 1947 establece que la comprobación del capital de las empresas, para el efecto de las excepciones de que trata el artículo 13 de la Ley 6ª de 1945, debe consistir en la declaración de la renta, patrimonio,

etc., y el Tribunal se atuvo a pruebas distintas, llegando a la conclusión de que el monto del capital del demandado era de la cuantía expresada, incurrió en error de hecho y también de derecho. Que el Tribunal dio por probada una excepción "que no lo fue por el medio legal de prueba que la ley señala", es decir, por la declaración de renta.

Dice, asimismo, que violó la Ley 75 de 1945, porque "si ésta consagra para los juicios del trabajo el sistema probatorio conocido como el de la "libre apreciación de la prueba", es el Juez quien forma libremente su convicción sin sujetarse a reglas fijas sobre apreciación o mérito de las pruebas".

Agrega que al decir el Tribunal que la empresa del demandado tiene un capital "que no pasa de diez mil pesos", esto equivale a afirmar que ese es su capital, y, sin embargo, la condenación se hace como si ese capital fuere inferior a esa suma.

Se considera.

Como se ve, el recurrente involucra en forma inconveniente diversos motivos de acusación, señalando toda la Ley 75 de 1945 como violada, por lo que hace a la apreciación de pruebas y únicamente singulariza el artículo 8º del Decreto 1160 de 1947, por lo relativo a la manera de demostrar el capital de la empresa.

El Tribunal no encuentra vulnerada esta última disposición, pues, si bien es cierto que el texto de ella expresa que para que el patrono tenga derecho a las limitaciones de que tratan los ordinales 3 y 4 del artículo 13 de la Ley 6ª de 1945, en tratándose de obreros particulares, deberá acreditar el valor del patrimonio mediante la copia de la respectiva declaración de renta del año inmediatamente anterior, no excluye esta exigencia otros medios de prueba para establecer ese patrimonio como se colige del contexto del inciso 2º del mismo artículo que determina que tal prueba se requerirá cuandoquiera que se trate de la aprobación definitiva de reglamentos de trabajo, sin perjuicio de que si se comprobare error en la declaración o se probare **por otros medios** (se subraya) que el capital es mayor que el declarado, el patrono será obligado al pago de los excedentes a que hubiere lugar.

De manera que no es la declaración de renta la única prueba, desde luego, que puede establecerse el capital de la empresa por otros medios, y esto, como se ve, en lo relativo a la aprobación de los reglamentos de trabajo, para lo cual se exige en forma expresa aquélla. Y si ello es así, no puede afirmarse que, en juicio, no sea dable utilizar los medios probatorios comunes para acreditar el capital del

patrono, máxime cuando, como en el caso presente, el litigio se inició antes de dictarse la acotada disposición, y por tanto no se exigió precisamente como prueba del capital la declaración de renta ni aún para el efecto de la aprobación de reglamentos de trabajo.

De manera que si el Tribunal de instancia estimó que el capital del patrono se hallaba acreditado en determinado monto, para extraer el porcentaje correspondiente, no cree esta superioridad que haya incurrido en error de derecho, siendo, por otra parte, inexacto que carezca de libertad para apreciar las pruebas que ante él se aduzcan, como lo afirma el recurrente, con base en que la regla 4ª del artículo 3º de la Ley 75 de 1945 que dice que el Juez no está sometido a la tarifa legal de pruebas y que forma su convencimiento libremente, porque el vocablo empleado por el legislador no debe entenderse en forma tan restringida, pues que el Juez equivale a **Juzgador**, y, por consiguiente, también comprende al Tribunal. Una inteligencia respecto de este punto, distinta de la que se expone, sería arbitraria y en todo concepto opuesta al pensamiento que la ley persigue, pues también los Tribunales reciben pruebas y no entendería cómo el inferior tiene libre facultad para su estimación y el superior no.

Por lo demás, la prueba que ataca el recurrente, o sea la de la inspección ocular, fue solicitada por él mismo, y sirvió de base al Tribunal para fijar el monto del capital de la empresa en donde trabajaba el demandante. Y no es valedera sostener que el demandado al contestar posiciones dijera que su capital era aproximadamente de veintiocho mil pesos, porque una cosa es el patrimonio total de una persona y otra el de la empresa afecta al pago de las prestaciones. De la misma declaración de la renta y patrimonio del demandado puede deducirse fácilmente que no todos los bienes denunciados hacen parte de la empresa que tuvo al demandante como su trabajador.

Tampoco prospera este cargo.

QUINTO CARGO

Continúa la acusación así:

“Yo acuso la sentencia de violación directa de la Ley 6ª de 1945 y de la 65 de 1946, porque ella, por apreciación errónea, incurriendo en error de hecho, toma la suspensión de dos meses que relatan los testigos, como ruptura del prístino contrato de trabajo. Y este error está evidenciado en los autos puesto que al responder a la posición primera, el señor Juan B. Sepúlveda le da carácter de simple suspensión.

“Primera. Diga usted si es cierto o no, de manera continua del 3 de mayo de 1941 al 24 de diciembre de 1946, excepción hecha de cuando estuvo enfermo, usted semana por semana encomendó a Wenceslao Castro Fernández obra suficiente en número a copar la actividad laboral normal de éste? ES CIERTO, con la diferencia de que en el año de 1943 trabajó Castro por espacio de unos dos meses con el señor Saúl Vásquez. También al finalizar cada año acostumbraba yo cerrar el establecimiento por espacio de 15 días, en los cuales no trabajó Castro...”

“Se ve, claramente que el absolvente da un simple valor de SUSPENSION a dicho pequeño lapso. Luégo el error de hecho consta de autos de manera evidente.

“De otro lado, el expediente da cuenta cómo dicha suspensión fue por cerrada de la empresa para CAMBIAR MODELO. Contra-interrogatorio a Vásquez, después de la ‘segunda’, ordinales a) y b).

“Y, si mal no estoy, quedó evidenciado en una respuesta de Sepúlveda al interrogatorio directo en la audiencia.

“Y hay violación directa del principio ‘REUS IN EXCEPIENDO ACTOR FIT’ y a lo dispuesto por el artículo 609 del Código Judicial, cuando el Tribunal dice: ‘Como no hay prueba de que al pasar el trabajador Castro al servicio del señor Saúl Vásquez lo hubiese hecho en uso de licencia u otra causa análoga, es razonable pensar que hay dos relaciones jurídicas distintas’; por cuanto que sobre la CONTINUIDAD del trabajo de 3 de mayo de 1941 a 24 de diciembre de 1946 hay un ‘ES CIERTO’ proclamado por el señor Sepúlveda; y si su respuesta que tomada en un sentido natural y obvio no es otra cosa que la de SUSPENSION, ella constituiría un hecho distinto y separado que correspondería al señor Sepúlveda probar y que él no probó.

“Hay, pues, también en ello un error de derecho por falta de apreciación de la prueba de confesión, en la forma como la ley ordena se aprecie.”

Este cargo resulta inválido tal como se ha formulado, pues dicho está atrás, repetidas veces, que no puede aceptarse una acusación contra todo un estatuto legal, sin singularizar el texto que se estime violado. Aquí se acusa toda la Ley 6ª de 1945, así como la 65 de 1946, y solamente se señala una disposición del Código Judicial (el artículo 609), como violado, que sin relación alguna con la disposición de derecho laboral violada, no da asidero para examinar el cargo.

SEXTO CARGO

“Yo acuso la sentencia de violación directa de la ley sustantiva por aplicación indebida e interpretación errónea, en esto consistente: ‘A más de esto hay que tener en cuenta que según el parágrafo 1º del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, en su regla segunda no puede haber retrospectividad en cuanto a la cesantía para obreros pertenecientes a empresas de capital inferior a \$ 125.000.00, y puesto que la Ley 65 de 1946 no modificó esa retrospectividad, queda en vigor la excepción para las empresas inferiores.

“Este verdadero galimatías contiene una violación directa de la ley, puesto que el artículo 12 de la 6ª de 1945 contiene una regla, una norma constante; y el 13 de la misma indisolublemente unido a él, no contiene una excepción sino una regla de aplicación, es la manera y proporción como lo dispuso por el artículo 12 debe aplicarse.

“Habiéndose finalizado el contrato de trabajo el imperio de la Ley 6ª de 1945, con aplicación estricta del artículo 13, pues que límite mínimo tan sólo está establecido para las empresas de capital inferior a diez mil pesos, es obvio que aún dentro de la arbitraria valuación del Tribunal, las prestaciones no podrán ser superiores al cuarenta por ciento.”

Continúa el cargo contra este párrafo de la sentencia, para afirmar no ya la violación del ordinal 2º del parágrafo del artículo 12 de la Ley 6ª de que allí se habla, sino el ordinal 1º del mismo, que expresa que, en caso de despido del trabajador sin justa causa comprobada o cuando se retire por falta grave comprobada del patrón, se tomará en cuenta el tiempo anterior de servicios pero solamente por cinco años.

Agrega: “Aquí está plenamente establecido que el patrono Sepúlveda estaba permanentemente en estado de violación grave de las obligaciones del artículo 28 del Decreto 2127 de 1945, puesto que no estaba cumpliendo el contrato al no remunerar dominicales, ni remunerar días feriados civiles, cerrar su fábrica todos los años, no para dar vacaciones remuneradas sino para descansar él y eximirse de pagar salarios de quince días”.

Como puede advertirse este cargo se refiere a una cuestión de hecho: si el retiro del trabajador se operó por falta grave comprobada del patrono para que tenga aplicación la disposición del ordinal 1º del parágrafo en mención, pero al mismo tiempo plantea el problema de la retrospectividad en cuanto a liquidación de cesantía, por tiempo anterior a la Ley 6ª, en las empresas de capital inferior a \$ 125.000.00.

Por lo que hace a lo primero, el cargo no puede prosperar sino por error de hecho en la apreciación de pruebas, las cuales deben determinarse expresa y claramente, cosa que no hace el recurrente, que tan sólo señala la prueba de confesión de Sepúlveda, sin decir cómo y de qué manera incurrió en la falta grave que le atribuye la demanda, es decir, singularizando la respuesta de la cual pueda resultar el hecho alegado como falta.

Y por lo que hace a la referencia al párrafo de la sentencia que atrás se dejó copiado, no aparece ninguna violación legal, desde luego que bien claro expresa el ordinal 2º del párrafo del artículo 13 de la Ley 6ª que “en los demás casos de extinción del contrato se tomará en cuenta el tiempo anterior de servicio, pero solamente hasta por tres años, y en todas las empresas cuyo capital sea mayor de ciento veinticinco mil pesos”, no puede darse más claridad, pues si la empresa no alcanza a tener dicho capital no está obligada a pagar la cesantía por tiempo anterior a la vigencia de la ley.

Tampoco es viable este cargo.

SEPTIMO CARGO

Auxilio por enfermedad.

“La sentencia viola el artículo 12 de la Ley 6ª de 1945 y el 13 de la misma, por aplicación indebida, puesto que condena a una prestación diferente de la que la ley consagra.”

“En derecho por no haber excepcionado el patrono y acreditado con el único medio legal de prueba que restrictamente consagra y permite la ley para él, la condenación debía ser al 100 x 100 del auxilio.

“En estricta justicia por mi confesada esas prestaciones surgen del auxilio por enfermedad o que bajo tal título genérico se cobijan, debe graduarse entre un máximo del 80% y un mínimo de un 40% de acuerdo con la ley.

“Y aún en conformidad con el arbitrario e inoperante valúo del Tribunal Superior (sic), debe graduarse entre un máximo del 80 y un mínimo del 40; pues que el extravagante valúo no cataloga la del señor Sepúlveda en empresa de capital inferior a diez mil pesos.”

Este cargo se refiere a la estimación del capital del patrono, y como ya se analizó en otra parte de este fallo, no hay necesidad de repetir lo que al respecto se dijo.

OCTAVO CARGO

Compensación por los días feriados civiles.

En este cargo se dice que se violó la Ley 35 de 1939, que no contiene sino dos artículos; el primero establece que todos los trabajadores, particulares u oficiales, tendrán derecho al descanso remunerado en los días 1º de enero, 1º de mayo, 20 de julio, 7 de agosto, 12 de octubre, 11 de noviembre y 25 de diciembre; y el segundo que ordena que la ley rija desde su promulgación.

Respecto de este cargo debe decirse que la sentencia de segundo grado no da al respecto ninguna base al Tribunal Supremo para estudiarlo pues, apenas se hace mención de la petición referente a días feriados civiles. Sencillamente, de acuerdo con la sentencia de primera instancia, que dio por no establecido el derecho a obtener el pago de tales días, por falta de prueba suficiente, se absolvió a la parte demandada; luego para que el cargo pudiera prosperar sería necesario revisar el haz probatorio, a fin de poder determinar si en efecto, fueron o no cubiertos al demandante aquellos días feriados. Pero la demanda de casación tampoco ofrece margen para el caso, ya que no se acusó por error de hecho, al través de pruebas.

NOVENO CARGO

Descansos dominicales.

Se acusa la sentencia por violación del Decreto 1250 de 1944 y Ley 6ª de 1945, por apreciación errónea. Dice el recurrente que no se conforma con la injustificada deducción de \$ 0.05 hecha por el fallador por cada par de chancas, es decir, de \$ 1.75 pagados al ayudante por semana.

Incorre el recurrente en la misma falta de técnica que se ha anotado en otros cargos, pues acusa todo un estatuto legal, como es la Ley 6ª de 1945 y todo el Decreto 1250 de 1944 (sic) el Tribunal Superior de cuya existencia no tiene noticia, que nada tiene que ver con las cuestiones, si es que existe.

DECIMO CARGO

Indemnización por rompimiento del contrato de trabajo.

Se acusa la sentencia del Tribunal por ser violatoria de la ley, por infracción directa, "al no condenar al patrón señor Sepúlveda a la indemnización consistente en cuatro meses y nueve días de salario, co-

responsdiente al tiempo restante que faltaba para finalizar el plazo presuntivo del contrato de trabajo”.

“Se ha violado el artículo 51 del Decreto 2127 de 1945 y por ende la Ley 6ª de 1945 que aquél reglamenta, al desconocer el pleno y perfecto derecho que Castro Fernández tiene para reclamar los salarios correspondientes al plazo presuntivo del contrato de trabajo que aún restaba.

“Y ello porque en manera alguna el señor Sepúlveda demostró que la terminación unilateral del contrato de trabajo estuviera en alguno de los casos que se refieren los artículos 16, 47, 48 y 49 del citado decreto, y por el contrario, acreditado, como lo está que el señor Sepúlveda no pagaba descanso dominical, no daba vacaciones, no daba auxilio por enfermedad, no cumplía, en una palabra, las disposiciones sociales y vivía en trance de permanente y pertinaz rebeldía, es decir, violando de manera permanente lo dispuesto por el ordinal 6º del artículo 26 del decreto y por el ordinal 9º del mismo, pues que por sí y ante sí resolvía, como está ampliamente acreditado, cerrar el taller por quince días, como está confesado por Sepúlveda en respuesta a la posición primera: “También al finalizar cada año acostumbra yo cerrar el establecimiento por quince días, en los cuales no trabajó Castro. De estos quince días se le pagaban a los obreros ocho días (como si en los otros no comieran (sic)).

“Y puesto que ambas a dos (sic) constituyen sendas VIOLACIONES GRAVES de las obligaciones y prohibiciones consignadas en los artículos 26 (sic) del decreto, constituyen justa causa para que el trabajador dé por terminado el contrato, como lo señala el ordinal 6º del acápite ‘por parte del trabajador’ del artículo 48 del Decreto 2127, lo cual, como atrás lo vimos, equivale a despido injustificado que da lugar a la indemnización pedida.”

Se considera:

Establece el artículo 51 del Decreto 2127 de 1945, que fueron de los casos a que se refieren los artículos 16, 47, 48, 49 y 50 del mismo, que señalan las causas justificativas de la terminación del contrato de trabajo, la que se produzca en forma unilateral, por parte del patrono, dará derecho a reclamar los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse al plazo pactado o presuntivo, además de la indemnización de perjuicios.

La sentencia recurrida no se ocupa de la cuestión que envuelve el cargo; pero la de primer grado estima que el motivo alegado, o sea el de haberse pagado una semana de trabajo, doblada, a título de cesantía, no puede mirarse como incumplimiento del contrato, toda

vez que aquélla no procede sino cuando ha vencido éste, y que la ruptura por parte del trabajador no obedeció a un hecho culposo del demandado que genere responsabilidad, para dar lugar a la acción de perjuicios que cree tener el demandante.

Pero el recurrente anota otro motivo, y dice que el demandado no demostró que la terminación del contrato estuviera en alguno de los casos señalados en el Decreto 2127 de 1945. Aparte de que esa prueba no incumbe a éste, la culpa del patrono no está establecida en forma indubitable, sino que, por el contrario, según el fallo de primer grado, la ruptura del contrato no le es imputable, por haber sido el demandante quien la produjo. Se trata también de una cuestión de hecho, y no se ha acusado al través de las pruebas del expediente. Por otra parte, siendo el Tribunal soberano en la apreciación de ellas, no se alcanza la razón para que se viera obligado a hacer la condena- ción por indemnización de perjuicios que se reclama; por todo lo cual no se advierte la violación del artículo 51 del Decreto 2127, alegada por el recurrente. En cuanto a la violación de la Ley 6ª de 1945, vuelve a decirse que es improcedente acusar por quebrantamiento de todo un estatuto legal. No cae la sentencia recurrida por este motivo.

UNDECIMO CARGO

En los párrafos siguientes del escrito del recurrente se dice que la sentencia viola la ley por apreciación errónea o falta de apreciación de determinadas pruebas. Se refiere a la confesión del demandado en cuanto al monto de su capital, que dijo ser de cerca de veintiocho mil pesos y que el Tribunal fijó el de la empresa en diez mil pesos. También a las respuestas dadas por el mismo demandado acerca del número de trabajadores de su establecimiento; al mismo tiempo hace mención de los dos meses en que dejó de trabajar Castro con el demandado para hacerlo bajo las órdenes de Saúl Vásquez, afirmando que no hubo dos relaciones de trabajo distintas. Igualmente habla de la suspensión de labores de fin de año, y después de afirmar que el retiro del trabajador no fue voluntario sino forzoso termina diciendo que se violó el Decreto 1160 de 1947 así como la Ley 65 de 1946, en cuanto no se condenó al pago de la cesantía desde el 1º de enero de 1942, es decir, vuelve a tratar todos los temas ya estudiados en los cargos anteriores, en forma tal que dentro de la técnica de casación resulta absolutamente inadmisibles porque agrupa diversos motivos en uno solo y cita las leyes sin singularizar sus disposiciones y fijar exactamente el alcance de la violación.

Para finalizar, hace también algunas consideraciones sobre la falta de apreciación de algunas pruebas en relación con la petición de horas extras; pero no dice qué disposición se violó, ni en qué forma se operó la violación. Vale decir que esta última parte del escrito del recurrente no puede tenerse como una demanda de casación y apenas podría considerarse como un alegato de instancia, dada la forma desordenada como plantea las diversas cuestiones que suscita con motivo de la acusación de la sentencia del Tribunal que es objeto de este estudio, razón por la cual no es procedente el examen de esta parte final de dicho escrito.

Por lo demás, como se ha dicho, todas las cuestiones allí tratadas han sido examinadas antes, al estudiar los otros cargos.

Pero 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 del Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales, que ha sido objeto del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la "Gaceta del Trabajo" y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Diógenes Sepúlveda Mejía. — Luis Alberto Bravo. — Cástor Jaramillo Arrubla. — Bertha Salazar Velasco, Oficial Mayor.



CONCILIACION. SU OMISION CAUSA NULIDAD DE LA ACTUACION.

El deber de los Jueces del Trabajo, según la Ley 75 de 1945, era el de procurar un arreglo justo o equitativo de los asuntos que les correspondieran, insinuando fórmulas de solución e invitando a las partes a darle fin a sus diferencias. Esta actividad quedó convenientemente regulada en el Decreto 2158 de 1948 o Código Procesal del Trabajo.

En los asuntos del trabajo, el Juez no tiene una misión pasiva como en la justicia común que sigue en el país el principio procesal dispositivo, sino que tiene una función activa de acuerdo con el principio inquisitivo y de dirección procesal que este nuevo derecho le asigna. La actitud del Juez o de la Comisión de Conciliación, al llegar a esta etapa previa o preliminar —o instancia de conciliación como también se la llama— no es meramente pasiva sino activa y le obliga, por lo tanto, como representante del Estado y para que esa institución cumpla con su noble finalidad, a proceder de la manera que estime más prudente y satisfactoria a lograr de las partes un acuerdo amistoso y justo de sus diferencias.

Siendo, como es, la conciliación de orden público, debe intentarse o provocarse cuando la ley la establezca como obligatoria, produciéndose nulidad de la actuación judicial posterior si se omite o pretermite.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla).

Bogotá, diciembre quince de mil novecientos cuarenta y ocho.
Higinio López demandó, por medio de apoderado, al Estado colom-

biano, ante el Juez del Trabajo de Popayán, para el pago de novecientos setenta y nueve pesos con sesenta centavos (\$ 979.60) por horas suplementarias de trabajo más sus intereses legales.

Dijo que desde antes del 16 de septiembre de 1941 hasta el 30 de septiembre de 1945 trabajó al servicio de la Nación en la Zona de Carreteras Nacionales de Popayán, como telefonista-cadenero de la vía que de dicha ciudad conduce a Pasto, en los sitios denominados "Las Cruces" y "La Josefina", jurisdicción del Municipio de Timbío. Que la jornada de trabajo en la estación de "La Josefina" fue de diez horas diarias, de 7 a. m. a 5 p. m., en forma continua. Que esa jornada la realizó no sólo en días ordinarios sino en los feriados y de vacante. Que su trabajo en días domingos y feriados, en lo que respecta a la jornada ordinaria de ocho horas, le fue remunerado en forma doble, pero no se le han cancelado las dos horas suplementarias de trabajo en dichos días, ni con salario sencillo ni con el doble que ordena la ley. Y que el promedio de su salario fue de un peso con sesenta centavos (\$ 1.60).

El Ingeniero Jefe de la Zona citada, que con el Personero Municipal de Popayán, fue señalado en la demanda como representante de la Nación, contestó ese libelo, por medio de apoderado, ateniéndose en cuanto a sus peticiones a lo que resulte probado en el juicio. Y en relación con los hechos manifestó que el actor había ejercido las funciones de que habla y durante las horas que menciona, aunque no en forma continua, ni trabajó en días de descanso.

El señor Personero dio una respuesta similar a la del Ingeniero Jefe de la Zona.

Después de esas contestaciones, el Juzgado del conocimiento dictó un auto el 18 de julio de 1946 por medio del cual señala el 30 del mismo mes para verificar la audiencia y, sin esperar al resultado de la conciliación preliminar, ordenó allí mismo la práctica de pruebas.

La parte pertinente de ese proveído, acerca del señalamiento de audiencia, dice así: "Como el Decreto número 969 del año en curso fue suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado, este negocio debe continuar tramitándose de conformidad con el título 46 del Código Judicial, pero como las Leyes 6ª y 75 de 1945 dan a los Jueces del Trabajo facultades para conciliar, señálase el próximo treinta de julio para que tenga lugar en este juicio la audiencia, de rigor, a la cual las partes o sus apoderados pueden llevar sus testigos o presentar sus alegatos, sin perjuicio de que las partes, si a bien lo tienen, pueden llegar a un arreglo amigable."

En ese mismo auto, el Juez ordenó notificarlo al Fiscal del ho-

norable Tribunal Superior, expresando que con este funcionario debía continuarse el juicio por haber quedado sin valor el artículo 20 del Decreto 969 citado. La notificación se le hizo al apoderado del actor y a ese Fiscal y no al Personero ni tampoco al apoderado de la Zona.

El Secretario informó el 1º de agosto siguiente que el día fijado para la audiencia no se había podido llevar a efecto esa diligencia porque no comparecieron los representantes de las partes, a pesar de haber sido notificados oportunamente. Y el Juez, en auto de 5 de agosto, señaló el 14 del mismo mes, a las 2 de la tarde, para celebrar la audiencia pública de que trata el artículo 1209 del Código Judicial y advirtió que las partes podrán presentar en ese acto sus pruebas y alegatos. Y agregó que el juicio se siguiera con intervención del Personero Municipal, quien representa a las entidades de derecho público, según el artículo 3º, regla 7ª de la Ley 75 de 1945.

El 14 de agosto señalado se celebró la audiencia, con asistencia de los apoderados del actor y de la Zona de Carreteras, y del Personero Municipal. No consta en ella que se hubiera intentado siquiera la conciliación, sino que se inició con las solicitudes de pruebas de la parte demandante.

El Juez dictó su sentencia el 16 de agosto de 1946 por medio de la cual declaró que el Estado le debe al demandante novecientos dos pesos con ocho centavos (\$ 902.08) por concepto de dos horas suplementarias de trabajo y reconoció la excepción de prescripción alegada por el apoderado de la Zona, respecto de las horas extras trabajadas con anterioridad al 25 de junio de 1942.

Apelado ese fallo por los apoderados del actor y de la Zona de Carreteras, el Tribunal Seccional del Trabajo de Popayán dictó el suyo el 19 de agosto de 1947, en el sentido de reformar el recurrido y, en su lugar, dispuso que el Estado debe pagarle al demandante la suma de dinero que resulte de liquidarle dos horas diarias suplementarias de trabajo de días hábiles y feriados comprendidos entre el veinticinco de junio de 1942 y el treinta de septiembre de 1945, sin tener en cuenta los períodos de vacaciones, y de acuerdo con los distintos salarios devengados por el actor en dicho lapso. Además, ordenó que la liquidación se hiciese con un recargo del cincuenta por ciento sobre el valor del salario ordinario en los días hábiles y sobre el valor del salario doblado en los días feriados. Y como la condena la hizo en forma ilíquida, dispuso que se procediera conforme al artículo 553 del Código Judicial. También declaró prescrita la acción por tra-

bajo suplementario prestado por el actor con anterioridad al 25 de junio de 1942. El Magistrado doctor Tafurt salvó su voto.

Contra este último fallo interpuso el recurso de casación el apoderado de la Zona de Carreteras y a decidirlo procede este Tribunal.

LA SENTENCIA ACUSADA

Dice ese fallo —respecto del problema planteado en casación— que no obstante que en el expediente no figura audiencia especial de conciliación, el Tribunal ha entendido que basta que el Juez haya prevenido expresamente a las partes sobre la posibilidad de conciliar su diferendo para que se entienda cumplida la formalidad del numeral 2º del artículo 3º de la Ley 75 de 1945, no sólo porque no se le fijó allí al Juez la manera como debía realizar la conciliación sino porque le otorgó plena discrecionalidad para hacerlo. Y agrega que desde el momento en que el Juez al citar para audiencia previene a las partes que pueden conciliar y esos litigantes se notifican de tal providencia, surge para ellos el derecho de hacer uso de esta modalidad procesal por lo cual quedó cumplida la mediación conciliatoria y la norma de la Ley 75 citada.

Por su parte, el Magistrado disidente al consignar las razones de su voto adverso al fallo manifiesta que la disposición mencionada de la Ley 75 de 1945, que manda a los Jueces obrar siempre como conciliadores antes de adelantar el procedimiento de instancia, les da a dichos funcionarios un carácter de conciliadores que no pueden omitir. Por lo cual, si en la primera audiencia entró a practica pruebas y no exteriorizó su facultad legal de poner en ese mismo acto a las partes en condiciones claras y precisas de lograr un arreglo antes del debate probatorio, violó flagrantemente la ley sin lugar a la menor excusa. Y que el anuncio que hace el Juez a las partes de que pueden conciliar, en el auto que cita para audiencia, no es el cumplimiento de su misión como conciliador porque ese aviso sobra y porque la etapa conciliatoria no es algo abstracto sino un momento procesal que debe pasar ante el Juez, quien propone a las partes fórmulas de arreglo. Agrega, finalmente, que como se tramitó el juicio de López contra la Nación sin verificarse la conciliación, está viciado de nulidad, porque o no era competente el Juez para adelantarla sin verificar la audiencia conciliatoria o se procedió en el litigio sin observar la plenitud de las formas propias de él.

El apoderado de la Zona de Carreteras envió su demanda de casación desde Popayán, pero no podrá oírsele porque no está inscrito

como abogado en esta corporación. Más el señor Procurador General de la Nación sustentó el recurso y pasa a estudiarse su demanda, que fue presentada en tiempo el 10 de junio último.

Es conveniente advertir que desde el libelo inicial del litigio se señaló como demandado al Estado colombiano, representado por el Personero Municipal de Popayán y por el Ingeniero Jefe de la Zona de Carreteras correspondiente. De modo que han actuado en el juicio, en defensa de la Nación, dos representantes suyos. Por lo mismo, en este recurso debe aceptarse esa dualidad de gestión que viene desde las instancias y, además, como la demanda de casación del apoderado de la Zona no podrá considerarse por la razón que acaba de exponerse, es lógico que actúe el representante constitucional del Estado en casación, como lo es el señor Procurador General, aunque el señor Fiscal del Tribunal de Popayán no haya interpuesto ese recurso.

LA DEMANDA

Un solo cargo formula, con base en la causal sexta de casación del artículo 520 del Código Judicial, o sea el de nulidad no saneada legalmente.

Ese motivo de nulidad consiste, para el recurrente, en que el Juez del Trabajo no dio debido cumplimiento a lo dispuesto tanto por la Ley 6ª de 1945 (artículo 67, ordinal 2º) como por la 75 del mismo año (artículo 3º, ordinal 2º) en el sentido de que dicho funcionario debe obrar siempre como conciliador antes de adelantar el procedimiento de instancia. El recuerdo que hizo ese funcionario en el auto de citación para audiencia de que las partes "si a bien tienen pueden llegar a un arreglo amigable", no implica, según el señor Procurador, el ejercicio de la función conciliadora exigida terminantemente por las leyes citadas.

Después transcribe el cargo los apartes ya mencionados del fallo del Tribunal de Popayán, acerca de la manera como esa entidad considera que puede cumplirse con la función conciliadora, y agrega: "Considero completamente equivocada esta manera de entender la obligación señalada a los Jueces de no adelantar el procedimiento de instancia sin haber obrado previamente como conciliadores. Advertir a las partes que pueden conciliar, es cumplir un oficio mecánico, sin finalidad práctica alguna. Bastaría que en las oficinas del Juzgado se fijaran avisos permanentes con esa advertencia, que no dice nada con respecto al cumplimiento de la misión de conciliador que la ley ha impuesto al Juez. Que esta misión no esté reglada, sino que en su

desarrollo se deja a la discreción del Juez, querrá decir que para cumplirla dicho funcionario tiene las más amplias facultades, pero jamás que puede abstenerse de ejercerla." Por eso llama la atención del Tribunal Supremo acerca del salvamento de voto atrás mencionado, que, según el recurrente, "se funda en razones en mi sentir inobjectables".

Y finaliza así su demanda el señor Procurador General:

"Bien sé que la nulidad aquí propuesta no está prevista en las leyes. Me basta contestar con dos razones:

"1ª No hay Código de Procedimiento para los asuntos del trabajo. Por consiguiente es imposible que se haya hablado de nulidad procedimental por haber prescindido de la etapa esencial de la conciliación.

"2ª La honorable Corte Suprema de Justicia ha aceptado en múltiples fallos la nulidad sustancial o constitucional, consistente en la violación de expresas garantías consignadas en la Constitución como la contenida en el artículo 26: 'Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio'. Que aquí se ha violado la parte que me he permitido subrayar, me parece fuera de toda duda.

"Por último, la falta de Código de Procedimiento obliga a los Tribunales del Trabajo y principalmente al Tribunal Supremo, a llenar con sus sabias doctrinas los necesarios vacíos de nuestra legislación procedimental en esta rama tan nueva y de tanta trascendencia."

Se estudia el cargo.

La Ley 75 de 1945, que rigió el procedimiento en los juicios del trabajo antes del Decreto 2158 del presente año sobre Código Procesal Laboral, dispuso en la regla 2ª de su artículo 3º que "los Jueces del Trabajo obrarán siempre como conciliadores antes de adelantar el procedimiento de instancia".

Como alrededor de este precepto, de su finalidad y sus alcances y de la institución de la conciliación que consagra, se ha planteado el único cargo que sustenta el recurso de casación, es necesario estudiarla desde sus orígenes, precisar su naturaleza jurídica, sus fines y efectos. Sólo así podrá saberse en qué consiste la conciliación, cómo se cumple o deja de cumplirse, cuál es la función del Juez en ese acto y qué consecuencias jurídicas pueden derivarse de su inobservancia.

LA CONCILIACION

a) Antecedentes históricos.

En Roma:

La Ley de las XII tablas daba en uno de sus textos fuerza obligatoria a lo que convinieran las partes al ir a juicio.

Cicerón al hablar de las ventajas de la transacción, recomienda la avenencia de los litigantes hasta sacrificar algo del propio derecho, lo cual considera liberal y a veces hasta provechoso.

Suetonio observa que el mejor monumento erigido por los romanos a la memoria de César fue una columna, al pie de la cual el pueblo acudió durante mucho tiempo a ofrecer sacrificios y votos y a transigir sus controversias.

En la Iglesia:

La Iglesia siempre ha considerado los pleitos como fruto de las pasiones humanas, peligrosos para las fortunas y las familias y contrarios al espíritu de paz, de caridad y de masedumbre evangélicas.

En el Evangelio de San Mateo se encuentran tres textos importantísimos que pueden considerarse como precedentes concretos. Dice uno: "Al que quiere litigar contigo y quitarte la túnica, dále también el manto." Otro expresa: "Sé transigente con tu adversario pronto, mientras estés con él en camino, no sea que te entregue al Juez." Y el tercero: "Si pecare contra ti tu hermano, ve y corrígele a solas; si te oyere, habrás ganado a tu hermano; pero si no te oyere, lleva contigo uno o dos, para que en boca de dos o tres testigos esté toda palabra..."

El Fuero Juzgo:

En la Ley 15, título 1º, libro II del Fuero Juzgo se habla de los **mandaderos de paz** y **avenidores**, pero éstos funcionarios no eran una institución permanente, sino que eran nombrados en cada caso por el Rey para avenir y conciliar los pleitos que éste les indicaba determinadamente.

Por lo tanto, la conciliación no fue en ese estatuto un trámite previo y necesario para los litigantes, al decir de un procesalista español ("Procedimientos Judiciales", Fábrega y Cortés), sino que sólo existía en ciertas causas en que por la importancia de las mismas o de las personas que litigaban podían originarse perturbaciones, y para evitarlas el Rey enviaba los mandaderos de paz para procurar una avenencia entre las partes.

No fomentaba, pues, el Fuero Juzgo la avenencia entre los litigantes, como medida general, porque la Ley 5ª, título 2º, libro II la

prohíbe, una vez comenzado el juicio, bajo pena de **pechar al Rey**, tanto como fuese lo que se reclamase en la demanda.

Las Partidas:

No se encuentra en ellas regulada la conciliación o avenencia aunque sí existe la institución de los avenidores o amigables compondores, que presenta su analogía con aquélla, pero que difiere en que la amigable composición es un verdadero juicio en el que los litigantes eligen sus jueces que han de decidirlo por medio de una sentencia o laudo.

b) Sus orígenes.

Los anteriores puede decirse que son apenas unos precedentes de la institución, pues en su forma actual tuvo su origen en el siglo XVIII y se generalizó con la Revolución Francesa que la prohibió con entusiasmo.

Se ha estimado que fueron poderosos en el ánimo revolucionario para la adopción de la conciliación los escritos de Voltaire. Por ejemplo, decía éste en una carta escrita en 1745: "La mejor ley, el más excelente uso, el más útil que yo haya visto jamás, está en Holanda. Cuando dos hombres quieren pleitear el uno contra el otro, son obligados a ir ante el Tribunal de los jueces conciliadores, llamados **haccederos de paz**. Si las partes llegan con un abogado y un procurador, se hace de pronto retirar a estos últimos, como se aparta la leña de un fuego que se quiere extinguir. Los pacificadores dicen a las partes: Sois unos locos por querer gastar vuestro dinero en haceros mutuamente infelices; nosotros vamos a arreglaros sin que os cueste nada. Si el furor por pleitear es sobrado fuerte en esos litigantes, se aplaza para otro día, a fin de que el tiempo suavice los síntomas de la enfermedad; en seguida los jueces les envían a buscar una segunda, una tercera vez: si su locura es incurable, se les permite litigar, como se abandonan a la amputación de los cirujanos los miembros gangrenados; entonces la justicia hace su obra."

La Revolución, en efecto, dispuso por medio de la Ley de 24 de agosto de 1790 que no se admitiría demanda alguna civil sin previo intento de la conciliación y que a éste no podrían concurrir curiales o apoderados. Posiblemente no fueron benéficos sus resultados, porque al tratar de publicarse en 1806 el Código de Procedimiento Civil, que fue otro de los de Napoleón, la mayor parte de las Audiencias, el Tribunalado y el Consejo de Estado aconsejaron que fuese suprimida, pero no obstante fue conservada la conciliación como obligatoria. Y por Decreto de 30 de Octubre de 1935 se ha tratado de darle mayor eficacia a esa etapa preliminar.

Sin embargo, el código ginebrino de 1819 se separó de este procedente y admitió el acto de conciliación como voluntario. Su autor, M. Bellot, en la exposición de motivos, combate el acto conciliatorio impuesto como medida obligatoria y necesaria a todo litigante, y se funda, de modo primordial, en que impuesto como obligatorio no sería ese acto más que un trámite preliminar y necesario, una especie de pasaporte —dice— para poder ingresar en el templo de la justicia, pasaporte que se toma como una formalidad de procedimiento, sin que ninguno de los litigantes tenga el menor ánimo de transigir sus diferencias.

En España tuvo su origen como medida general en la Constitución Nacional de 1812, excepto en algunas leyes especiales, principalmente de orden mercantil, como las ordenanzas de Bilbao, en las que se previene que no se trámite juicio alguno antes de que los cónsules llamen a los interesados y propongan una transacción entre los mismos, y hagan lo posible para que esta transacción sea aceptada. Esta disposición fue reproducida en las matrículas de Marina respecto de los matriculados o aforados, imponiendo también a las autoridades de Marina la obligación de citar a los matriculados a aforados para avenirlos.

También en España, en una instrucción dirigida a los corregidores el 15 de mayo de 1788 se les había ordenado que evitaran, en cuanto de ellos dependiera y les fuera posible, los pleitos, procurando la avenencia entre las partes al objeto de que se compusieran amistosa y voluntariamente, para lo cual deberían hacer uso aquellos funcionarios de la persuasión y no dando por terminado su intento sino después de emplear todos los medios persuasivos cuando encontrasen completamente irreconciliables y muy enconados los ánimos de los litigantes, de suerte que fuese necesario llegar a la vía judicial para que el Juez o Tribunal resolviese.

Asimismo, la Ley de 3 de junio de 1821, de dicho país, prevenía a los alcaldes que debían presidir los juicios llamados de conciliación, trámite indispensable para poderse iniciar un juicio, imponiéndose como obligatorio, con cuyo carácter pasó a la ley de enjuiciamiento civil de 1855, si bien en ésta dejó de ser juicio y correspondió a los jueces de paz.

En esa ley de enjuiciamiento fue regulada de modo que se la impone como obligatoria a las partes antes del comienzo de un pleito, y el Juez Municipal y los hombres buenos que pueden intervenir en la conciliación tienen como deber aproximar a las partes contendientes.

Autorizados escritores del siglo pasado le negaron al Estado la facultad u obligación de procurar la conciliación de los intereses privados, diciendo que nadie debe ser más amante de la paz, del orden y de los intereses de su patrimonio que su dueño mismo, y apoyado en este concepto, Bentham, por ejemplo, al ocuparse del acto de la conciliación, reprobaba al Estado el entrometimiento en buscar la avenencia entre los ciudadanos, porque decía que la conciliación envuelve para uno de los que transigen, una renuncia de parte de su derecho en favor del otro, y como el Estado no debe procurar transacciones en materia de justicia, sino que ésta se cumpla en toda su extensión y sin sacrificio alguno, no puede prohibir un acto por el cual, si resulta conciliación, necesariamente ha de haber sacrificio de justicia por parte de uno de los litigantes. La conciliación —dijo Bentham— es un mercado en el que gana más quien más regatea.

Otros, por el contrario, viendo en la conciliación un medio que el Estado tiene en su poder para procurar, sin sacrificio alguno, el reinando y pacífico cumplimiento del derecho, encuentra provechoso que los poderes públicos fomenten, en cuanto sea posible, la conciliación.

Entre éstos, hay quienes opinan que el Estado debe favorecer la conciliación, pero mediante ciertas condiciones como éstas: 1ª Que sea voluntaria y no obligatoria; y 2ª Que el Juez conciliador sea distinto del que ha de fallar el litigio en caso de promoverse.

Muchos tratadistas como Bentham, Bellot, Boncenne, Allard, Meyer y otros, citados por Fábrega y Cortés, se muestran partidarios de que el acto conciliatorio sea voluntario para los litigantes, los cuales quedan en libertad para ocurrir a él cuando crean conveniente y provechosa la transacción y prescindir de provocarlo cuando sólo se trata de llenar una mera formalidad.

Pero no obstante, legislaciones como la francesa, la española, la italiana, la alemana y la argentina la instituyen como obligatoria.

En la conciliación se presentan otros problemas como los de saber si conviene que la efectúe el mismo Juez que ha de fallar, para el caso de que no se produzca, o si debe presidirla un funcionario distinto, y el de si debe permitirse a las partes interesadas en la conciliación comparecer con abogados o sin ellos. Pero para los efectos del presente recurso no hay necesidad de entrar a analizar esas dos importantes cuestiones.

c) Sus fines y sus fundamentos.

Como lo dice Cucho, la etapa preliminar de conciliación se inspira en la idea muy sabia y prudente de que es mejor procurar un entendimiento que litigar, que se expresa así en el lenguaje popu-

lar francés: "Une mauvaise transaction vaut mieux qu'un bon procès". (Precis de Procedure Civile et Commerciales", pág. 239).

Irse a las soluciones de un litigio, la contractual y la judicial, expresa que la primera es preferida por los prácticos del foro por lo menos costosa, no sólo de dinero, de energías y de tiempo, por lo cual triunfa el sentido popular con su sentencia "más vale una mala transacción que un buen pleito", que en italiano se expresa así: "meglio una magra transazione che una grassa sentenza" (Sistema de Derecho Procesal Civil"), Tomo I, pág. 203).

Lo que es evidente es que desde el punto de vista social como del individual, según lo dice con toda claridad el procesalista francés citado atrás, es conveniente impedir los litigios cuando apenas germinen. Los pleitos no son en la mayoría de los casos sino pérdidas de tiempo, de esfuerzos, de dinero y de inteligencia que es necesario reducir a un mínimo. Por eso ha surgido la institución de la conciliación, que consiste en la intervención de un tercero, llamado conciliador y generalmente un Juez u otro funcionario del Estado, entre los titulares de los dos intereses en conflicto, con el objeto de inducirlos a acordar una solución justa.

Y, refiriéndose al fundamento de esta institución y de modo especial a la justificación de su obligatoriedad, se expresa así el Profesor Tissembauld:

"La misma razón que no admite en el derecho procesal del trabajo la función pasiva del Juez frente a la contienda, es la que justifica a su vez la obligatoriedad con que se establece dentro de los procedimientos o antes de éstos, la instancia de la conciliación. La naturaleza del conflicto del trabajo y las cuestiones que en el mismo se debaten, determinan la necesidad de instituir esta faz dentro del proceso que procura encontrar un avenimiento en las partes como resultado de recíprocas concesiones, siempre que ellas sean factibles y que desde luego respondan al deseo de procurar la paz en las mismas, por su propia decisión que es más eficiente que la paz impuesta por la autoridad y que origina reacciones espirituales que afectan la normalidad de las relaciones posteriores entre ellas". ("Las contiendas del trabajo y el régimen jurídico para su solución", en el libro "Tribunales del Trabajo, Derecho Procesal del Trabajo", pág. 167).

Esos mismos móviles fueron los que inspiraron la creación en la Argentina de la Comisión de Conciliación en el nuevo Código sobre

justicia y procedimiento del trabajo según el Decreto 32.347 de 30 de noviembre de 1944, como lo manifiesta Stafforini cuando dice:

“Debe dejarse, como premisa sentada, que, de acuerdo con el espíritu que propugnó el sistema organizado por el Decreto número 32.347 así como la institución de la Comisión de Conciliación, el rol fundamental del procedimiento del trabajo es el de avenir a las partes, conciliar los intereses entre empleadores y trabajadores y buscar una solución adecuada que, poniendo fin a la divergencia, restablezca la armonía entre el capital y el trabajo” (“Derecho Procesal del Trabajo”, pág. 389).

Y ya había dicho antes ese mismo autor: “Los conflictos del trabajo, en un gran número de casos, imponen la conveniencia de obtener un avenimiento entre las partes, ya sea por renunciaciones recíprocas y parciales de sus respectivas pretensiones en procura de una solución transaccional o por el desistimiento de la parte que carece de derecho”. Y agregaba: “El interés social, que exige agotar todos los medios adecuados para evitar los conflictos del trabajo y procurar su más rápida y equitativa solución, ha de reconocer al procedimiento de conciliación obligatorio la importancia que realmente tiene” (obra citada, págs. 21 y 22).

Unos mismos han sido, pues, los fines y el fundamento de esta institución a través de su historia, o sea los de procurar la solución justa y directa de los conflictos con el fin de conservar la paz social.

d) Diferencias con la mediación.

Como lo dice el Profesor Eduardo J. Couture, conocido procesalista uruguayo, “en el derecho moderno esta modalidad continúa ocupando un primer plano” (“Algunas nociones fundamentales del Derecho Procesal del Trabajo”, en el libro “Tribunales del Trabajo”, pág. 120).

Y agrega que junto a la composición judicial o sea la decisión del litigio por el Juez, que Carnelutti denomina “heterocomposición”, se encuentra la solución del pleito por acuerdo de las partes o “autocomposición”.

No interesa estudiar aquí la primera, o sea la resolución de la controversia por medio del fallo judicial, sino la segunda, efectuada por los litigantes mismos.

Carnelutti expresa que la autocomposición es un género en el que deben reconocerse varias especies, bien que para la solución sea suficiente la voluntad de una de las partes o se necesite del consen-

timiento para determinarla, o sea que puede ser un acto simple o un acto complejo. Simple como son las categorías de la **renuncia** y el **reconocimiento** y complejo como la **transacción**. (Obra citada, pág. 197).

Para el mismo tratadista, la renuncia y el reconocimiento que son especies de la autocomposición unilateral, se diferencian o contraponen porque la primera es el **abandono de la pretensión** al paso que la segunda es el **abandono de la discusión**. En cambio, la transacción es un acuerdo de voluntades, un contrato bilateral que se halla en medio de las dos figuras anteriores.

Y al analizar la solución contractual de un litigio, es decir, por acuerdo entre las partes, explica que la conveniencia de encontrar una solución amistosa justa explica la institución de la conciliación. Y distingue entre la **mediación** que persigue una **composición contractual cualquiera**, con intervención de un mediador que aproxima a los litigantes pero que no tiende a procurar una solución de justicia, y la **conciliación** que también requiere la intervención de un tercero, conciliador, que sí aspira a una **composición justa**.

e) Procedimiento. Ante quin se efectúa.

El sistema general adoptado por las legislaciones que la han establecido es el de que una de las partes cita a la otra, por conducto de un Juez o de una Comisión de Conciliación establecidos por el Estado, para que ante ese funcionario o entidad se procure un arreglo amigable que el Juez o la Comisión procurará no con simples invitaciones a hacerlo sino con fórmulas de solución de modo que se llegue a una conclusión justa del conflicto.

Por ejemplo, el Código del Trabajo español en su artículo 469 dispone:

“El Juez intentará la conciliación advirtiéndolo a las partes de los derechos y obligaciones que pudieran corresponderles. Lo convenido por las partes en el acto de conciliación se llevará a efecto por los trámites de ejecución de sentencia...”.

Y comentando esta disposición el autor de esa nacionalidad, Juan de Hinojosa Ferrer dice:

“El Juez obra, pues, en la conciliación como un elemento activo. No sólo tiene la obligación de intentar conciliar las pretensiones contrapuestas, sino que debe instruir a las partes de los derechos que les asisten y de las obligaciones que tienen que cumplir, sin prejuzgar, por supuesto, la solución que haya de darse en caso

de que el litigio llegue a formalizarse, salvando la incógnita del resultado de las pruebas". (El enjuiciamiento en el Derecho del Trabajo", pág. 127).

En Colombia, la primera disposición que instituyó la conciliación fue el Decreto legislativo N° 2350 de 1944, para los asuntos del trabajo, al fijar en su artículo 37 el procedimiento que debería seguirse en ellos. En efecto, la regla 2ª de ese artículo dispuso que "los Tribunales del Trabajo obrarán siempre como conciliadores antes de adelantar el procedimiento de instancia". Y al convertirse ese Decreto en la Ley 6ª del año siguiente, ésta conservó la institución al investir por medio de su artículo 67 al Presidente de la República de facultades extraordinarias para fijar las normas de procedimiento del trabajo que le dio bases expresas y una de las cuales, la 2ª, decía que "los Jueces del Trabajo obrarán siempre como conciliadores antes de adelantar el procedimiento de instancia".

Pero como el Presidente no hizo uso de esas atribuciones, el legislador del mismo de 1945 fijó unas normas generales de procedimiento del trabajo, mientras se expedía el código sobre la materia. Y así fue como en la Ley 75, artículo 3º regla 2ª recogió el mismo principio ya expuesto, según el cual los Jueces del Trabajo deberían obrar como conciliadores antes de adelantar el juicio.

El Ejecutivo quiso reglamentar completamente las normas legales sobre procedimiento del trabajo, y entre ellas el artículo 3º de la Ley 75 citada, y al efecto profirió el Decreto 969 de 1946 que en su artículo 46 disponía que la primera audiencia después de contestada la demanda, que se denominaba de conciliación, se iniciaría con la invitación del Juez a que en su presencia y bajo su vigilancia procurasen las partes conciliar su diferendo. Y el artículo 49 preceptuaba que en cualquier momento en que el Juez considerase que el acuerdo no fuese posible, declarararía clausurada la conciliación y abriría en seguida el procedimiento de instancia en audiencias de trámite y juzgamiento.

Este Decreto, como es bien sabido, fue suspendido por el Consejo de Estado en julio de 1946 y por ello el Juez de Popayán, no obstante la claridad de la norma del artículo 3º de la Ley 75 que sí continuó vigente, se negó a actuar de conciliador como ese precepto se lo ordenaba y se limitó en el auto de señalamiento de la primera audiencia a decir que las partes bien podían arreglar su diferencia. El artículo 3º impone, como su simple lectura lo indica, una obli-

gación al Juez para que obre o actúe de conciliador y aun la simple noción gramatical de este vocablo —si no había normas procesales como lo alega el Tribunal de Popayán— indica que recibe dicho nombre quien concilia, esto es, quien “compone y ajusta los ánimos de los que estaban opuestos entre sí”, según la definición del Diccionario de la Academia. Pero no era necesario a aquellos funcionarios llegar hasta esa acepción, pues en el Derecho del Trabajo es bien conocida la función del conciliador —que es activa según se dejó visto— y aún en nuestra legislación sobre conflictos colectivos del trabajo se puede observar qué alcances tienen las atribuciones de los conciliadores. En efecto, la ley 21 de 1920 dispone en sus artículos 1º a 12 cómo se cumple la conciliación en esos conflictos, pero especialmente son terminantes los artículos 11 y 12.

El artículo 11 dice que el cargo de los conciliadores es el de procurar un arreglo equitativo y conveniente para las partes en conflicto ... y el 12 que la decisión, concepto o dictamen que formulen los conciliadores no es obligatorio para las partes.

Por lo tanto, el deber de los Jueces del Trabajo, según la Ley 75, era el de procurar un arreglo justo o equitativo de los asuntos que le correspondieran, insinuando fórmulas de solución e invitando a las partes a darle fin a sus diferencias. Esta actividad quedó convenientemente regulada en el nuevo Código Procesal del Trabajo o Decreto 2158 del presente año, que no hay necesidad de comentar aquí porque no estaba en vigencia cuando el Juez a quo ni el Tribunal de segunda instancia actuaron, ni cuando el recurrente sustentó su recurso de casación.

Ya se vió cómo el Juez en los asuntos del trabajo no tiene una misión pasiva como en la justicia común que sigue en el país el principio procesal dispositivo, sino que tiene una función activa de acuerdo con el principio inquisitivo y de dirección procesal que la respectiva rama de este nuevo Derecho le asigna. Por consiguiente, la actitud del Juez de la Comisión de Conciliación, al llegarse a esta etapa previa o preliminar —o instancia de conciliación como también se le llama— no es meramente pasiva sino activa y le obliga, por lo tanto, como representante del Estado y para que esa institución cumpla con su noble finalidad, a proceder de la manera que estime más prudente y satisfactoria a lograr de las partes un acuerdo amistoso y justo de sus diferencias. Su misión es activa porque actúa en nombre de la comunidad que tiene interés en que los litigios disminuyan y se logre, con su arreglo, la paz social.

f) Su naturaleza.

Se ha dicho por la doctrina que estudiar la naturaleza jurídica de la conciliación es buscarle respuesta a una de estas dos cuestiones: 1ª si esa institución es un acto de jurisdicción contenciosa o de jurisdicción voluntaria, y 2ª si es de orden público.

Cuche, procesalista francés de reconocida autoridad, dice que no se ha discutido que la conciliación es un acto de jurisdicción graciosa y al efecto da un argumento incontestable en ese sentido. En verdad, manifiesta que cuando se provoca la conciliación frente al Juez de paz no se trata de decidir un litigio, sino de llegar a un acuerdo. No busca, en efecto, saber quién tiene razón o quién carece de ella, sino de cuál lado se encuentra la buena voluntad de entendimiento. Y cita como ejemplo irrefutable el de que el Juez conciliador debe concretar su actividad a cerciorarse de que las partes se avienen o de que no logran entenderse, pero no puede ordenar la práctica de ninguna prueba para formar su convicción porque allí no va a juzgar.

Y respecto de la segunda cuestión, es necesario concluir que se trata de una institución de orden público por la finalidad esencialmente social que persigue, por el interés de la comunidad en que su objeto se cumpla. Como agrega el procesalista citado, si se atiende a su origen y al pensamiento que la inspira, no se puede negar que es de orden público, pues la disminución de los litigios es, en verdad, una cuestión de interés general.

Otra cosa es que en Francia, debido al descrédito en que ha caído, por razones peculiares de ese país, es imposible mantenerla con ese carácter y de allí que la jurisprudencia la considere en dicha nación y por ese desprestigio, como de orden privado.

g) Su omisión.

Esta cuestión está íntimamente ligada a la anterior, porque si la conciliación es de orden público, su observancia es estricta y en caso de que se pretermita se está violando o renunciando al cumplimiento de una ley de dicho carácter, lo que está prohibido, por lo cual esa omisión produciría la nulidad de la actuación que se siguiera sin haberla provocado. En cambio, si es de orden privado pueden las partes renunciar a su práctica y adelantar sin su celebración o intento la actuación judicial.

Como es de orden público, según se vio, síguese lógicamente que debe intentarse cuando la ley la establezca como obligatoria y que si se omite existe una nulidad de la actuación judicial posterior.

En Alemania, en donde está instituída en el procedimiento civil a partir de la Novela de 1924, a la interposición de la demanda debe preceder el procedimiento conciliatorio. Y comentándola dice Goldschmidt: "Este es un procedimiento independiente, encaminado a conseguir un arreglo amigable, y que ha de celebrarse necesariamente antes del procedimiento contencioso, ante el Juzgado de primera instancia, como Tribunal ordinario" ("Derecho Procesal Civil", pág. 359). Y más adelante denomina a la conciliación "presupuesto necesario" del procedimiento contencioso aunque no constituye un "presupuesto necesario" de la sentencia de fondo.

Sin embargo, en ese país puede prescindirse del intento conciliatorio sin que exista nulidad, porque hay norma expresa sobre el particular según lo expresa dicho autor en el párrafo siguiente: "Si el procedimiento se inicia contraviniendo la disposición del artículo 495 (o sea el que corresponde a la ley de 1924 citada), la falta queda subsanada, por cuanto la ZPO (Código del Procedimiento Civil), prevé la posibilidad de tránsito del procedimiento contencioso al de conciliación, y porque, además, el Tribunal puede intentar en cualquier momento la conciliación conforme al artículo 296" (obra citada, pág. 361).

En Italia, se la considera por un autor de derecho laboral, "un presupuesto procesal" que hace que "la procedibilidad de la acción esté subordinada a la tentativa de conciliación" porque, "la norma que hace obligatorio el previo experimento de la conciliación existía ya, para la materia del trabajo, en los artículos 8 y 10 de la ley sobre los *Probiviri* del 15 de junio de 1893" (Luigi de Litala, "El Contrato de Trabajo", pág. 467). El mismo tratadista explica que si en la audiencia preliminar las partes insisten en la controversia, el pretor o el presidente debe tratar "ante todo", o sea en todo caso, de inducirlos a un arreglo equitativo, pero, como en el procedimiento alemán, esa tentativa debe reproducirse durante el juicio en todos los casos en que se manifieste oportunidad para ello (obra citada, pág. 479).

Mas, posiblemente por la misma razón que en el sistema teutón, de que puede intentarse en cualquier tiempo, no se sancione su omisión como presupuesto procesal o preliminar con la nulidad, pues el mismo Litala al formularse ese problema lo resuelve negativamente. En efecto, se expresa así: "Esta tentativa de conciliación se exige bajo pena de nulidad del juicio? Consideramos que no, al no haber el legislador sancionado tal motivo de nulidad. Pero el Juez no pue-

de descuidar el cometido importantísimo en la materia de ejercitar una actividad de conciliación respecto de las partes y de proponer la solución equitativa de la litis". (Obra citada, pág. 479).

En cambio, para Cuche, en el sistema de su patria, si se considerase de orden público la conciliación, como en efecto la considera de esa naturaleza, habría de producir las consecuencias más graves porque debería en caso de omisión reiniciarse el proceso. Así lo expone en la pág. 244 de su obra citada, pero agrega también que la jurisprudencia francesa, por la decadencia de la institución, ha tenido que considerarla como de orden privado debido a aquellas fatales consecuencias en caso de su inobservancia. Por eso explica que después de un largo tiempo, esa jurisprudencia ha considerado la etapa preliminar de la conciliación como de orden privado, por las razones peculiares ya anotadas, "y que la nulidad que resulte de su omisión es una nulidad relativa que se sana por el silencio del demandado, lo que hace que las dos partes, cuando estén de acuerdo, puedan perfectamente entenderse para ocurrir **de plano** al tribunal correspondiente para conocer del litigio". (Obra citada, pág. 244).

Se concluye, por lo tanto, que las consecuencias de su omisión son diferentes según los sistemas que imperen. Si se establece la conciliación como previa y obligatoria, como "presupuesto procesal", por ser de orden público su inobservancia produciría nulidad de la actuación litigiosa subsiguiente. Pero si se establece como facultativa o si se admite su práctica en cualquier etapa del juicio, vendría a ser de orden privado porque las partes podrían provocarla a su arbitrio, sin que su omisión produjese nulidad procesal.

h) Conciliación en juicios contra el Estado.

Las legislaciones española y francesa exceptúan de la celebración del acto previo de la conciliación a las acciones dirigidas contra el Estado, el Departamento o el Municipio, o, en términos generales, contra la Hacienda Pública. En Francia no se exige tampoco en las demandas que interesen a los establecimientos públicos, los menores, las personas puestas en interdicción, los curadores y las herencias yacentes.

La razón de esta excepción es elemental. Es completamente inútil la conciliación cuando se trata de dichas entidades o personas porque son incapaces de transigir y, por lo tanto, también lo son para conciliar.

En nuestro país la Ley 75 de 1945 no hizo excepción de ninguna naturaleza, puesto que dispuso que los Jueces del Trabajo obra-

rían siempre como conciliadores antes de adelantar el procedimiento de instancia. Pero el Decreto legislativo N° 2158 del presente año, o nuevo Código Procesal del Trabajo, sí consagró una excepción en su artículo 23 al expresar que no procederá la conciliación cuando intervienen personas de Derecho Público, como la Nación, los departamentos, las intendencias, las Comisarías, y los Municipios. Y la razón de esta norma es la ya expuesta, que en Colombia se funda, además, en precepto vigente que expresa que carecen de la facultad de transigir los Agentes del Ministerio Público, que son los representantes constitucionales y legales de la Nación y demás personas de Derecho Público, salvo de los Departamentos que según reforma de la Carta de 1945 deberán ser representados judicialmente por el Gobernador. (Artículo 170 del Código Judicial).

i) La conciliación y la justicia del trabajo.

Para concluir con esta exposición, es conveniente tener en cuenta que, según lo ha dicho la Oficina Internacional del Trabajo, “uno de los rasgos distintivos de la jurisdicción del trabajo es la importancia que ésta le da a la tentativa de conciliación la cual debe preceder a la instancia, antes de que el conflicto éntre en la faz judicial”. Ha manifestado esa autorizada Oficina que la conciliación es una de las notas características de la justicia del trabajo y así lo ha aceptado de la doctrina en el nuevo derecho, especialmente los expositores de Derecho Procesal del Trabajo. Y ha agregado aun más la entidad ginebrina: “Es preciso ver aquí —en la conciliación— una de las ventajas más comunes y más grandes de los tribunales espaciales del trabajo. En efecto, el procedimiento de conciliación da a menudo a las partes en litigio la oportunidad de reducir sus reclamaciones a proporciones justas, facilita el acuerdo entre las partes, evitando así los gastos que traería un proceso y asegura un arreglo razonable basado en la buena voluntad que cada una de las partes pone para comprender el punto de vista de la otra. Las estadísticas —concluye— demuestran que, en la práctica, se resuelve de esta manera un gran porcentaje de conflictos individuales de trabajo” (Bureau International Du Travail, “Les Tribunaux du travail”, 1938, pág. 56).

El asunto sub judice

Dilucidado todo lo anterior sobre la conciliación, debe examinarse el problema planteado en la demanda de casación.

En primer lugar, la institución de la conciliación en los juicios del trabajo, tal como lo estatuyó la regla 2ª del artículo 3º de la Ley 75 de 1945, vigente cuando se inició el litigio y se ordenó tramitar el libelo inicial y también cuando se formuló la demanda de casación, no es otra cosa que un presupuesto procesal, una etapa preliminar o una instancia especial, como la denominan diversos expositores, que debe verificarse de todas maneras antes de tramitar un litigio, porque dicha norma expresó que “los Jueces del Trabajo obrarán siempre como conciliadores antes de adelantar el procedimiento de instancia”.

Escogió, pues, ese precepto el sistema que hace de la conciliación una formalidad obligatoria, como en las legislaciones extranjeras ya citadas en esta providencia. Luego se omite, por ser de orden público, hay nulidad en la actuación posterior que se siga.

En este orden de ideas, esa nulidad —que ha sido invocada en casación por el señor Procurador General— debe declararse con base en el artículo 26 de la Constitución Nacional que dispone que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio, de acuerdo con conocida y reiterada jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia que erige la omisión de esas formas propias de un litigio en nulidad de orden sustantivo y constitucional, fuera de las adjetivas, de que trata el artículo 448 del Código Judicial, porque el Juez del Trabajo de Popayán omitió la celebración de la conciliación en forma notoria y ostensible, que según aquella Ley 75 es requisito obligatorio y previo y un deber para el Juez, antes de tramitar un litigio del trabajo. Ya se vió atrás cómo la misión del Juez en la conciliación es activa, y no pasiva como lo entendió equivocadamente el Tribunal de Popayán, y que no se trata de una facultad de las partes como lo expresó sino de un deber del funcionario de primer grado, y de un presupuesto necesario para la iniciación de las controversias de orden laboral, que es también característica especial de esta justicia.

Cuando se inició el litigio de que se trata, se profirió la sentencia acusada y se interpuso y sustentó el presente recurso de casación, regía como obligatoria en los juicios del trabajo la formalidad de la conciliación como previa del litigio, según la ley 75 de 1945. Por consiguiente, ha debido efectuarse y, como se omitió, existe la nulidad expresada.

No vale argüir que en el caso en estudio y de acuerdo con el artículo 170 del Código Judicial no era posible al Juez efectuar el acto

conciliatorio porque se trata de un litigio contra la Nación y los Agentes del Ministerio Público —que son sus representantes constitucionales— no pueden transigir, porque aquí también se incluyó en la demanda al Jefe de la Zona de Carreteras quien ha actuado con apoderado especial y con éste pudo efecutarse esa diligenciá sustancial y previa.

Por otra parte, el nuevo Código Procesal del Trabajo o Decreto 2158 de 1948 —que no permite la conciliación en los juicios en que tengan interés las entidades de derecho público— fue dictado con posterioridad a la interposición del presente recurso y no le es aplicable. Tampoco sabe la corporación con certeza si habrá de estar rigiendo dicho Código en estos juicios cuando, con motivo de la nulidad que va a decretarse, se efectúe la diligencia de conciliación por el Juez a fin de subsanar esa informalidad, pues por ser transitorio como que fue dictado en el presente estado de sitio se ignora aún si habrá de decretarse su estabilidad.

Se advierte que el señor Procurador en el principio del cargo planteó la nulidad como entre las de la causal 6ª de casación, o sea de las del artículo 448 del C. Judicial, pero después dice que se deriva del artículo 26 de la Constitución. Pero esta ligera equivocación de planteamiento del cargo no va hasta desvirtuarlo.

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 de 19 de agosto de 1947, del Tribunal Seccional del Trabajo de Popayán, y, en su lugar, DECLARA NULO LO ACTUADO en el juicio de Higinio López contra la Nación a partir de la primera audiencia celebrada por el Juez del Trabajo de Popayán, el catorce de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, inclusive, por no haberse efectuado la diligencia de conciliación. En el auto que dicte el Juez sobre obediencia de este fallo, deberá señalar fecha y hora para celebrar la audiencia respectiva.

Sin costas.

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.—EL QUEBRANTAMIENTO DE LA LEY INCIDE EN LA PARTE DISPOSITIVA DE LA SENTENCIA. II.—LA ACCION DE DEVOLUCION DE SALARIOS DEPOSITADOS EN LA CAJA DE LA EMPRESA, ES DE COMPETENCIA DE LA JURISDICCION DEL TRIBUNAL. III.—MEDIO NUEVO EN CASACION DEL TRABAJO.

I.—La parte motiva de una sentencia es la base de la resolutive y sirve para interpretarla, pero ésta es la que obliga, la que fija las relaciones jurídicas entre las partes, la que contiene la verdadera decisión. La sentencia toda, parte motiva y parte resolutive, es la que constituye el objeto del estudio en un recurso ante el superior, pero el quebrantamiento de la ley o la incidencia de las causales de casación debe aparecer en la parte dispositiva, que es la obligatoria.

Por el recurso de casación se unifica la jurisprudencia. Cuando la acusación se dirige contra la parte motiva de la sentencia, aquel fin se cumple restableciendo en la parte expositiva del fallo la que, en su concepto, es la verdadera doctrina legal, sin que incida sobre la resolutive, que debe ser acusada.

II.—Tratándose de una acción de devolución de salarios que se estimen depositados por el trabajador en la caja de su empresa o patrón, tiene competencia la jurisdicción del trabajo para conocer de ella porque tanto en vigencia del artículo 58 de la Ley 6ª de 1945, como del artículo 2º del actual Código de Procedimiento del Trabajo (Decreto Legislativo número 2158 de 1948), se estableció que esta justicia conoce de las controversias o conflictos jurídicos que emanen directa o indirectamente del contrato de trabajo. Y la acción por devolución de salarios dejados en depósito, tendrían origen directo o indirecto en el contrato de trabajo, sea que se estipule una cláusula al respecto al celebrarlo o que resulte esa práctica de su propia ejecución. En todo caso, esa acción, por derivarse del contrato de trabajo, sería laboral y de competencia de esta justicia.

III.—La cuestión jurídica planteada en el cargo constituye un verdadero medio nuevo en casación, porque no se planteó en las instancias, ni fue considerado por ninguno de los fallos de primero y segundo grados. La parte demandada no propuso la excepción de transacción, ni sobre este contrato formuló consideraciones en las instancias. Y no se diga que debe estudiarse ahora

por haberse propuesto en la contestación de la demanda una excepción llamada innominada, porque la fórmula acostumbrada por muchos litigantes de proponer con ese nombre y como medio de defensa "todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió", no es propiamente una excepción determinada, clara, concreta, basada en hechos que se invoquen, sino que constituye la definición o noción de excepción perentoria según el artículo 329 del Código Judicial. Y, además, sabido es que las excepciones se fundan en hechos y la parte demandada no expuso en la contestación de la demanda ni en ninguna de las instancias los que vinieran a constituir la de transacción que por primera vez plantea en casación, siendo, por lo tanto, medio nuevo inadmisibles en este recurso.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Redacta el Magistrado doctor Jaramillo Arrubla)

Bogotá, diciembre quince de mil novecientos cuarenta y ocho.

Otoniel Jaramillo Rojas demandó por medio de apoderado, a la sociedad denominada "Compañía Americana de Importaciones Pérez & Cía.", representada por el señor Eduardo N. Moreno para el pago de \$ 6.522.07 por los siguientes conceptos: \$ 6.510.39 por cesantía y \$ 11.68 por saldo de sueldos retenidos en depósito.

Dijo que el 2 de septiembre de 1923 había entrado el actor a trabajar con la Compañía Americana de Importaciones de Cali. Que una vez constituida legalmente la actual Compañía Americana de Importaciones Pérez & Cía., en la misma ciudad, siguió trabajando Jaramillo a su servicio. Que ésta sociedad continuó el mismo giro de negocios que aquélla. Que sirvió el demandante en diversos cargos u oficios, por distintas remuneraciones. Que en los últimos tres años y cinco días fue agente viajero, con un sueldo fijo de ochenta pesos (\$ 80.00) mensuales y el tres por ciento (3%) sobre el valor total de las ventas. Por convenio entre la compañía y el actor se estipuló que el sueldo fijo quedara en la caja de la empresa, a manera de depósito, que sería entregado a éste a la terminación del contrato o en caso de necesidad. Ante una urgencia eminente, solicitó de la empresa la entrega de parte de la suma depositada, pero

no quiso la compañía hacerlo alegando que sólo tenía derecho al porcentaje. Esa modificación de los términos del contrato le puso fin unilateralmente por parte de la empresa. El contrato de trabajo se celebró verbalmente y terminó el 8 de enero de 1940. Ese día tenía en caja, depositados, por razón de sueldos, \$ 2.893.33. El promedio de su remuneración en los últimos tres años —sueldos fijos y porcentaje— fue de \$ 398.19 y con base en esta suma la cesantía por 16 años 4 meses y 6 días de trabajo debió ser de \$ 6.510.39. Pero sólo se le liquidó y pagó por ese concepto la de \$ 2.881.65. Entre la suma pagada con el nombre de cesantía y la depositada existe una diferencia de \$ 11.68. Y por último, la retención de sueldos en depósito se hacía al liquidar las participaciones por ventas.

La parte demandada se opuso a las peticiones del actor y en cuanto a los hechos expuso, en resumen, lo que sigue:

El señor Morenó no es representante de la sociedad demandada. El demandante entró a servir a la compañía a fines de 1925 y se retiró voluntariamente al terminar el mes de octubre de 1939. Hasta octubre de 1936 devengó \$ 80.00 mensuales. Después, como agente viajero hasta octubre de 1939 se convino una remuneración de una comisión del tres por ciento (3%) sobre el total de las ventas que él hiciera y sólo en caso de que por esas comisiones no recibiese siquiera \$ 80.00 mensuales, la compañía se obligaba a completarle esta última cantidad. Pero en ningún caso se le reconoció sueldo fijo más comisión. El actor nunca tuvo depósito a su favor y a cargo de la empresa y suponiendo que hubiera existido, nada tendría que ver depósito alguno con la cesantía. Y propuso las excepciones perentorias de ilegitimidad sustantiva del demandado (sic), inepta demanda, prescripción, pago, error de cuenta, declinatoria de jurisdicción, carencia de acción, inexistencia de las obligaciones demandadas, y una que llama innominada o sea todo hecho que desconozca la existencia de la obligación o la declare extinguida si existió.

El Juzgado Primero del Trabajo de Cali en su fallo declaró probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del demandado, señor Eduardo N. Moreno, por no ser el representante legal de la compañía. Y, no obstante, agregó que el señor Moreno quedaba absuelto de los cargos de la demanda.

Apelado ese fallo por el actor, el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali lo revocó por el suyo de 8 de octubre de 1947, y, en su lugar, declaró prescrita la acción para el cobro de salarios y condenó a la compañía demandada a pagarle al demandante \$ 1.204.20

por concepto de la diferencia que le adeuda por cesantía, entre la suma que ha debido satisfacerle de \$ 4.085.85 y la que efectivamente le pagó de \$ 2.881.65. Y condenó a la empresa al pago de las costas del juicio.

Ambas partes interpusieron el recurso de casación contra esta última sentencia. Se estudiarán las demandas que lo sustentan en el orden lógico y legal.

EL RECURSO DEL DEMANDANTE

Formula cuatro cargos —aunque impropriamente los llama causales— que se considerarán a continuación.

PRIMER CARGO

Acusa la sentencia recurrida por violación del artículo 4º de la Ley 165 de 1941, por aplicación indebida.

Dice que esta norma se refiere a la prescripción de acciones para el cobro de salarios y de la indemnización especial por accidentes de trabajo y que ninguna de esas calidades tienen las sumas depositadas por su representado Jaramillo en la caja de la empresa demandada, a razón de \$ 80.00 mensuales por todo el tiempo en que le prestó sus servicios como agente viajero. Agrega que el Tribunal reconoce en su fallo que esas cantidades dejadas por el actor en la caja de la compañía tienen el carácter de depósito y no de sueldo, por lo cual su proceder y su razonamiento aparecen flagrantemente contradictorios al aplicar normas sobre salarios a sumas que no tienen esa calidad sino la de depósito.

Se considera:

El Tribunal Seccional estudia la demanda inicial del litigio y deduce que en ella se solicita el pago de salarios y cesantía. En cuanto a la primera acción dice que está prescrita y así lo decide. Para llegar a esa conclusión manifiesta que la acción para la devolución de sumas dejadas en depósito no es propia de un juicio del trabajo, por lo cual conviene en que el pago de sueldos es uno de los objetivos principales del litigio a su estudio, es decir, que se trata en ese caso de una simple acción para el cobro de salarios. Si fuera depósito —agrega el fallo— la acción sería civil, de competencia de la justicia ordinaria, pero como es de pago de salarios entra a conocer.

Por consiguiente, no es exacto el cargo.

Además, es conveniente observar que el recurrente plantea una cuestión de hecho como es la de que se trata de depósito y no de salarios, de modo que ha debido proponer su cargo en esa forma, es decir, atacar por error de hecho proveniente de apreciación equivocada o falta de estimación de las pruebas que en su concepto acreditan que las sumas de que trata son depósito y no salarios.

Mas en la forma como lo propone, acusa porque el sentenciador estimó la acción como de devolución de depósito y sin embargo le aplicó la norma legal sobre prescripción de salarios. Pero ya se dejó establecido, con la síntesis que sobre el particular se hizo de la sentencia recurrida, que el fallador no estimó esa acción como de devolución de depósitos —según afirma el recurrente— sino que la consideró como de simple cobro de salarios.

Por lo expuesto, no resulta verdadera esta acusación.

SEGUNDO CARGO

También se acusa por violación de la ley sustantiva, esto es, por la causal primera de casación.

Afirma el recurrente que la sentencia acusada violó por infracción directa o falta de aplicación el artículo 2536 del Código Civil por cuanto la acción para devolución de un depósito no tiene prescripción especial y, por lo tanto, ha debido aplicarse aquel precepto.

Este es el mismo cargo anterior, o se basa en las mismas consideraciones de ser la incoada una acción de devolución de un depósito y no de cobro de salarios. De allí que se resuelva con las mismas consideraciones del anterior.

El sentenciador estimó la acción como de cobro de salarios, de modo que para destruir esta apreciación no es suficiente una simple afirmación de que se trataba de devolución de depósito.

No está demostrada esta acusación.

TERCER CARGO

La sentencia recurrida violó por infracción directa o falta de aplicación el artículo 58 de la Ley 6ª de 1945, por cuanto dejó de fallar sobre la devolución de sumas depositadas por el demandante Jaramillo en la caja de la empresa demandada, pues dijo en la parte

motiva que el hecho de dejar salarios en depósito no es materia de un juicio laboral, por lo cual vino a declararse incompetente para conocer de esa devolución de sumas depositadas por el demandante.

Ya se vio que el sentenciador estimó que si la propuesta fuera acción de devolución de depósito no sería competente, pero como concluyó que no era de esa naturaleza sino de cobro de salarios, entró a conocer de ella y decidió declarándola prescrita. Luego no se manifestó incompetente para conocer de la que estimó incoada, sino que la analizó y la falló.

No resulta probado este motivo.

CUARTO CARGO

Dice así el recurrente:

“Aun cuando no en la parte resolutive, sí en la parte motiva del fallo recurrido (folios 139 y 139 vuelto) el Tribunal del Trabajo de Cali declara abstenerse de conocer de la devolución del depósito que el demandante Jaramillo tiene en poder de la empresa demandada, por carencia de jurisdicción y competencia”. Y concluye diciendo el cargo que por tanto incurrió el fallador en la causal de casación señalada en el ordinal 7º del artículo 520 del Código Judicial, que rige el presente recurso.

Se considera:

Esa causal expresa que procede el recurso de casación “por haberse abstenido el Tribunal de conocer de un asunto de su competencia y declarándolo así en el fallo”.

Bien sabido es que la parte motiva de una sentencia es la base de la resolutive y sirve para interpretarla, pero ésta es la que obliga, la que fija las relaciones jurídicas entre las partes, la que contiene la verdadera decisión. También es sabido que la sentencia toda, parte motiva y parte resolutive, es la que constituye el objeto del estudio en un recurso ante el superior, pero el quebrantamiento de la ley o la incidencia de las causales de casación debe aparecer en la parte dispositiva, que es la obligatoria.

Como el recurrente mismo lo dice, este cargo se refiere a la parte motiva, por lo cual y de acuerdo con conocidas jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia sobre la técnica del recurso de casación, el fin de unificarla de este medio de impugnación se cumple restableciendo en la parte expositiva del fallo la que, en su con-

cepto, es la verdadera doctrina legal, pero sin que incida sobre la resolutive, que no toca el recurrente ni acusa en su cargo.

El Tribunal de Cali dice que si la acción fuese de devolución de depósitos no sería competente, sino la justicia ordinaria. El Tribunal Supremo cree que aún tratándose de una acción de devolución de salarios que se estiman depositados por el trabajador en la caja de su empresa, o patrón, tiene competencia la jurisdicción del trabajo para conocer de ella porque tanto en vigencia del artículo 58 de la Ley 6ª de 1945, como del artículo 2º del actual Código Procesal del Trabajo (Decreto legislativo Nº 2158 de 1948) se estableció que esta justicia conoce de las controversias o conflictos jurídicos que emanen directa o indirectamente del contrato de trabajo. Y la acción por devolución de salarios dejados en depósito, tendría origen directo o indirecto en el contrato de trabajo, sea que se estipule una cláusula al respecto al celebrarlo o que resulte esa práctica de su propia ejecución. En todo caso, esa acción, por derivarse del contrato de trabajo, sería laboral y de competencia de esta justicia.

En esa forma corrige la parte motiva, pero sin que se produzca el efecto de destruir la resolutive porque, como bien lo dice el recurrente, en aquella y no en ésta se consagró la tesis equivocada.

Ninguno de los cargos del demandante produjo el resultado de infirmar el fallo recurrido.

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA

Dos cargos plantea, que pasan a estudiarse.

PRIMER CARGO

Invoca el representante de la empresa la causal 1ª de casación del artículo 520 del Código Judicial que rige este recurso.

Dice que el fallo recurrido violó los artículos 1625, ordinal 3º y 2369 y 2483, del Código Civil, por infracción directa proveniente de su no aplicación, debiendo haber sido aplicados, porque los hechos así lo requerían. Por lo tanto, agrega que el Tribunal de Cali incurrió en falta de apreciación y apreciación errónea de pruebas.

Las pruebas son el recibo o finiquito de 8 de enero de 1940, visible a fs. 54 del cuaderno principal y el extracto de cuenta que tres días después, el 11 de enero de 1940, le pasó la Compañía América-

na de Exportaciones al señor Otoniel Jaramillo y que fue suscrito por éste sin hacer la más mínima observación (fs. 51 del mismo cuaderno).

Para el recurrente esos dos documentos prueban la existencia de una transacción celebrada entre las partes, que puso fin a todas las obligaciones de la compañía para con el señor Jaramillo por razón del contrato de trabajo que los ligó y fueron desconocidos porque el fallador apreció erróneamente el finiquito o recibo e ignoró totalmente el extracto de cuenta. Y le dio una equivocada estimación al recibo, porque se limitó a reconocerle tan sólo un valor relativo por suma en él enunciada y permitiendo abrir una controversia sobre una cuestión ya definida radicalmente por las partes.

Después transcribe el cargo unos apartes del fallo proferido por esta entidad el 18 de diciembre de 1947 en el negocio del Capitán Enrique Concha Venegas contra Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca), sobre la transacción en el derecho del trabajo, y aunque dice que no lo comparte pero sí lo respeta, agrega que de la doctrina allí expuesta fluye nítidamente que finiquitos como el otorgado por Jaramillo tienen pleno valor liberatorio. Y concluye que en vista de las cartas de folios 52 y 53 del cuaderno principal, cruzadas entre dicho litigante y el contador de la empresa, señor José M. Borrero I., de 2 y 4 de enero de 1940, respectivamente, aparece que Jaramillo firmó el finiquito del 8 siguiente a plena conciencia de que con él libertaba a la empresa de todo reclamo. O sea, que la discrepancia suscitada entre la empresa y el empleado acerca de la remuneración mensual, fue transigida por medio del acto jurídico realizado el 8 de enero del referido año y ratificado el 11 siguiente.

Se examina el cargo.

Como puede observarse, el recurrente arguye en este motivo que existió transacción entre las partes.

Esta cuestión jurídica constituye una verdadero-medio nuevo en casación porque no se planteó en las instancias, ni fue considerado por ninguno de los fallos de primero y segundo grados. La parte demandada no propuso la excepción de transacción, ni sobre este contrato formuló consideraciones en las instancias. Y no se diga, como lo asevera el recurrente, que debe estudiarse ahora por haberse propuesto en la contestación de la demanda una excepción llamada innominada, porque la fórmula acostumbrada por muchos litigantes de proponer con ese nombre y como medio de defensa "to-

do hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió", no es propiamente una excepción determinada, clara, concreta, basada en hechos que se invoquen, sino que constituye la definición o noción de excepción perentoria según el artículo 329 del Código Judicial. Y, además, sabido es que las excepciones se fundan en hechos y la parte demandada no expuso en la contestación de la demanda ni en ninguna de las instancias los que vinieran a constituir la de transacción que por primera vez plantea en casación, siendo, por lo tanto, medio nuevo inadmisibles en este recurso.))

SEGUNDO CARGO

También está formulado dentro de la causal 1ª de casación y acusa en él por violación del artículo 1622, inciso 3º del Código Civil, por infracción directa por no aplicación el caso controvertido.

Y lo sustenta diciendo que en esta transgresión incurrió el Tribunal Seccional al no interpretar el contrato de trabajo celebrado entre las partes por la aplicación práctica que de la cláusula sobre cuantía del salario habían hecho ellas.

Sostiene el recurrente que durante el lapso en que el empleado prestó sus servicios como agente viajero, la compañía le pasaba periódicamente las liquidaciones de su cuenta (folios 19 a 50 del cuaderno principal, sin que aquél las objetase en forma alguna sino en la carta de 2 de enero de 1940 de que habló en su cargo anterior.

Luégo dice que por esto no pudo menos el fallador que estampar los siguientes conceptos en su sentencia acusada:

"Es francamente extraño que una persona de la cultura, de la preparación y por razón de la misma actividad como agente viajero y comerciante a que se dedica, pueda pasar inadvertida una y varias veces la circunstancia de que en las liquidaciones de sus porcentajes le estaban pagando únicamente el 3 por ciento sobre las ventas y le era descontado el sueldo que se le adelantaba a buena cuenta del mismo porcentaje, es decir, que únicamente le pagaban una anticipación sobre las utilidades y no el sueldo fijo de \$ 80.00 (folios 19, 21, 23, 33, 37, 39, 40, 41, 50 y 54). Es extraño también que sólo después de transcurridos seis años y medio se haya presentado la demanda".

Y concluye así el cargo: "Ante el hecho muy significativo de que Jaramillo no reclamase contra las liquidaciones que periódicamente le pasaba la empresa, y ante el no menos sugestivo de que sólo plantease su acción seis años y medio después de expirado el contrato de trabajo, el Tribunal ha debido entender que tal conducta del actor no era sino la aplicación práctica de la cláusula relativa a la cuantía del salario".

Se estudia esta acusación.

En primer lugar, como bien lo dice el opositor en el recurso, este cargo no está formulado con la técnica de casación requerida, pues no acusa por error de hecho.

Pero, como se mencionan pruebas puede decirse que con un criterio amplio debe entenderse que se quiso plantear un error de esa naturaleza por no haber el fallador tenido en cuenta esas pruebas de que habla, o sean unas liquidaciones de cuentas.

Con todo y aunque estuviese no sólo planteado sino demostrado, tampoco podría producir la infirmación de la sentencia acusada, porque ésta condenó a la empresa a pagar un excedente de cesantía con base en la estimación de un salario más alto —que es lo desfavorable a la parte demandada cuyo recurso se analiza— de acuerdo con una prueba pericial que no menciona el recurrente.

Así lo expone ese fallo en los siguientes apartes:

"Ante la duda que antes expuso la Sala, de que es extraño que el señor Jaramillo no hubiera cobrado mes a mes o el día de la liquidación o terminación del contrato de trabajo, los \$ 82.00 mensuales, y que hubiera esperado seis años y medio para hacerlo, y ante el dictamen de los señores peritos Velasco y Concha, que tiene la fuerza probatoria de un dictamen pericial, y aunque a la jurisdicción del trabajo no le obliga la tarifa legal de pruebas, la Sala se inclina ante el dictamen de los peritos, en cuanto a que el señor Jaramillo devengaba un sueldo mensual de \$ 80.00 y un porcentaje del 3 por ciento sobre las ventas que efectuara y acepta el promedio de \$ 272.39 para los tres últimos años, porque esto se ajusta a la realidad del proceso y porque de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la equidad y teniendo en cuenta las cualidades e ilustración e imparcialidad que los mismos demuestran en sus experticios, sus conclusiones son dignas de la confianza y aprecio del Tribunal".

Por consiguiente, el fallador desechó el argumento que expone ahora el recurrente en este cargo acerca de la conformidad del empleado con las liquidaciones periódicas de su remuneración que le pasaba la empresa, para acoger, en cambio, un dictamen pericial en contrario que estima bien fundado. Y con base en esa prueba dictó su fallo condenatorio al pago de excedente de cesantía.

En tal virtud, para que el recurso de la parte demandada hubiese prosperado, ha debido atacar ese soporte o fundamento del fallo acusado. Pero nada dijo el recurrente que representó a la empresa acerca de ese dictamen pericial y de la estimación que hizo el sentenciador en su sentencia, por lo cual este fallo habrá de continuar en firme.

Bien ha dicho la jurisprudencia que el recurso de casación, para que produzca resultados prácticos, debe atacar los fundamentos o soportes del fallo acusado y que si no se hace así, mal puede infirmarse.

Por lo tanto, tampoco prospera este cargo.

Y como no se formularon otras acusaciones, síguese de lo expuesto que deberá dejarse en firme la sentencia recurrida.

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 dictada el 8 de octubre de 1947 por el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali.

Sin costas en el recurso, porque no produciría efectos prácticos una condenación a ambas partes por ese concepto.

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.

HUELGAS. SU FINALIDAD. ASONADA. VIOLACION DE LOS CONTRATOS INDIVIDUALES DE TRABAJO. DIFERENCIA ENTRE HUELGA Y SIMPLE SUSPENSION DE LABORES. LIBRE APRECIACION DE PRUEBAS. JUSTA CAUSA DE DESPIDO DE TRABAJADORES AMPARADOS POR FUERO SINDICAL. LA SUSPENSION INTEMPESTIVA DE TRABAJO ES JUSTA CAUSA DE DESPIDO, AUNQUE NO SE HAYA CAUSADO PEJUICIO O DAÑO CON AQUELLA.

De acuerdo con el artículo 1° de la Ley 78 de 1919, que define la huelga, para que en Colombia ésta adquiriera el carácter de tal, debe perseguir fines económicos o profesionales propuestos por los trabajadores a su patrón. Están excluidas de esa noción las suspensiones de trabajo que tengan otro carácter u otro fin, como las de orden político o que buscan la obtención, modificación o abstención de actos de las autoridades públicas. Por lo tanto, la huelga en el país sólo puede tener una finalidad económica o profesional de los trabajadores de la empresa frente a su patrón.

Las reuniones tumultuarias que se efectuaren sin los caracteres de una huelga, es decir, que, v. gr., tuvieren por objeto intimidar a una persona, corporación o autoridad o exigir de ellas la ejecución u omisión de un acto reservado a su voluntaria determinación, quedan sometidas al derecho común, esto es, dentro de la calificación de "asonada" que define y sanciona el artículo 144 del Código Penal vigente.

Cuando los trabajadores suspenden labores sin que sea por motivo de huelga legalmente declarada y notificada como tal, están incumpliendo una obligación legal, están violando una prohibición expresa de la ley. El contrato de trabajo como todos los contratos en general, debe ejecutarse de buena fe, y como una de las obligaciones principales —la fundamental— de los trabajadores es la de prestar el servicio, la de ejecutar el trabajo convenido, si no lo hacen incumplen ese deber primordial, y por eso entre las prohibiciones expresas a los asalariados la ley ha incluido la de suspender labores que se han comprometido a ejecutar. La doctrina y las distintas legislaciones que han dado normas sobre el contrato de trabajo tienen establecido como deber primor-

dial del trabajador el de prestar el servicio con-
venido que le impone la obligación de concurrir
al lugar de trabajo fijado, no faltar sin motivo
justificado y no suspender labores sin causa justa.

Una cosa es la "huelga" o cesación colectiva de
trabajo con fines económicos y previos los trá-
mites de la ley, de que habla el artículo 1º de
la Ley 78 de 1919 y otra muy distinta la "sus-
pensión de labores" por parte de uno o varios tra-
bajadores sin que exista "huelga declarada y no-
tificada legalmente", como dice el ordinal 6º del
Decreto 2127 de 1945. Aquélla está autorizada por
la Constitución y la ley. Esta se encuentra pro-
hibida. Pero ambas están previstas claramente, en
la legislación con características distintas, opues-
tas, y con efectos completamente diversos. El pri-
mer movimiento se respeta por la Constitución
y la ley, cuando reúne todos los requisitos y no
se efectúa en servicio público. El segundo se san-
ciona por la ley cuando es grave, con la extin-
ción del contrato de trabajo, sin aviso previo y
sin derecho a indemnizaciones o prestaciones.

La libertad de apreciación de la prueba que la
ley concede a los Jueces y Tribunales del Tra-
bajo no va hasta negar o desconocer los hechos
resultantes de los medios probatorios, pues si así
ocurriera se autorizaría una clara equivocación o
error de hecho ostensible, una manifesta arbitra-
riedad judicial que puede y debe considerar el
Tribunal de casación según la técnica de este re-
curso, a fin de corregir la apreciación errada, res-
tablecer el imperio de la verdad procesal y el de
la norma legal que con tal motivo hubiere su-
frido quebranto. En la casación del trabajo esa
libertad de apreciación probatoria tiene un límite
y es el error de hecho o de derecho en que haya
podido incurrir el sentenciador, que tiene el Tri-
bunal Supremo la facultad legal de controlar pa-
ra evitar las violaciones de las normas positivas
y los fallos injustos o ilegales de sus inferiores
jerárquicos.

El asalariado que goce de la protección espe-
cial que se denomina "fuero sindical" y en vir-
tud del cual no puede ser despedido por su patro-
no sino con permiso del Juez del Trabajo, sí pue-
de serlo cuando se acredite una justa causa de
las señaladas por la ley. Cuando se demuestre una
de esas justas causas, el Juez debe conceder el
permiso, está en la obligación de otorgarlo, por-
que no es esa una atribución facultativa suya o

que quede a su libre arbitrio, sino que está sujeta a la comprobación de la existencia de uno de esos motivos legales de despido, de modo que si aparece acreditado alguno no debe ni puede denegar la autorización correspondiente, sin violar la ley u oponerse ostensiblemente a ella.

El Tribunal Supremo estima que la disposición legal que prohíbe la suspensión intempestiva de trabajo, no la condiciona a la existencia consecuencial de perjuicios. Es la cesación de trabajo fuera de tiempo, sin causa justa, la que se está prohibiendo y sancionando, pero sin que la norma legal que tal cosa estatuye hable de perjuicios o la condicione a la existencia de un daño. El deber de trabajar que ha contraído un asalariado frente a su patrón no puede violarse, es la norma general que consagra la ley, porque el contrato debe ejecutarse de buena fe. Mas no puede aceptarse que ese deber se quebrante por el trabajador voluntariamente, sin motivo justo, y que sólo sea sancionable o censurable o ilegal su cesación de trabajo cuando cause perjuicio.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla).

Bogotá, diciembre diecisiete de mil novecientos cuarenta y ocho.

La sociedad anónima "Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca)", solicitó al Juez de Trabajo de Bogotá su autorización para despedir definitivamente a los siguientes trabajadores de esa empresa, amparados por el fuero sindical: Héctor Aguilar, Presidente del Sindicato de Trabajadores Avianca; Hernando Díaz, Vicepresidente; Ramón Barreto, Fiscal; Gustavo Cepeda, Tesorero; Carlos A. López, Jaime Torres, Adriano Bahamón, Igancio Bernal, Eliseo Cervantes R. y Omar Cardona, vocales suplentes del mismo.

Esta petición la fundó en los hechos siguientes: La compañía demandante es una empresa de servicio público, según la definición de la letra a) del artículo 50 de la Ley 6ª de 1945, porque es de transporte de pasajeros, correo y mercancías, que presta sus servicios al público con sujeción a tarifas, condiciones y reglamentos señalados por el Estado. Los trabajadores aludidos, no obstante las prescripciones constitucionales y legales, aprobaron y suscribieron una resolución, a nombre del Sindicato, por la cual adherían al llamado "paro nacional", decretado por la Confederación de Trabajadores de Co-

lombia (C. T. C.) y que debía realizarse durante 23 horas el martes 13 de mayo del año pasado. Los mismo trabajadores excitaron al resto del personal de la empresa a suspender sus correspondientes labores en la oportunidad y por el tiempo referidos, promoviendo así la suspensión intempestiva de las actividades de la empresa y propiciando la declaración y el mantenimiento, por parte de dicho personal, de un paro a todas luces ilícito. Los trabajadores mencionados, a pesar de la oportuna y previa prevención que la empresa hizo a todo el personal de trabajadores, abandonaron de hecho sus labores, sin esperar la llegada de ninguno que pudiera reemplazarlos violando en esta forma los compromisos adquiridos en sus contratos individuales de trabajo e incurriendo en grave falta de disciplina, prevista como tal en el reglamento de trabajo, que trae consigo el inmediato despido. Los trabajadores HECTOR AGUILAR, Presidente del Sindicato, RAMON BARRETO, Fiscal, y J. JAIME TORRES e IGNACIO BERNAL, vocales suplentes, se presentaron acompañados de otras personas el día 13 de mayo citado en las horas de la mañana a las oficinas de pasajes y aeroexpresos de la compañía en esta ciudad, a tratar de impedir las labores de los empleados que allí estaban trabajando, para evitar lo cual tuvo que intervenir la Policía, que detuvo entre otros a HECTOR AGUILAR, RAMON BARRETO y J. JAIME TORRES.

En derecho se fundó en los artículos 44 de la Constitución Nacional; 50 letra a) de la Ley 6ª de 1945; 29 ordinales 2º, 6º y 7º y 48 ordinales 2º y 8º del Decreto 2127 de 1945; 35 ordinal 4º y 40 del Decreto 2313 de 1946; y 51 ordinal 10 del Reglamento interno de trabajo de la empresa.

En la primera audiencia el apoderado de los demandados expresó que "la falta de los trabajadores no era otra cosa que falta de asistencia a la empresa en un día, falta esta prevista expresamente en el Reglamento, que impone sanciones muy distintas a la suspensión provisional y como es obvio a la definitiva".

Tramitada aquella solicitud como un verdadero litigio ordinario del trabajo, por el procedimiento verbal general que regía en esa época para los juicios comunes laborales, con audiencias, pruebas y alegaciones de las dos partes, el Juez 1º que fue el del conocimiento, decidió la controversia negando a la empresa demandante el permiso solicitado y ordenándole reintegrar los trabajadores mencionados una vez notificado su fallo, con el pago de los salarios desde el día de la suspensión provisional hasta que el reintegro se verifique.

La compañía interpuso el recurso de apelación contra esa sentencia y le fue concedido en el efecto suspensivo.

Llegado el expediente al Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, se ordenó fijar en lista, aunque el auto que lo dispuso no se mandó notificar, ni se notificó, contra lo dispuesto en el estatuto procesal correspondiente y a pesar de la observación que este Tribunal ha hecho a su inferior de que cumpliera con la disposición legal que manda notificar *todas* las providencias judiciales y no sólo aquellas que caprichosamente escojan los jueces y tribunales.

Tramitada la segunda instancia y habiendo alegado ambas partes, el Tribunal Seccional de Bogotá dictó sentencia el 13 de agosto de 1947 confirmando en todas sus partes la del Juez, aunque con un salvamento de voto, del doctor Sotomayor.

Contra esta sentencia interpuso el recurso de casación el apoderado de la empresa y como le fue concedido y admitido, pasa a decidirse.

CUESTION PRELIMINAR

Antes de entrar a estudiar el recurso, cree necesario la corporación aclarar lo relacionado con su competencia para decidir conflictos sobre fuero sindical.

En una comunicación al Presidente de la H. Cámara de Representantes este Tribunal Supremo expresó el concepto de que escapaban a su conocimiento, por no ser susceptibles del recurso de casación, aquellos litigios especiales del trabajo, de trámite distinto al de los juicios ordinarios o comunes de orden laboral. Esta opinión la expresó porque consideraba y considera que esos juicios especiales, como los de calificación de huelgas y sobre fuero sindical, no tenían el mismo trámite de los demás litigios comunes del trabajo, pues la ley y la misma naturaleza de aquellos asuntos exigen una solución rápida y distinta de los restantes. Por ejemplo, en estos de fuero sindical, el artículo 40 de la Ley 6ª de 1945 ordena al Juez a decidirlos en tres días, lo que sencillamente está indicando que no tienen el ritmo común de los juicios ordinarios del trabajo.

Pero el Juez del conocimiento en el presente asunto ordenó tramitar la solicitud de despido definitivo conforme al procedimiento general de todos los juicios laborales y por esa razón lo que ha debido decidirse en tres días asumió un claro carácter de controversia ordinaria, demorada, susceptible de todos los recursos legales y que lleva

más de un año de actuación en las dos instancias y casación. Ese error del Juez implicó, por lo tanto, que al adquirir un carácter de juicio ordinario del trabajo tuviese el recurso de apelación y también el de casación. Por eso se admitió en esta corporación el extraordinario que va a decidirse.

Por otra parte, el recurrente no planteó en su demanda de casación el problema de la competencia de la entidad para conocer de asuntos de fuero sindical, de modo que escapa a su estudio el análisis de tan importante aspecto, porque de oficio no puede decidir cuestiones en casación, sino únicamente las que plantee la respectiva demanda que la sustente. Y aunque quiso hacerlo y lo enunció así, dijo que abandonaba su proposición porque estimaba bien fundado el primer cargo.

EL RECURSO

Por encontrarse demostrado, se analizará el primer cargo únicamente.

PRIMER CARGO

Dice el apoderado del recurrente, doctor Adán Arriaga Andrade, que el Tribunal de Bogotá incurrió en error de hecho evidente, por errónea apreciación de unas pruebas y por falta de estimación de otras, que los condujeron a violar los artículos 11 de la Ley 6ª de 1945, sobre condición resolutoria implícita en los contratos de trabajo por incumplimiento de lo pactado; artículo 40 y su parágrafo único, de la misma Ley 6ª, que ordenan a los jueces autorizar el despido de los trabajadores amparados por el fuero sindical cuando se comprobare la justa causa invocada por el patrono; artículos 9º y 10º del Decreto 2127 de 1945, sobre libertad de trabajo; artículo 19 del mismo, sobre incorporación de las disposiciones legales y de las normas del reglamento en todo contrato individual de trabajo; artículos 28, ordinales 1º, 2º y 6º; 29, ordinales 1º, 2º, 6º, 7º y 9º; y 48, ordinales 2º, 3º, 4º y 8º, sobre obligaciones especiales del trabajador, prohibiciones peculiares y causas de terminación unilateral de los contratos de trabajo, consignadas en ese mismo Decreto 2127 de 1945; y artículo 78 aparte c), del Decreto 2313 de 1946, sobre justas causas para autorizar el despido de los trabajadores amparados por el fuero sindical.

Y sustenta así este cargo:

“La Avianca inculpó a los trabajadores a quienes se contrajo su solicitud, de haber promovido una suspensión intempestiva del trabajo o excitado a que se declarara y realizara una huelga que, de efectuarse en una empresa de servicio público, sería ilícita. El Tribunal admite que la AVIANCA demostró su calidad de empresa de servicio público y agrega que esto “es un hecho indiscutible”. No niega que el ordinal 7º del artículo 29 del Decreto 2127 de 1945 prohíbe a los trabajadores la simple promoción o excitación a suspensiones intempestivas del trabajo o a huelgas ilícitas, ni que, comprobada tal promoción o excitación, pueda el patrono dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo con el infractor, de conformidad con lo previsto en el ordinal 8º del artículo 48 del mismo decreto, o no deba el Juez autorizar su despido si lo encuentra amparado por el “fuero sindical”. Entonces, ¿por qué se abstuvo de aplicar estas claras disposiciones? Porque incurrió en un evidente ERROR DE HECHO que lo condujo a declarar no probada la infracción, aunque ésta aparece “de modo manifiesto en los autos”.

Luego analiza en apartes distintos las pruebas apreciadas erróneamente y las dejadas de estimar por el fallo acusado.

Las primeras son la nota número 180 de fecha 12 de mayo de 1947, dirigida por el Sindicato de Trabajadores Avianca a la empresa y las declaraciones de los testigos Alfonso Obregón, Fernando Uribe, Álvaro Jimeno y Jaime Corral.

Y las segundas, o que según el recurrente no se tomaron en cuenta ni fueron mencionadas en el fallo, son el Boletín de la Directiva Sindical sobre instrucciones al personal para el desarrollo del “paro”, el oficio número 181 de 13 de mayo de 1947 dirigido por la misma directiva a la empresa y una certificación del Juzgado 1º Permanente Central.

Respecto del primer grupo de pruebas, o sean las que el cargo señala como apreciadas equivocadamente, dice el recurrente lo que sigue:

“1º—*La Resolución del Sindicato.* En la nota mencionada (la número 180 de 12 de mayo), el Presidente del Sindicato, señor Héctor Aguilar E., transcribe a la empresa una Resolución que se dice fue adoptada por el Sindicato y que aparece suscrita por los mismos directores sindicales a quienes se refiere la solicitud de autorización judicial. En tal resolución, después de una serie de imputaciones a la empresa y de afirmar: “6º Que la situación de los trabajadores

de Avianca es similar a la de los trabajadores en todo el país", el Sindicato resuelve: "1º Adherirse al Paro Nacional decretado por la Confederación de Trabajadores de Colombia, Federaciones Departamentales de Trabajo y demás organismos sindicales, que se llevará a efecto el martes 13 de mayo, por el término de 23 horas, a partir de la una de la mañana de dicho día". "Adherirse" puede significar, ciertamente, una simple manifestación de solidaridad platónica o de simpatía, y puede significar también la decisión de colaborar o participar en el hecho. Y cuando, al notificar a una empresa tal *adhesión* a un "paro nacional", agregan que ese "paro" SE LLEVARA A EFECTO el día tal, por tantas horas, resulta difícil presumir que se trata de la pura manifestación de simpatía. Sin embargo, así resolvió entenderlo el Tribunal":

"No existe —dice esa corporación— disposición legal alguna que consagre expresa o tácitamente sanción o prohibición para los organismos sindicales de manifestar su adhesión o *simpatía* a esta clase de manifestaciones (sic). Porque es bueno aclarar que el sindicato, o mejor la asamblea general del Sindicato de Trabajadores Avianca, lo único... que hizo fue proferir una resolución por medio de la cual expresaban (sic) *su simpatía* y adhesión al movimiento organizado y decretado por la Confederación de Trabajadores de Colombia. El Sindicato de la Avianca no decretó *ni patrocinó*, según la resolución que se está estudiando, *ninguna huelga* que posteriormente pudiera haber sido calificada de legal o ilegal por funcionario competente".

"Pero hay algo mucho más grave —agrega el recurrente—. La nota del Sindicato no termina con la transcripción de la Resolución, ya de por sí bastante explícita; sino que el Presidente agrega: "Adjunto también le incluimos copia de la notificación EN CUANTO SE REFIERE A LA FORMA EN QUE EL PERSONAL DE AVIANCA ACTUARA DURANTE EL PARO que se inicia a la una de la mañana del día martes". El Sindicato ya no habla únicamente, como en la Resolución, de que el paro "se llevará a efecto", sino de "la forma en que el personal de Avianca actuará durante" el mismo".

"Y por si esto fuera poco, la aludida notificación de los directores sindicales al personal de la empresa, que figura a folios 8, reza textualmente en su segundo párrafo: "Como dicho paro tiene por objeto..., éste *debe hacerse* en una forma ordenada, *BUSCANDO MANTENER EL CESE DE LAS ACTIVIDADES* con respeto a las disposiciones legales".

“Sostener, en tales circunstancias, como el Tribunal sostiene, que la *adhesión* al “paro” decretada por el Sindicato y suscrita por sus directores, era una simple manifestación de simpatía, y no la incitación al “cese de las actividades”, como ellos mismos dicen, es contrariar la evidencia de los hechos”.

Y con relación a los declarantes, se expresa el cargo así:

“2º—*Las declaraciones.* Los directores del Sindicato no se limitaron a suscribir la resolución de “adhesión” al “paro nacional”, y las instrucciones referentes a “la forma en que el personal de Avianca” debía actuar en esa emergencia; “buscando mantener el cese de las actividades”. Ni se limitaron tampoco a participar personalmente (como adelante veremos que lo hicieron) en dicho “paro”. Sino que encabezaron un grupo de vociferantes que irrumpió en las oficinas de la empresa para impedir el trabajo de los renuentes y hacer que éstos participaran también en la ocurrencia. Así lo aseveran, bajo juramento, Alfonso Obregón, Fernando Uribe, Alvaro Jimeno y Jaime Corral”. Y a continuación y para destacar la errónea apreciación de esas pruebas, reproduce las aseveraciones de los testigos y el comentario del Tribunal Seccional. Por lo que concluye que está demostrado el cargo hecho a los dirigentes sindicales de “promover suspensiones intempestivas de trabajo o excitar a la declaración o el mantenimiento de una cesación colectiva de trabajo en una empresa de servicio público.”

El segundo grupo de pruebas, las no apreciadas por el fallador de instancia, lo analiza también de la siguiente manera:

“1º—*El Boletín.* Como se dijo atrás, los términos del boletín o notificación de la Directiva Sindical al personal de la Avianca, comprueban que la “adhesión” expresada en la Resolución del Sindicato no era una manifestación de platónica “simpatía”, como quiso entenderlo el Tribunal, sino la determinación de promover, excitar u ordenar a todo el personal que participara en el “paro”; “éste *debe hacerse* en una forma *ordenada*, buscando mantener el cese de las actividades con respeto a las disposiciones legales”.

“2º—*El Oficio número 181.* En este importante documento (fs. 18) que el Tribunal decidió ignorar, la directiva sindical se queja de las detenciones efectuadas por la policía en esa misma fecha, 13 de mayo, y acusa a quienes no quisieron participar en el “paro” de traicionar sus juramentos: “Es bueno que usted sepa que QUIENES EN ESTE MOMENTO LE PRESTAN SERVICIO A LA EMPRE-

SA, fueron los mismos QUE EN LA ASAMBLEA DEL DIA 19 DEL MES PASADO JURARON POR SU HONOR DE HOMBRES Y ANTE EL CRUCIFICADO permanecer firmes a IR AL PARO QUE HOY, quienes tienen carácter y honradez, LO REALIZAMOS". La "Adhesión" no era pura "simpatía" por el paro nacional, como pretende interpretarlo el sentenciador, hubo inclusive un juramento previo, solemne y colectivo, de "ir al paro" del 13 de mayo".

"3º—*La certificación.* En el certificado expedido por el Juez 1º Permanente Central de Bogotá y su Secretario (fs. 45 y v.), que el Tribunal examinó para otros efectos, consta que el Teniente Marco T. Riaño condujo a los directores sindicales Aguilar, Piñeros, Barreto y Torres, informando al Juez: "que a las diez y treinta a. m. de dicho día los mencionados señores... se encontraban en el edificio de la Avianca de esta ciudad TRATANDO DE IMPEDIR QUE LOS EMPLEADOS DE DICHA EMPRESA EJECUTARAN SUS LABORES COMUNES". Esta información oficial de un Teniente de la Policía refuerza hasta la evidencia lo relatado por los cuatro testigos ya mencionados atrás, y la participación de los cuatro capturados en el motín contra la empresa".

Y después concluye diciendo en qué consiste el error de hecho, de este modo:

"La errónea apreciación de las pruebas indicadas y la falta total de apreciación de las que se dejan relacionadas, condujeron al sentenciador a negar que se halla acreditada en el proceso la *promoción o excitación*, por parte de los directores sindicales, al resto de los trabajadores de la Avianca, para suspender intempestivamente su labor o tomar participación en una huelga que, de realizarse, sería ilícita. Como en el proceso resulta evidente o manifiesto que la "adhesión" de tales directores al "paro" del 13 de mayo no fue simbólica ni de pura "simpatía", sino una verdadera provocación al "cese de las actividades", previo juramento solemne y colectivo, y ratificado posteriormente por el intento de compulsión moral y física sobre los renuentes, el ERROR DE HECHO aparece como indudable y protuberante".

Por último, comenta algunas de las disposiciones legales infringidas por el fallo acusado así:

"1ª) El artículo 29, ordinal 7º, del Decreto 2127 de 1945, que prohíbe a los trabajadores "promover suspensiones intempestivas del trabajo o excitar a la declaración o el mantenimiento de huelgas ilícitas, aunque no participen en ellas". "Intempestivo", según el dic-

cionario, es lo “fuera de tiempo”; no lo repentino o sorpresivo. Hay un “tiempo” legal, para las suspensiones colectivas de trabajo, que empieza en el instante de concluir la etapa conciliatoria prevista por la Ley 21 de 1920 y el artículo 55, aparte c) de la Ley 6ª de 1945, cuandoquiera que, además, esa suspensión colectiva sea legalmente posible, es decir, cuando no se trate de empresas de servicio público. Luego toda suspensión colectiva de trabajo que sobrevenga en empresas de servicio privado, con pretermisión de las etapas de intento de arreglo directo y de intento conciliatorio, será “intempestiva”. Y todas lo serán, en cualquier momento, en las empresas de servicio público, porque para ellas no hay “tiempo” u oportunidad legal. *Promover*, como lo hizo la directiva sindical de la Avianca, una suspensión colectiva del trabajo en una empresa de servicio público, como ésa, y promoverla sin previo intento de arreglo directo y sin agotarse la etapa de conciliación (que no pudo haber, sin necesidad de demostrar su inexistencia, por tratarse de un “paro nacional”), es promover una suspensión intempestiva. Y obsérvese, que, para este efecto, es indiferente que la suspensión se efectúe o no, ni que los promotores participen o nó en ella: basta que la promuevan. Pero si quedare alguna duda sobre el significado de “suspensiones intempestivas”, no puede haber ninguna respecto del segundo miembro de aquella norma sustantiva: “excitar a la declaración... de huelgas ilícitas, aunque no participen en ellas”. La ley tiene definido qué es huelga: “suspensión colectiva del trabajo que tenga por causas diferencias entre patronos y empleados”. (Ley 21 de 1920, artículo 1º). La Constitución Nacional desconoce o niega el derecho de huelga en los servicios públicos (artículo 44). La Ley 6ª de 1945 ha clasificado a empresas como la Avianca entre los servicios públicos “En relación con el derecho de huelga” (artículo 50, aparte a), y declarado ilícitas las huelgas que puedan efectuarlas (artículo 55, aparte a). Luego TODA HUELGA EN LA AVIANCA ES ILICITA, por ministerio de la Constitución y de la ley. Y TODO EL QUE EXCITE A LA DECLARACION DE UNA HUELGA EN LA AVIANCA, excita a la declaración de una huelga ilícita. Lo que el artículo 29, ordinal 7º del Decreto 2127 de 1945 prohíbe a los trabajadores, no es participar en una huelga ilícita sino *promoverla o excitar a su declaración*; aunque la huelga no se efectúe, o aunque, efectuándose, los infractores de tal prohibición decidan no tomar parte en ella. Si se prohíbe la simple promoción o excitación a la declaración de la huelga, es porque el Legislador regula un acto que necesariamente es anterior a la huelga, un acto que puede frustrarse o resultar inefi-

caz. Pero realizado el acto que dicha norma prohíbe, su infracción queda configurada, cualesquiera que sean las ocurrencias futuras. Y es conveniente sacar del error, desde ahora, al distinguido apoderado del Sindicato en relación con algo en que viene insistiendo: ese ordinal 7º de ese artículo 29 de ese Decreto número 2127 de 1945, no ha sido derogado por el artículo 6º del Decreto 2541 del mismo año, ni por ninguna disposición posterior; lo que derogó y sustituyó dicho Decreto 2541 fue el ordinal 7º del artículo 44, sobre enfermedades contagiosas o crónicas. Aquella norma sigue, pues, en vigor”.

“2ª) El artículo 78, aparte c) del Decreto 2313 de 1946, en relación con el 48, ordinal 8º del Decreto 2127 de 1945. Dice el primero: “Son justas causas para autorizar el despido de un trabajador amparado por el fuero: c) Todas aquéllas que permiten al patrono dar por terminado unilateralmente cualquier otro contrato de trabajo, de acuerdo con la ley”. Y dice el segundo: “Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, sin previo aviso, por parte del patrono: 8º Cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones consignadas en los artículos 28 y 29...”, una de las cuales, según acaba de verse, es la prohibición de promover suspensiones intempestivas o excitar a la declaración de huelgas ilícitas”.

“3ª) El 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”, en relación con los artículos 19 del Decreto 2127 de 1945. (“En todo contrato de trabajo se consideran incorporadas, aunque no se expresen, las disposiciones legales pertinentes... y las normas del reglamento interno de la empresa), y 50 ordinal 7º, del reglamento de la empresa, que prohíbe especialmente a los trabajadores de la Avianca “promover en cualquier forma suspensiones intempestivas del trabajo o excitar a la declaración o mantenimiento de huelgas ilícitas, aunque no participen en ellas”, partiendo de la base establecida en los artículos 62 y 63 del mismo reglamento, que rezan: “Por prestar la Avianca un servicio público, se prohíben en ella las huelgas, de conformidad con el artículo 18 de la Constitución Nacional y el artículo 50 de la Ley 6ª de 1945. Quedan terminantemente prohibidas en la Avianca, por ilegales, las llamadas huelgas de solidaridad”. Porque si la prohibición consignada en el ordinal 7º del artículo 29 del Decreto 2127, y reproducida en el ordinal 7º del artículo 50 del reglamento de la empresa, hacen parte de los contratos individuales de trabajo, y si la calidad de empresa

de servicio público, la consecuencial prohibición de toda huelga y la específica proscripción de las llamadas “huelgas de solidaridad” (o “paros nacionales”), quedaron previstas en los artículos 62 y 63 del mismo reglamento, e incorporadas por lo mismo en los contratos individuales de trabajo, es obvio que la violación de dichas normas entraña un “incumplimiento de lo pactado”, que envuelve la resolución de dichos contratos”.

“4ª) El artículo 40, parágrafo 1º, de la Ley 6ª de 1945, en cuanto ordena: “El Juez ... *autorizará* el despido definitivo ”de los trabajadores amparados por el fuero sindical si se comprobare la justa causa invocada por el patrono”. Porque no se autorizaron los despidos a pesar de comprobarse dicha justa causa”.

Se examina este cargo.

Como puede observarse, el recurrente en casación plantea el problema fundamental, que fue el debatido desde la solicitud inicial de la empresa, de que por parte de los diez trabajadores de la directiva sindical se incurrió en infracción grave de algunas de sus obligaciones individuales.

No se propuso a la solución de la justicia del trabajo ninguna otra cuestión jurídica, es decir, no se calificó como “huelga” la suspensión de actividades preconizada y cumplida por los diez trabajadores de la directiva sindical, ni se situó en ese terreno el problema legal. Se planteó como una violación de obligaciones impuestas por los contratos individuales de trabajo a cada uno de los trabajadores.

En este orden de ideas, que constituyó el asunto debatido, la materia *sub-judice* en ambas instancias y qué es la única que podía proponerse y fue en efecto propuesta en casación, sorprende al Tribunal Supremo que tanto el Juez de primer grado como el Tribunal Seccional hubiera hablado de una situación jurídica distinta al proferir sus fallos, como es la de que se trataba de una “huelga” que no había sido calificada de ilegal por ningún Juez y que, por lo tanto, no estaba al arbitrio de los patronos calificarla y despedir a los trabajadores.

Por esa apreciación de los falladores, cree oportuno el Tribunal Supremo entrar a distinguir entre “huelga” y “suspensión de labores” con el fin de corregir la equivocada estimación de los fallos de las instancias.

Por “huelga” —dice Gallart Folch— “debe entenderse la suspensión colectiva y concertada de trabajo, realizada por iniciativa obrera, en una o varias empresas, oficios o ramas de trabajo con el

fin de conseguir objetivos de orden profesional, político, o bien manifestarse en protesta contra determinadas actuaciones patronales, gubernamentales y otras". ("Derecho Español de Trabajo").

Hay, pues, según esto, huelgas profesionales o políticas, contra los patronos o contra las autoridades públicas.

En esta noción general y amplia están incluidas todas las clases de huelgas, las parciales o generales, las de un oficio o de varios o todos los oficios, las de una localidad, una región o todo el país. Y hasta la de carácter revolucionario o huelga general, que, como dice García Oviedo es "la que brota, no de conflicto de trabajo propiamente dicho, ni tiene carácter económico profesional, sino que va inspirada únicamente por el propósito de agitar al país, perturbar la tranquilidad pública o subvertir el orden social existente". Y agrega este autor que "el carácter político de estas huelgas las sustrae a nuestra consideración". ("Tratado Elemental de Derecho Social", pág. 558).

En la legislación colombiana se ha definido la huelga en el artículo 1º de la Ley 78 de 1919 y así lo reconoce el apoderado de los trabajadores en el presente recurso cuando dice: "Para entender el concepto de huelga, debemos necesariamente recordar la definición que da la Ley 78 de 1919". (Fs. 27 del cuaderno 2º). Según dicha norma, "entiéndese por huelga el abandono convenido o aceptado voluntariamente por un número tal de empuados, obreros o trabajadores, que produzcan la suspensión del funcionamiento de las fábricas o empresas, con las condiciones siguientes: 1º Que su objeto sea mejorar las condiciones retributivas del trabajo, tales como jornales o salarios, horas de trabajo, condiciones higiénicas, etc., o sostener las condiciones actuales cuando se trate de desmejorarlas; y 2º Que el abandono del trabajo se efectúe y se sostenga en forma pacífica. Parágrafo. Las reuniones tumultuarias que se efectuaren con nombre o pretexto de huelgas, sin los caracteres legales de éstas, quedan sometidas al derecho común".

De acuerdo con esta noción legal, la huelga en Colombia, para que adquiriera el carácter de tal, debe perseguir fines económicos o profesionales propuestos por los trabajadores a su patrón. Están excluidas de esa noción las suspensiones de trabajo que tengan otro carácter u otro fin, como las de orden político o que buscan la obtención, modificación o abstención de actos de las autoridades públicas.

Así lo entiende el propio representante de los trabajadores, doctor Jorge Enrique Sánchez, cuando dice en su alegato de oposición al recurso: "Este movimiento (o sea la huelga) debe tener por fi-

nalidad específica el mejoramiento de las condiciones económicas o de trabajo de los trabajadores en la empresa de que se trate". Y agrega el mismo apoderado: "puede no estarse de acuerdo con las palabras usadas por el Legislador, pero en todo caso, la definición da a entender que para que se hable de una huelga, es condición esencial, que se trate de un movimiento de los trabajadores, con sujeción a normas procedimentales de discusión previa, con el objeto de tratar de conseguir un equilibrio entre el capital y el trabajo". (Fs. 27, cuaderno 2º).

En tal virtud, la huelga en el país sólo puede tener una finalidad económica o profesional de los trabajadores de la empresa frente a su patrón.

Es en este sentido en el que emplea el vocablo el artículo 18 de la Constitución Nacional cuando dice que "se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos" y dispone a continuación que la ley reglamentará el ejercicio de tal derecho.

Y es que, como lo dice el párrafo del artículo 1º transcrito, que define la huelga, las reuniones tumultuarias que se efectuaren sin los caracteres de una huelga, es decir, que, v. gr., tuvieren por objeto intimidar a una persona, corporación o autoridad o exigir de ellas la ejecución u omisión de un acto reservado a su voluntaria determinación, quedan sometidas al derecho común, esto es, dentro de la calificación de "asonada" que define y sanciona el artículo 144 del Código Penal vigente.

Pero puede ocurrir que los trabajadores en el país suspendan labores sin que medie una huelga, en el sentido legal de esta palabra. Allí se está en presencia de una trasgresión de una prohibición expresa consagrada en el Decreto 2127 de 1945, sobre contrato individual de trabajo. Esa posibilidad está, pues, contemplada en la ley y sancionada claramente.

En efecto, el artículo 29 de ese decreto, en su ordinal 6º dice que está prohibido a los trabajadores, "Disminuir intencionalmente el ritmo de ejecución de su trabajo, o suspender labores, aunque permanezcan en sus puestos, a menos que tal suspensión se deba a huelga declarada y notificada legalmente, en cuyo caso deberán abandonar el lugar del trabajo". Y el ordinal 7º prohíbe también "promover suspensiones intempestivas del trabajo, o excitar a la declaración o el mantenimiento de huelgas ilícitas aunque no participen en ellas".

Por consiguiente, cuando los trabajadores suspenden labores sin que sea por motivo de una huelga legalmente declarada y notificada

como tal, están incumpliendo una obligación legal, están violando una prohibición expresa de la ley. Y es que el contrato de trabajo como todos los contratos en general deben ejecutarse de buena fe y como una de las obligaciones principales —la fundamental— de los trabajadores es la de prestar el servicio, la de ejecutar el trabajo convenido, si no lo hacen incumplen ese deber primordial y por eso entre las prohibiciones expresas a los asalariados la ley ha incluido la de suspender las labores que se han comprometido a ejecutar.

Deben, pues, los trabajadores, como obligación fundamental, prestar el servicio o realizar la labor convenida. El mismo Decreto 2127 en su artículo 28 incluye como obligaciones especiales del trabajador la de “cumplir el contrato de manera cuidadosa y diligente en el lugar, tiempo y condiciones acordadas” y “ejecutar por sí mismo el trabajo prometido”. Y por la misma razón en su artículo 29 prohíbe a los trabajadores “faltar al trabajo sin causa justificada o sin permiso del patrono” y “suspender labores aunque permanezcan en sus puestos, a menos que tal suspensión se deba a huelga declarada y notificada legalmente, en cuyo caso deberán abandonar el lugar de trabajo”.

La doctrina y las distintas legislaciones que han dado normas sobre el contrato de trabajo tienen establecido como deber primordial del trabajador el de prestar el servicio convenido que le impone la obligación de concurrir al lugar de trabajo fijado, no faltar sin motivo justificado y no suspender labores sin causa justa.

Cuando ese deber fundamental se infringe en forma grave, el decreto citado en su artículo 48 erige en justa causa para que el patrono dé por terminado unilateralmente el contrato, sin previo aviso, ese incumplimiento de la obligación legal y convencional. En efecto, dice que constituye justa causa para la terminación unilateral por parte del patrono “cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones consignadas en los artículos 28 y 29, o cualquier falta grave calificada como tal en las convenciones colectivas, en los contratos individuales o en los reglamentos internos aprobados por las autoridades del ramo, siempre que el hecho esté debidamente comprobado y que en la aplicación de la sanción se sigan las correspondientes normas de la ley, la convención o el reglamento interno”.

De modo que una cosa es la “huelga” o cesación colectiva de trabajo con fines económicos y previos los trámites de la ley, de que habla el artículo 1º de la Ley 78 de 1919 y otra muy distinta la “suspensión de labores” por parte de uno o varios trabajadores sin que

exista “huelga declarada y notificada legalmente”, como dice el ordinal 6º del Decreto 2127 de 1945. Aquélla está autorizada por la Constitución y la ley. Esta se encuentra prohibida. Pero ambas están previstas claramente en la legislación con características distintas, opuestas, y con efectos completamente diversos. El primer movimiento se respeta por la Constitución y la ley, cuando reúne todos los requisitos y no se efectúa en servicio público. El segundo se sanciona por la ley cuando es grave, con la extinción del contrato de trabajo, sin aviso previo y sin derecho a indemnizaciones o prestaciones.

El apoderado de los trabajadores en el juicio y en este recurso así lo entiende también cuando dice en su primer alegato: “Es sabido que una cosa es el paro y otra, jurídicamente bien distinta, la huelga. Esta implica una petición concreta de los trabajadores de una Empresa, a sus representantes, y la consiguiente tramitación de conversaciones directas, conciliación, etc. De tal suerte que la huelga es la suspensión colectiva del trabajo, con ocasión de un pliego de peticiones y por razón de él. Ese fenómeno es el que es materia de la calificación, por la Jurisdicción especial del trabajo, de legalidad o ilegalidad, según que se haya sometido formalmente a los requisitos legales. La calificación de legalidad o ilegalidad, en su caso, única y exclusivamente corresponde a la jurisdicción especial del trabajo y no a otra entidad, y menos aún a la rama ejecutiva del poder público”. Y agrega: “El paro, es decir la cesación o suspensión temporal de las actividades, está permitido por la ley. Primero, no existe disposición legal que lo contemple y menos aún disposición legal que lo prohíba y sabido es que en Colombia, todos los ciudadanos pueden ejecutar los actos que no estén expresamente prohibidos por la ley. El paro como tal es la cesación de las actividades de los trabajadores y aun en el caso de huelgas ilícitas, está permitido su ejercicio hasta por 24 horas, término dentro del cual los trabajadores deben regresar a su trabajo. El ordinal 7º del artículo 29 del Decreto 2127 de 1945 —finaliza— denomina el paro, suspensión colectiva de trabajo. Ese ordinal prohibía esas suspensiones colectivas del trabajo, pero ese ordinal fue expresamente derogado por el artículo 6º del Decreto 2541 de 1945 y en consecuencia, esas suspensiones colectivas de trabajo, no están prohibidas por la ley y no estándolo, menos pueden estarlo en los contratos individuales o en los Reglamentos de Trabajo de las Empresas”. (Fs. 100 y 101 del cuaderno principal).

De modo que el representante de los trabajadores reconoce que existe diferencia entre “huelga” y “paro”. Es decir, hace la misma distinción jurídica que resulta de la confrontación de las normas de

la Ley 78 de 1919 y del Decreto 2127 y que hizo en párrafos anteriores la corporación. Pero incurre el señor apoderado de los trabajadores al avanzar en sus anteriores conceptos, en dos claras confusiones. La primera consiste en que dice que el paro no está contemplado en la ley colombiana y a renglón seguido alega que el Decreto 2127 en el ordinal 7º de su artículo 29 sí contempla el paro y lo denomina suspensión colectiva de trabajo. Y la segunda confusión consiste en decir que ese ordinal 7º está expresamente derogado por el artículo 6º del Decreto 2541 de 1945, cuando no es así, porque basta leer esta última disposición para darse cuenta de que dice textualmente: "Derógase el ordinal 7º del artículo 44 (se subraya) del Decreto número 2127 de 1945". Luego el ordinal 7º del artículo 29 de aquel decreto está vigente y el derogado fue el ordinal igual del artículo 44.

Por consiguiente, subsiste en la legislación colombiana la disposición que en concepto del propio apoderado de los trabajadores denomina el paro, suspensión temporal del trabajo sin que haya huelga.

Por tanto, como bien lo dice el mismo apoderado, es la "huelga" la que se califica de legal o ilegal por la justicia del trabajo, y se permite en el primer caso, pues el "paro" o suspensión de labores sin que medie "huelga" está expresamente prohibido a cada trabajador por su contrato y a todos los trabajadores en general por la ley. Y se dice que por el contrato individual, porque de acuerdo con el artículo 19 del Decreto 2127 tantas veces mencionado, "en todo contrato de trabajo se consideran incorporadas, aunque no se expresen, las disposiciones legales pertinentes", de modo que en cada convenio individual de carácter laboral se entienden incluidas las prohibiciones del artículo 29 del mismo decreto a los trabajadores, entre las cuales figuran las de suspender labores o promover suspensiones intempestivas de actividades.

Para los efectos de la distinción preliminar al estudio del recurso, entre "huelga" y "paro" o "suspensión de labores", lo anterior es suficiente. Más adelante, al analizar el cargo en concreto, habrá oportunidad de fijar otras nociones conexas con esta distinción que inciden directamente en la decisión del recurso.

Corresponde, por lo tanto, estudiar primero las pruebas en que fundamenta su cargo por error de hecho el recurrente. Y después se examinará, en capítulo separado, la incidencia de ese error sobre las disposiciones legales.

I.—EL ERROR DE HECHO

a) *La Resolución del Sindicato.*

Con este nombre designa el cargo la nota número 180 de 12 de mayo de 1947 dirigida por el Sindicato de Trabajadores Avianca a la empresa y en la que le transcribe la siguiente Resolución adoptada por esa entidad sindical:

“EL SINDICATO DE TRABAJADORES AVIANCA”:

“Teniendo en cuenta:”

“1º—Que la solicitud hecha por este Sindicato dentro de un ambiente de cordialidad a la Empresa Aerovías Nacionales de Colombia, Avianca, el día 15 de abril, por voluntad de todos sus trabajadores en el país, recibió una negativa rotunda;”

“2º—Que la solicitud presentada a la Avianca ha sido motivada por el alto costo de la vida y los arrendamientos y los malos salarios de la gran mayoría de los trabajadores en Avianca;”

“3º—Que la empresa amenazaba a los trabajadores con Policía armada en momento en que celebra una conversación directa con los representantes del Sindicato;”

“4º—Que las amenazas de despido hechas por la Empresa se vienen haciendo efectivas;”

“5º—Que la situación de los trabajadores colombianos ante el personal americano contratado por Avianca es deprimente;”

“6º—Que la situación de los trabajadores de Avianca es similar a la de los trabajadores en todo el país;”

“7º—Que la policía secreta viene interviniendo activamente contra las organizaciones sindicales,”

“RESUELVE:”

“1º—Adherirse al Paro Nacional decretado por la Confederación de Trabajadores de Colombia, Federaciones Departamentales de Trabajo y demás organismos sindicales, que se llevará a efecto el martes 13 de mayo, por el término de 23 horas, a partir de la una de la mañana de dicho día.”

"2º—Pedir a la ciudadanía respaldo para este justo movimiento y exhortar a las fuerzas armadas de la República a que mantengan una actitud de serenidad para que no empañen la tradición democrática de la nación."

"En Bogotá a doce de mayo de mil novecientos cuarenta y siete. Transcribese a la prensa hablada y escrita." (Fdos.) Héctor Aguilar E., Presidente; Hernando Díaz, Vice-Presidente; Ramón Barreto A., Fiscal; Gustavo Cepeda, Tesorero; Carlos A. López, Jaime Torres, Adriano Bahamón, Ignacio Bernal, Eliseo Cervantes R. y Omar Cardona, Suplentes."

Al final de ese oficio se agrega lo siguiente: "Adjunto también le incluimos copia de la notificación en cuanto se refiere a la forma en que el personal de Avianca actuará durante el paso que se inicia a la una de la mañana del día martes."

El Tribunal Seccional se refirió en su fallo a los cuatro hechos invocados por la Avianca en su demanda como fundamento del permiso para despedir definitivamente a los diez trabajadores de la directiva sindical.

El primer hecho, acerca de que la empresa es de servicio público, lo califica el sentenciador de "indiscutible", según la letra a) del artículo 50 de la Ley 6ª de 1945 por ser empresa de transportes por aire de acuerdo con el certificado sobre el particular, expedido por la Dirección de Aeronáutica Civil del Ministerio de Guerra que obra en autos.

El segundo hecho, o sea el de que los diez trabajadores expresados aprobaron y suscribieron una Resolución a nombre del Sindicato, por la cual adhirieron al paro nacional de 23 horas del 13 de mayo del año pasado, es para el Tribunal de Bogotá "un hecho que igualmente se halla acreditado en el informativo con los documentos que obran a folios 6, 7 y 8, los cuales fueron presentados por la parte actora como prueba y no fueron tachados ni objetados y por consiguiente hacen plena prueba". Pero a continuación dice que "no existe disposición legal alguna que consagre expresa o tácitamente sanción o prohibición para los organismos sindicales de manifestar su adhesión o simpatía a esta clase de manifestaciones". Y agrega: "Porque es bueno aclarar, que el Sindicato o mejor la Asamblea General del Sindicato de Trabajadores Avianca lo único, de acuerdo con lo hasta ahora analizado, que hizo, fue proferir una resolución por medio de la cual expresaban sus simpatía y adhesión al movimiento

organizado y decretado por la Confederación de Trabajadores de Colombia". Después asevera lo siguiente: "El Sindicato de la Avianca no decretó ni patrocinó, según la Resolución que se está estudiando, ninguna huelga que posteriormente pudiera haber sido calificada de legal o ilegal por funcionario competente". Y concluye de esta manera: "El hecho en sí de aprobar y suscribir una resolución como ésta, no puede ser causal para que el patrono pueda terminar unilateralmente el contrato de trabajo; es indispensable en este caso un estudio más a fondo para poder deducir el alcance y gravedad de un acto como éste, y la base de este análisis no puede ser otro distinto del de los perjuicios que ha podido recibir la empresa o patrono como consecuencia de dicho acto. La mayor o menor gravedad que puede acarrear la actuación de un trabajador, en relación a su patrono no puede medirse su alcance sino mediante el estudio de los daños causados en los intereses de dicho patrón, y es esto lo que más adelante iremos a estudiar".

Como se vio al principio, el recurrente ataca la apreciación anterior de esa prueba diciendo que no fue dicha Resolución una simple manifestación platónica de simpatía de los trabajadores sino "la incitación *al cese de actividades*, como ellos mismos dicen", por lo cual el Tribunal Seccional contrarió la evidencia de los hechos.

Para el Tribunal Supremo el recurrente tiene razón por cuanto la simple lectura de la Resolución del Sindicato, ya transcrita, está indicando que no fue una simple adhesión idealista o utópica, como equivocadamente la estimó el Tribunal Seccional, sino una adhesión efectiva, real y concreta con el fin evidente y manifiesto de que todos los trabajadores de la "Avianca" cesaran en sus labores el martes 13 de mayo del año pasado a la una de la mañana y por un término de 23 horas. Una determinación de esa naturaleza no se toma, como con evidente error lo apreció el fallador, para que se quede escrita y dar un apoyo moral, sino con el propósito claro que se desprende de su propio texto, de efectuar una suspensión cierta de actividades.

Ese argumento acerca del carácter de simple simpatía que le vio el Tribunal Seccional a la Resolución del Sindicato, no fue siquiera expuesto por el apoderado de los trabajadores al trabarse la litis, sino que con toda franqueza y valor es decir, sin subterfugios o disimulos, reconoció que sus representados habían suspendido labores y situó la posición de ellos en este terreno: "la falta de los trabajadores —expresó el doctor Jorge Enrique Sánchez en la primera audiencia— no

era otra cosa que falta de asistencia a la Empresa en un día, falta esta prevista expresamente en el Reglamento de la Empresa, reglamento que impone sanciones muy distintas a la suspensión provisional y como es obvio a la definitiva”.

Luego aparece más evidente el error de interpretación del Tribunal Seccional al darle el carácter de simple manifestación idealista a un hecho real y concreto, que consta en los autos que sucedió, y cuya existencia ni siquiera pretendieron negar los trabajadores con argumentos habilidosos o teorías insostenibles.

Está, pues, probado este error de hecho del Tribunal Seccional en la apreciación de la prueba en referencia.

b) *Las declaraciones.*

El Tribunal de Bogotá entra a estudiar el tercer hecho alegado por la empresa como fundamento de su solicitud de permiso para despedir definitivamente a los diez trabajadores expresados, y que consiste en que esos asalariados excitaron al resto del personal de la “Avianca” a suspender sus correspondientes labores el 13 de mayo del año pasado, durante 23 horas, con lo cual promovieron la suspensión intempestiva de las actividades de la compañía y propiciaron la declaración y el mantenimiento, por parte de dicho personal, de un paro a todas luces ilícito.

Y al examinar la prueba de testigos sobre este particular, o sea las exposiciones de los señores Alfonso Obregón, Fernando Uribe, Alvaro Jimeno y Jaime Corral, deduce que no prueban ellos esos cargos porque esas declaraciones son muy vagas y algunas de ellas contradictorias o imprecisas. Agrega que no hubo suspensión intempestiva en las actividades de la empresa porque de acuerdo con el Boletín expedido a los trabajadores por el Presidente y Gerente de la compañía, de tres mil (3.000) servidores de la empresa sólo diez (10) no asistieron el 13 de mayo a cumplir con sus labores. Y, finalmente, acerca de que proporcionaron un *paro* ilícito, el Tribunal Seccional responde que la licitud o ilicitud de una *huelga* corresponde calificarla a la justicia del trabajo y de autos no se encuentra una providencia en ese sentido.

El recurrente, refiriéndose a la apreciación de la prueba testimonial, sobre excitación al personal de la empresa para que cesara en sus labores, dice que los directores del Sindicato no se limitaron a adherir al paro nacional, ni a participar personalmente como lo hi-

cieron, sino que “encabezaron un grupo de vociferantes que irrumpió en las oficinas de la empresa para impedir el trabajo de los renuentes y hacer que éstos participaran también en la ocurrencia”. Y agrega en el cargo que así lo aseveran los testigos ya citados.

Después entra el recurrente a analizar uno por uno esos testimonios frente a los conceptos que acerca de ellos expresó el Tribunal Seccional, para demostrar que incurrió en error de hecho en su apreciación.

Se examina esa prueba.

El testigo Alfonso Obregón dice en lo pertinente así: “Aproximadamente a las nueve y media llegaron unos ciento cincuenta señores aproximadamente y no apagaron las luces de la sección y nos insinuaron que saliéramos en una forma más bien mala nos golpeaban sobre los mostradores con términos insultantes también a uno de los empleados quisieron sacarlo de la sección obligándolo y él se negó a salir por lo cual un señor de quien no sé su nombre trató de recordar algunas palabras que él había pronunciado en un discurso del Sindicato para en tal forma obligarlo más”. Y agrega: “En todo caso lo que ellos querían era que cerráramos la sección, que suspendiéramos el trabajo”. Después afirma que del personal directivo del Sindicato conoce sólo al señor Bernal quien trató de impedir el trabajo en su sección de pasajes. Y que los actos de los manifestantes en ese lugar duraron una media hora, en la cual no se pudo trabajar.

El recurrente se refiere en los siguientes términos a la apreciación de ese testimonio por el fallo recurrido:

“Comenta el Tribunal: “Este deponente... *se limitó* a decir que había habido bochinche...; que él conoce muy poco a los miembros de la Junta Directiva; al único que conoce es a Ignacio Bernal, *a quien tampoco le precisó cargos*; en definitiva, este testigo *no reconoció a ninguno* de los miembros de la Junta Directiva del Sindicato allí presentes, *como autores de disturbios o injurias*”.

Después el recurrente resume lo pertinente de cada declaración de los testigos restantes y a continuación sintetiza el concepto del Tribunal Seccional acerca del respectivo testimonio, en la siguiente forma:

Dijo URIBE: “...poco antes de las once... ví un grupo en la esquina de la carrera 9ª con calle 12..., y al pasar junto al grupo, uno de los que lo formaban me dijo... que cerrara y otras palabras en el mismo sentido; ...pudimos ver un grupo mucho más numero-

so... que al llegar frente a esa sección (la de Aeroexpresos) cerraron las rejas metálicas de las puertas; entre ese grupo *pude distinguir al señor Bernal*, y entonces me bajé inmediatamente para el local de la sección de pasajes, en el cual ya se encontraba el *grupo mencionado*... y que estaban tratando de cerrar las puertas del local... y se produjo entonces una situación en que el grupo cerraba una puerta y los empleados... que había ido a trabajar... la volvían a abrir. La sección de pasajes estaba a oscuras, porque nosotros encendíamos las luces y el grupo las apagaba. Dentro de la sección, algunos de los miembros del grupo mencionado incitaban a los empleados que se encontraban trabajando *para que se unieran a ellos y cerraran las oficinas*; esta incitación se hizo en forma especial al señor Pavolino, a quien se dirigieron en voz alta a manera de discurso recordándole que él había prometido *unirse a ellos y no ir a trabajar*. Esa incitación fue acompañada posteriormente por gritos colectivos del grupo en el mismo sentido; gritos y exclamaciones que fueron proferidos también en relación con el resto del personal, a quienes les decían que por el hecho de trabajar no lograrían un aumento de sueldo ni llegarían a ser gerentes. PREGUNTADO: Sírvase decir los nombres de los miembros del Sindicato *que vio usted encabezando la manifestación*... CONTESTO: Vi a los señores Bernal, Aguilar, (Carlos A. López, a quien no vi proferir ningún grito, me pareció que estaba de curioso, posteriormente vine a saber que era del Sindicato), Cardona, Cervantes”.

“Comenta el Tribunal: “Este testigo afirma haber visto a Bernal dentro de un grupo de manifestantes, *sin concretarle ningún cargo preciso*; agrega el deponente que vio y oyó *profiriento gritos de “tenemos hambre”* a los señores Aguilar, Bernal, Cardona y Cervantes...; en resumen, este declarante no afirma o concreta cargos contra los miembros de la Junta Directiva del Sindicato distintos al de haber oído a algunos de ellos, ya enumerados anteriormente, gritando que tenían hambre”.

“Dijo JIMENO: “Yo estaba escribiendo en máquina cuando de pronto oí una gran bulla en la sección de pasajes; me pude dar cuenta en seguida que eran los miembros del Sindicato de la Avianca por las vivas que gritaban ahí. A los cinco minutos se formó una gran cantidad de gente gritando con el fin de que el personal dejara su trabajo y se unieran a ellos. Estos señores apagaron las luces y gritaban que se unieran a ellos...; fue tanto el alboroto que francamente yo me asusté. Empezaron a manotear los mostradores, cerra-

ban las puertas y a todas esas con gritos que tenían hambre. Estos señores más que todo se dirigieron al señor Pavolino, empleado de la sección de pasajes muy adicto al sindicato, él no formó parte de ese paro, y estos señores *trataron de sacarlo*, no teniendo tiempo en vista de que las autoridades llegaron muy a tiempo. PREGUNTADO: ¿Usted recuerda, de los señores que están aquí presentes, *quiénes intervinieron en el incidente con el señor Pavolino?* CONTESTO: Estaba el señor Bernal y Carlos A. López y Ramón Barreto”.

“Comenta el Tribunal: “Este doponente, al igual que los anteriores, se limita a hacer cargos contra la Junta Directiva del Sindicato, pero *sin concretarlos individualmente*”.

“Dijo CORRAL: “Entre las diez y las once de la mañana del día 13 de mayo se presentaron a la sección de pasajes inicialmente un grupo reducido de personal sindicalizado de la Avianca *encabezado por los señores Aguilar y Barreto*. Posteriormente, más o menos diez minutos, el recinto de la sección se llenó con nuevos elementos, aproximadamente en total serían unos sesenta, y después de vivir al Sindicato *solicitaron el que fuera cerrada la sección* e igualmente incitaron al personal sindicalizado que se hallaba trabajando, *a que se uniera a ellos*. Después de esto, varios sindicalizados *apagaron las luces* de la sección... En lo que se refiere a altercados, sí hubo uno que es *el señor Bernal* con el señor Pavolino, empleado que en esos momentos se hallaba trabajando... porque el señor Pavolino, había hecho promesa o juramento de intervenir en el mencionado paro, lo anterior de acuerdo con las frases cruzadas entre el señor Pavolino y el señor Bernal. A más de lo anterior, *el señor Torres*... recordó al señor Pavolino varias frases pronunciadas por éste en una reunión del sindicato. Terminada esta intervención del señor Torres, dentro del recinto de la sección, la mayoría de los sindicalizados presentes gritaron al otro personal que se hallaba trabajando: ¡Traidores!”.

“Comenta el Tribunal. “Este deponente *tampoco* precisa las personas o individuos que hubieran ejecutado los actos de desorden.”

“Al terminar la declaración de Corral, el apoderado de la empresa hizo constar:

“...que a la audiencia de hoy (en la cual declaró también JIMENO) *no concurrieron* algunos de los miembros de la Directiva, entre ellos los señores Aguilar y Torres, y que por lo tanto los testimonios rendidos en esta audiencia lo fueron *sin la presencia de dichos señores* para los efectos del reconocimiento solicitado.”

"A pesar de la cual constancia, no redargüida por el Juez ni por el Sindicato, el Tribunal, comenta, a propósito de JIMENO: "se limita a hacer cargos contra la Junta Directiva del Sindicato, pero sin concretarlos individualmente, a pesar de que dichos caballeros estuvieron presentes en el acto de estas diligencias, precisamente para que pudieran ser identificados."

Y concluye así el cargo, en relación con esta apreciación del fallador acerca de la prueba testimonial:

"Esta sola transcripción, se repite, de las declaraciones juradas y de los respectivos comentarios del Tribunal, pone de manifiesto la errónea apreciación de éste. Porque la libertad para apreciar las pruebas por los Jueces del Trabajo, sin sujeción estricta a tarifa legal, no puede entenderse hasta el extremo de negar que un testigo ha dicho lo que consta que dijo, o de afirmar que dijo una cosa radicalmente distinta de la que consta que dijo. Que es lo ocurrido con estos cuatro deponentes cuyos testimonios, por lo demás, son un ejemplo de espontaneidad, de falta de acuerdo previo para determinados fines, de sinceridad y de claridad. En casos como el que ellos relatan, de amotinamiento, gritos y amenazas de un gran número de gentes contra unos pocos, la crítica del testimonio más exigente no podría pedir mayor precisión respecto de los actos de cada individuo de dicho grupo atacante. Y resplandece, como una evidencia procesal, que los directores sindicales (entre los cuales fueron reconocidos Bernal, Aguilar, Torres, Barreto, López, Cardona y Cervantes) encabezaron esa "manifestación" (en la cual, por lo demás, y dentro de las oficinas de la empresa fueron aprehendidos por la Policía, como veremos adelante); que la finalidad de la misma no era la de saludar a quienes continuaban trabajando, sino excitarlos a que cerraran y se incorporaran al "paro"; que hubo ataques directos contra el señor Pavolino, a quien se le increpó su defección; que hubo gritos, manoteos, insultos e injurias contra los renuentes. Todo lo cual confirma el primer cargo, o sea el de "promover suspensiones intempestivas del trabajo o excitar a la declaración o el mantenimiento" de una cesación colectiva de trabajo en una empresa de servicio público".

Para el Tribunal Supremo las transcripciones de los testimonios hechas por el recurrente son exactas en lo pertinente al hecho que se trata de demostrar y también lo son las síntesis de los comentarios que acerca de esa prueba hizo el Tribunal Seccional en su fallo. Y ya atrás se vio cómo el sentenciador de segunda instancia concluye

de su análisis de esos testimonios que no probó la parte actora los cargos formulados contra los trabajadores de la directiva sindical por ser aquellos vagos, contradictorios e imprecisos.

El Tribunal Supremo encuentra que en verdad hubo una equivocada apreciación de esas declaraciones, por cuanto de su sencillo análisis, de su simple lectura se desprende que el 13 de mayo del año pasado los miembros del Sindicato de Trabajadores de la Avianca, señores Bernal, Aguilar, Torres, Barreto, López, Cardona y Cervantes encabezaron y tomaron parte activa en una manifestación o grupo de personas que entraron a las oficinas de la empresa con el ánimo de hacer cesar actividades e invitar a los trabajadores que estaban prestando sus servicios a que los suspendieran, aun en malos términos, cerraron las rejas metálicas de las puertas, apagaron las luces, golpearon los mostradores en forma insultante y aun quisieron sacar a uno de los empleados de la sección por la fuerza. Los testigos expresados sí concretan cargos a los distintos directores del Sindicato que mencionan, como se vio de la transcripción fiel del recurrente, luego no es exacto, como lo asevera el fallador de instancia, que no se hubieran individualizado acusaciones directas por aquéllos contra estos últimos.

La libertad de apreciación de la prueba que la ley concede a los jueces y tribunales del trabajo no va hasta negar o desconocer los hechos resultantes de los medios probatorios, pues si así ocurriera se autorizaría una clara equivocación o error de hecho ostensible, una manifiesta arbitrariedad judicial que puede y debe considerar el Tribunal de casación según la técnica de este recurso, a fin de corregir la apreciación errada, restablecer el imperio de la verdad procesal y el de la norma legal que con tal motivo hubiere sufrido quebranto.

En la casación del trabajo esa libertad de apreciación probatoria tiene un límite y es el error de hecho o de derecho en que haya podido incurrir el sentenciador, que tiene el Tribunal Supremo la facultad legal de controlar para evitar las violaciones de las normas positivas y los fallos injustos o ilegales de sus inferiores jerárquicos.

En el caso de autos, salta a la vista el error de hecho en que incurrió el Tribunal de Bogotá al no aceptar como acreditados en el expediente, con base en la prueba testimonial aludida, unos hechos como los de la manifestación encabezada por los directores sindicales nombrados, con el evidente y ostensible propósito de impedir el trabajo, y los que resultan de los cargos que contra algunos de éstos

formulan varios testigos, por lo cual está demostrada en este aspecto la acusación del recurrente.

Se deduce, pues, de la Resolución atrás considerada y de estos testimonios que sí patrocinaron los directores del Sindicato una suspensión del trabajo en la Avianca y que excitaron a sus compañeros de labores en la empresa a una cesación colectiva de actividades.

Está por consiguiente, demostrado el error de hecho en que incurrió el Tribunal Seccional en la apreciación de las pruebas citadas. Se estudiará a continuación si también incurrió en igual error por no apreciar las otras pruebas que cita el cargo.

c) *El Boletín.*

Entre las pruebas que, según el recurrente, no fueron tenidas en cuenta por el sentenciador, menciona aquél en primer término la que denomina "El Boletín", de la Directiva Sindical, sobre instrucciones al personal de la Avianca para el desarrollo del "paro" y que a la letra dice:

"LA JUNTA DIRECTIVA DEL SINDICATO DE TRABAJADORES AVIANCA"

"notifica:"

"Que obedeciendo una orden dictada por la Confederación de Trabajadores de Colombia, organismo reconocido por las leyes colombianas, el Sindicato ha adherido al Paro decretado por esa Central Sindical para el martes 13 de mayo del corriente año y que se iniciará a la 1 a. m."

"Como dicho paro tiene por objeto solicitar se adopten las disposiciones necesarias y efectivas contra el alto costo de la vida y los arrendamientos y demás razones ampliamente conocidas, éste debe hacerse en una forma ordenada, buscando mantener el cese de las actividades con respeto a las disposiciones legales."

"En consecuencia el personal de Avianca debe procurar garantizar la seguridad de los instrumentos, equipos y material de propiedad de la Compañía y velar por su conservación, impidiendo que personas que no sean trabajadores de la Empresa puedan dañarlos."

"Bogotá, mayo 12 de 1947."

Y lo suscriben los señores Héctor Aguilar E., Presidente; Hernando Díaz A., Vicepresidente; Ramón Barreto A., Fiscal y Gustavo Cepeda, Tesorero.

El recurrente dice que de este Boletín consta claramente que la "adhesión" expresada en la resolución atrás vista "no era una manifestación de platónica *simpatía*, como quiso entenderlo el Tribunal, sino la determinación de promover, excitar u ordenar a todo el personal que participara en el paro". Y destaca el siguiente aparte de ese Boletín como confirmación de su tesis: "el paro debe hacerse en una forma ordenada, *buscando mantener el cese de las actividades con respeto a las disposiciones legales*".

En verdad, como lo afirma el cargo, el Tribunal de Bogotá nada dijo en relación con esta prueba. No la mencionó, no se refirió a ella en su sentencia. Por el contrario, dice que fuera de la Resolución emanada del Sindicato, de 12 de mayo de 1947 y cuyo texto le fue transcrito al Presidente y Gerente de la Empresa "no obra prueba suficiente que nos (sic) demuestre que los trabajadores para quienes se solicita la licencia para el despido definitivo hubieran excitado el (sic) resto de sus compañeros a suspender labores, pues las declaraciones que fueron aducidas por la empresa nada aclaran sobre el particular, por ser ellas muy vagas en su contenido, como vamos a verlo".

Quizás hubiera llegado a una conclusión distinta el sentenciador si analiza la prueba denominada "El Boletín" que acaba de dejarse transcrita. Porque de este documento consta en verdad que los miembros de la directiva sindical no se limitaron en la Resolución atrás considerada a manifestar una "simpatía" idealista, utópica, un simple apoyo de orden moral, sino que su intención fue la de provocar lo que en ese Boletín denomina "el cese de las actividades" de la empresa y en virtud de haber "adhesión al Paro", "que se iniciará el 13 de mayo a la 1 a. m."

Es verdaderamente extraño que de hechos tan notorios, evidentes y de existencia acreditada plenamente en el expediente, aun reconocidos por el apoderado de los trabajadores, el sentenciador de instancia no hubiera encontrado la demostración clara en los autos. Todavía en casación el señor apoderado de los obreros, doctor Sánchez, reconoce, como en las instancias, que se verificó el "paro". Basta leer el siguiente párrafo de su alegato de oposición en este recurso: "*Está demostrado* —dice sin subterfugios, con una probidad mental indiscutible— que el 13 de mayo de 1947 se efectuó un paro decretado por la CTC (Confederación de Trabajadores de Colombia). Que el Sindicato de Trabajadores de Avianca, adhirió a este paro y que el personal sindicalizado de dicha empresa tomó par-

te en ese paro". (Fs. 30, cuaderno 2º). Más adelante, cuando se estudie la incidencia del "error de hecho" que se analiza en el presente capítulo sobre las disposiciones legales, se estudiarán las razones expuestas por dicho apoderado para sostener que el paro no fue "intempestivo" ni "promovido" por los trabajadores de la Avianca.

Para ambas partes, pues, se hallaba "demostrado", como dice el doctor Sánchez, que se efectuó el paro ese día, que el Sindicato de Trabajadores de la Avianca adhirió a él y que el personal sindicalizado de esa empresa tomó parte en ese movimiento o suspensión de actividades. Pero no para el Tribunal de Bogotá, porque no vio la prueba de esos hechos. Por eso que al no tener en cuenta esa corporación la prueba denominada "El Boletín", que con la Resolución atrás vista y con la de testigos llevan al ánimo la convicción absoluta de esos hechos, hubiera incurrido en error de hecho consistente en no haberlos dado por demostrados cuando sí aparecen acreditados de modo fehaciente en los autos y aún para ambas partes.

d) *El Oficio número 181.*

Con este nombre designa el recurrente el oficio número 181 de 13 de mayo de 1947 dirigido por el Sindicato de Trabajadores a la empresa, suscrito por el Vicepresidente Luis H. Díaz y los suplentes Ignacio Bernal y Carlos A. López, que es de este tenor:

"Tiene la presente por objeto manifestar la enérgica protesta por la detención arbitraria del Presidente, Fiscal, Suplente y trabajadores al servicio de la Empresa que usted Gerencia, ordenada por su Secretario General, Eduardo Casas Caycedo, y la orden impartida por el mismo para la detención del resto de la Junta Directiva de este Sindicato."

"Es bueno que usted sepa que quienes en este momento le prestan servicio a la Empresa, fueron los mismos que en la Asamblea del día 19 del mes pasado, juraron por su honor de hombres y ante el Cricuficado permanecer firmes a ir al paro que hoy quienes tienen carácter y honradez lo realizamos."

"Estos elementos, como siempre lo hemos demostrado, son los que así como traicionan a sus compañeros no vacilarán en traicionar mañana los intereses de la Empresa, que son los que nosotros hemos venido defendiendo, pero que desgraciadamente por la característica falta de comprensión de la Empresa que usted dirige, nos ha llevado a esta viril demostración de inconformidad."

"Siempre hemos respetado la ley y hemos prestado nuestros servicios con integridad alejados de todo movimiento político y que-

remos que se nos respete pues hacemos uso de un derecho del cual nadie puede privarnos; siempre la Empresa ha querido tener la razón y hoy la tiene por la fuerza.”

“Ordenes como esta son la demostración clara y categórica del rumbo que está tomando la democracia y libertad de expresión en nuestro país”.

Y respecto de este oficio dice el cargo:

“En este importante documento que el Tribunal decidió ignorar, la directiva sindical se queja de las detenciones efectuadas por la policía en esa misma fecha, 13 de mayo, y acusa a quienes no quisieron participar en el “paro” de traicionar sus juramentos: “Es bueno que usted sepa que QUIENES EN ESTE MOMENTO LE PRESTAN SERVICIO A LA EMPRESA, fueron los mismos que EN LA ASAMBLEA DEL DIA 19 DEL MES PASADO JURARON POR SU HONOR DE HOMBRES Y ANTE EL CRUCIFICADO permanecer firmes a IR AL PARO QUE HOY, quienes tienen carácter y honradez, LO REALIZAMOS”. La “adhesión” no era pura “simpatía” por el paro nacional, como pretende interpretarlo el sentenciador: hubo inclusive un juramento previo, solemne y colectivo, de “ir al paro” del 13 de mayo”.

Para el Tribunal Supremo es verdadera la afirmación anterior del recurrente, no sólo de que el Tribunal Seccional no consideró esa prueba, sino en cuanto a la demostración que de ella se desprende de haberse planeado el paro, de haberse jurado ir a él y de haberlo realizado, es decir, que no fue una simple manifestación de simpatía. Si el fallador hubiera tenido en cuenta este documento, quizás no hubiera llegado a las conclusiones que consignó en su sentencia.

e) *La certificación.*

Esta prueba que, según el recurrente, examinó el Tribunal Seccional para otros efectos, dice así:

“MINISTERIO DE JUSTICIA. JUZGADO PRIMERO
PERMANENTE CENTRAL.”

“Bogotá, mayo diez y seis de mil novecientos cuarenta y siete.”

“Los suscritos Juez Primero Permanente y su Secretario, de conformidad con la solicitud anterior,”

"certifican:"

"Que a las siete y treinta p. m. del día trece de los corrientes, el Teniente Marco T. Riaño, de la segunda división, condujo a este Juzgado a los señores HECTOR AGUILAR, cédula de ciudadanía número 164211 de Bogotá, despachador de buses de la Avianca, CESAR A. PIÑEROS, cédula de ciudadanía número 1208270 de Bogotá, chofer de la Avianca, RAMON BARRETO ALVAREZ, cédula de ciudadanía número 2916691 de Bogotá, teleprintista de la Avianca, y JAIME TORRES, cédula de ciudadanía número 2698579 de Bogotá, mecánico de aviación de la Avianca;"

"Que el citado Oficial de la Policía informó que a las diez y treinta a. m. de dicho día los mencionados señores Aguilar, Piñeros, Barreto y Torres, se encontraban en el Edificio de la Avianca de esta ciudad tratando de impedir que los empleados de dicha empresa ejecutaran sus labores comunes; que los mismos señores fueron aprehendidos por la policía en virtud de solicitud que la gerencia de la Avianca le hizo al Comandante Diógenes Osorio; y que fueron llevados al Cuartel de la Segunda División."

"Este Juzgado, en vista de que no fue posible a tal hora probarles los cargos a los citados señores Aguilar, Piñeros, Barreto y Torres, dispuso ponerlos en libertad a las once de la noche del mismo día trece de mayo de mil novecientos cuarenta y siete."

(Fdos.) "El Juez, Ignacio Tavera Plata. El Secretario, Hernando Gómez Arenas."

Acerca del anterior certificado el recurrente dice así: "Esta información oficial de un Teniente de la Policía refuerza hasta la evidencia lo relatado por los cuatro testigos ya mencionados atrás, y la participación de los cuatro capturados en el motín contra la empresa."

En verdad, concuerda este certificado de la policía con lo aseverado por los testigos examinados atrás, acerca de la actitud de varios dirigentes sindicales el día del paro al tratar de impedir que los trabajadores de la empresa que no participaron en él cesasen también en sus actividades. Y como tampoco tuvo en cuenta esta prueba el sentenciador, en este sentido, sino en otro, resulta evidente el error de hecho en que incurrió al no estimar como demostrado el que resulta de ese documento.

II.—LA VIOLACION DE LA LEY SUSTANTIVA

Bajo el título de “incidencia del error de hecho en la violación de ley sustantiva”, el recurrente concreta su acusación contra el fallo de segunda instancia, señalando las disposiciones que considera infringidas por esa providencia y dando la razón por la cual estima que la violación se produjo.

Y también al principio del cargo indicó los preceptos legales que estimó violados por la sentencia recurrida.

Al iniciar su acusación, dijo que la decisión del Tribunal de Bogotá había violado, por infracción directa, por falta de aplicación, las siguientes proposiciones jurídicas completas: “artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, sobre condición resolutoria implícita en los contratos de trabajo por incumplimiento de lo pactado; artículo 40 y su párrafo único, de la misma Ley 6ª, que ordenan a los jueces autorizar el despido de los trabajadores amparados por el fuero sindical cuando se comprobare la justa causa invocada por el patrono; artículos 9º y 10º del Decreto 2127 de 1945, sobre libertad de trabajo; artículo 19 del mismo, sobre incorporación de las disposiciones legales y de las normas del reglamento en todo contrato individual de trabajo; artículos 28, ordinales 1º, 2º y 6º, 29, ordinales 1º, 2º, 6º, 7º y 9º, y 48, ordinales 2º, 3º, 4º y 8º, sobre obligaciones especiales del trabajador, prohibiciones peculiares y causas de terminación unilateral de los contratos de trabajo, consignadas en ese mismo Decreto 2127 de 1945 y artículo 78, aparte c), del Decreto 2313 de 1946, sobre justas causas para autorizar el despido de los trabajadores amparados por el fuero sindical”. Y al final del cargo explica en qué forma se produjo la infracción de algunas de esas normas.

Para el Tribunal Supremo es evidente que entre las obligaciones especiales del trabajador, señaladas por el artículo 28 del Decreto 2127 de 1945, están las de los ordinales 1º, 2º y 6º, citados por el recurrente, y según las cuales debe el asalariado cumplir con el contrato de manera cuidadosa y diligente en el lugar, tiempo y condiciones acordadas; ejecutar por sí mismo el trabajo prometido, salvo estipulación en contrario; obedecer las órdenes y atender las instrucciones que les sean dadas por sus superiores, respecto del desarrollo de la labor y cumplir fielmente las disposiciones del reglamento de trabajo aprobado por las autoridades del ramo.

Asimismo, es exacto que entre las prohibiciones que el artículo 20 del expresado decreto establece con respecto a los trabajadores

están las de los ordinales 1º, 2º, 6º, 7º y 9º, señalados por el recurrente, y según las cuales no deben los trabajadores ejecutar cualquier acto que ponga en peligro su seguridad, la de sus compañeros de trabajo, la del patrono o la de terceras personas, o que amenace o perjudique las máquinas, los elementos o la fábrica, establecimiento, taller o lugar donde el trabajo se desempeña; faltar al trabajo sin causa justificada o sin permiso del patrono; disminuir intencionalmente el ritmo de ejecución de su trabajo o suspender labores, aunque permanezcan en sus puestos, a menos que tal suspensión se deba a huelga declarada y notificada legalmente, en cuyo caso deberán abandonar el lugar del trabajo; promover suspensiones intempestivas del trabajo o excitar a la declaración o al mantenimiento de huelgas ilícitas, aunque no participen en ellas; y coartar la libertad ajena para trabajar o no trabajar, o para afiliarse o no a un sindicato, o permanecer en él o retirarse de él.

También es cierto que el artículo 48 del mismo decreto estatuye como causas justas para dar por terminado el contrato de trabajo, sin previo aviso, por parte del patrono, las que contempla en sus ordinales 2º, 3º y 8º citados junto con el 4º por el recurrente, o sean, toda falta de honradez y todo acto de violencia, injurias, malos tratamientos, o grave indisciplina, en que incurra el trabajador, durante sus labores o fuera de ellas, en contra del patrono, de los miembros de su familia, de sus representantes o directores, socios, jefes de taller o demás trabajadores del establecimiento y cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones consignadas en los artículos 28 y 29 del mismo decreto, o cualquier falta grave calificada como tal en las convenciones colectivas, en los contratos individuales o en los reglamentos internos aprobados por las autoridades del ramo, siempre que el hecho esté debidamente probado y que en la aplicación de la sanción se sigan las correspondientes normas de la ley, la convención o el reglamento interno.

Por otra parte, el artículo 78 aparte c) del Decreto 2313 de 1946 dice que son justas causas para autorizar el despido, traslado o desmejoramiento de un trabajador amparado por el fuero sindical, todas aquellas que permiten al patrono dar por terminado unilateralmente cualquier otro contrato de trabajo de acuerdo con la ley.

Además, es evidente que el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945 consagra la condición resolutoria en los contratos de trabajo, por incumplimiento de cualquiera de las partes a lo pactado y que el 40 de la misma ley, en su párrafo 1º dispone que el Juez del Trabajo

autorizará el despido definitivo de un trabajador amparado por el fuero sindical si se comprobare la justa causa invocada por el patrono.

De todo lo anterior se concluye que un asalariado que goce de la protección especial que se denomina "fuero sindical" y en virtud de la cual no puede ser despedido por su patrono sino con permiso del Juez del Trabajo, sí puede serlo cuando se acredita una justa causa de las señaladas por la ley y que ya se dejó visto en qué consisten para los efectos de este recurso y de acuerdo con las disposiciones legales citadas por el recurrente. Por lo mismo, cuando se demuestra una de esas justas causas, el Juez debe conceder el permiso, está en la obligación de otorgarlo, porque no es esa una atribución facultativa suya o que quede a su libre arbitrio, sino que está sujeta a la comprobación de la existencia de uno de esos motivos legales de despido, de modo que si aparece acreditado alguno no debe ni puede denegar la autorización correspondiente, sin violar la ley u oponerse ostensiblemente a ella.

Se trata de saber en concreto si se demostró la existencia de alguna o varias de las causales de despido invocadas por la empresa para solicitar y obtener el permiso judicial que dio origen al litigio. Es decir, si los diez trabajadores de que trata esa petición suspendieron labores sin que fuera por motivo de huelga legalmente declarada y notificada o si promovieron suspensiones intempestivas del trabajo o excitaron al resto del personal de la "Avianca" a la declaración o el mantenimiento de un huelga ilícita, o coartaron la libertad ajena para trabajar.

De acuerdo con la situación de hecho ya analizada en este fallo no existe duda para el Tribunal Supremo de que los diez miembros de la directiva del Sindicato de Trabajadores de la Avianca realizaron varios actos de los que constituyen justa causa para que el patrón dé por terminados sus contratos de trabajo y, por lo tanto, para que el Juez conceda el permiso correspondiente para despedirlos por estar amparados por el fuero sindical.

En efecto, está demostrado que al adherirse al llamado "paro nacional" del 13 de mayo de 1947 suspendieron labores con tal motivo en ese día, sin que ese paro fuese una huelga declarada y notificada legalmente, dada la diferencia ya analizada entre una y otra suspensión de labores, es decir, la cesación de actividades no obedeció a una verdadera huelga declarada y notificada con las for-

malidades legales. Y no había necesidad de que ese paro fuese declarado ilegal por la justicia del trabajo, porque como lo dice el mismo apoderado de los trabajadores, sólo las "huelgas" deben obtener esa calificación, pues los "paros" o cesaciones sin huelga del trabajo se aprecian por el Juez para los efectos de conceder o denegar el permiso para despedir a los amparados por el fuero, o en el expediente sobre reclamación de prestaciones y salarios del trabajador no amparado por el fuero, cuando formule reclamación contra el despido de su patrón. En todo caso, cuando ocurre una cesación o suspensión de labores por parte del trabajador sin motivo justificado, la ley le dá al patrono el derecho de terminar el contrato de trabajo, sin necesidad de permiso especial del Juez, sin que sea preciso calificar previamente esa cesación o paro de ilegal, salvo cuando el asalariado está protegido por el fuero sindical, porque en este caso debe obtener el permiso para despedirlo pero no una calificación de su cesación de trabajo como "huelga".

Fuera de lo anterior, el ordinal 6º del artículo 29 del Decreto 2127 de 1945 prohíbe a los trabajadores suspender labores, a menos que se trate de huelga declarada y notificada legalmente y aun en este caso deben abandonar el lugar del trabajo. Luego sólo permite esa suspensión cuando se trate de una huelga declarada y notificada en legal forma. Por consiguiente, cuando se trate de una suspensión colectiva de actividades de los trabajadores de una empresa, deben demostrar, para justificar esa cesación de trabajo, que lo hicieron por existir una huelga declarada y notificada con el lleno de los requisitos legales. Lo contrario sería autorizar la suspensión de labores a voluntad de los trabajadores, es decir, aceptar la contravención facultativa de su obligación primordial de trabajar, sin sanciones ningunas o, al contrario, ante la indiferencia de la ley o de las autoridades. Y esta conclusión sería absurda en su sólo enunciado y contraría al texto mismo del ordinal 6º citado y a su propio espíritu.

Además, promovieron esos trabajadores una suspensión intempestiva del trabajo en la empresa. Intempestiva quiere decir fuera de tiempo, según la acepción literal del vocablo, de modo que el paro de la Avianca el 13 de mayo es o fue de esa naturaleza porque en una empresa de servicio público no hay lugar, tiempo u oportunidad de una cesación colectiva de trabajo o huelga, por mandato de la Constitución Nacional y de la Ley, y, tampoco pueden individualmente suspender labores los asalariados en esas y en todas las em-

presas, porque lo prohíben sus contratos de trabajo de acuerdo con las normas legales vigentes.

Pero si se toma la palabra "intempestivo" en el sentido del lenguaje común, esto es, con el significado de sorpresivo, se tiene que el paro en la Avianca lo fue de esa naturaleza porque sólo la víspera de realizarse se avisó a la empresa de su decisión de llevarlo a cabo.

Por otra parte, si se aceptaran las conclusiones de los fallos de las instancias se llegaría al absurdo de considerar que, de acuerdo con la Constitución y la ley no puede haber huelga en las empresas de servicio público pero sí cesaciones intempestivas de trabajo, suspensiones de labores, es decir, paros. Lo que pecaría contra la misma Carta y las normas legales, pues su espíritu ha sido y es el de que las actividades de las empresas de servicio público no se suspendan, ni aún con la huelga, dado el interés colectivo o social que está comprendido en sus labores. Luego, menos pueden suspenderse los trabajos en ellas o aceptarse que en el fondo se infrinja ese claro espíritu de la Carta y de la ley para autorizar o tolerar un paro. Y si se produce la suspensión de labores sin causa justa, aun por un solo trabajador, se está incurriendo en violación de claros deberes legales y del contrato individual y en flagrante trasgresión de prohibiciones también consagradas en el contrato y en la ley, que dan derecho al patrono para despedir a ese asalariado si la infracción o transgresión es grave.

No puede aceptarse la tesis del Tribunal Seccional de que el paro no fue intempestivo porque sólo el personal sindicalizado o el de la directiva de la organización de los trabajadores dejó de concurrir a su trabajo el 13 de mayo, es decir porque no se produjo la suspensión de actividades en toda la empresa o de todos los trabajadores, por no ser ese el sentido de la norma legal al respecto. Basta, en efecto, que un solo trabajador deje de cumplir con su obligación de trabajar, sin causa justificativa como enfermedad etc., para que, si la falta es grave, pueda el patrono terminar su contrato unilateralmente, y sin previo aviso y sin pago de prestaciones o indemnizaciones de ninguna clase. Luego, el Decreto 2127 de 1945, que consagra esa prohibición de faltar al trabajo o de suspender labores o de excitar a huelgas ilegales, que se refiere al contrato individual de trabajo, es aplicable a cada trabajador en particular por razón de su propia relación de trabajo y a todos en general cuando ellos se ponen en pugna con las normas legales que regulan

sus respectivos contratos individuales o con las estipulaciones de sus mismos convenios de trabajo.

Tampoco puede aceptarse la argumentación del apoderado de la parte opositora en el recurso, en el sentido de que por intempestivo lo repentino, inusitado o inesperado, la ley ha querido que los patronos tengan conocimiento de la fecha en que un cese colectivo de actividades va a efectuarse a fin de que puedan tomar las medidas necesarias para evitar perjuicios, de donde colige que el fundamento de la disposición es el de evitar perjuicios. Y agrega: "Cuando no hay perjuicios sufridos, no puede alegarse ésta como causal de despido justificado". El Tribunal Supremo no puede competir esta tesis, porque la disposición legal prohíbe la suspensión intempestiva de trabajo, sin sujetarla o no a la existencia consecuencial de perjuicios. Es la cesación de trabajo fuera de tiempo, sin causa justa, la que se está prohibiendo y sancionando, pero sin que la norma legal que tal cosa estatuye hable de perjuicios o la condicione a la existencia de un daño. El deber de trabajar que ha contraído un asalariado frente a su patrón no puede violarse, es la norma general que consagra la ley, porque el contrato debe ejecutarse de buena fe. Mas no puede aceptarse que ese deber se quebrante por el trabajador voluntariamente, sin motivo justo, y que sólo sea sancionable o censurable o ilegal su cesación de trabajo cuando cause perjuicios.

Por otra parte, se ha dicho por el representante de los trabajadores que los diez asalariados no promovieron el paro sino que se adhirieron al decretado por la Confederación de Trabajadores de Colombia. Pero tampoco es aceptable este argumento porque de la Resolución sindical atrás vista se deduce que los miembros que la suscribieron promovieron el paro en la empresa. Es decir, la C. T. C. promovió el paro en el país, pero el Sindicato de Trabajadores de la "Avianca" con su Resolución del 12 de mayo lo promovió en la empresa. De otro modo no se explicaría que hubiera proferido ese acto, y expedido un Boletín que tenía por objeto excitar a los trabajadores de la "Avianca", a suspender labores el 13 de mayo de 1947 durante 23 horas. Ahora bien, la prohibición legal de promover suspensar labores se refiere a las de las empresas respectivas, es decir, que se prohíbe promover esa cesación de actividades en la empresa en donde los trabajadores prestan sus servicios. Por consiguiente, si los diez trabajadores que constituyen la parte opositora promovieron en su empresa esa suspensión, incurrieron en la transgresión de esa prohi-

bición, y violaron también sus respectivos contratos individuales de trabajo.

Como en el juicio y en este recurso extraordinario no se planteó o quedó sub judice la consideración de que el "paro del 13 de mayo hubiese sido una "huelga", no caben aquí razonamientos en el sentido de que se trató con aquel movimiento de un abuso del derecho de huelga, que puede presentarse fácilmente y es rechazado por la doctrina, principalmente con los conocidos argumentos del autorizado tratadista Jossierand. Pero no siendo "huelga" ese "paro", no puede el Tribunal entrar a exponer nada sobre el particular, pues una cosa es el abuso de un derecho y otra muy distinta la violación de un deber legal y de una obligación de los contratos individuales. Aquel es un derecho del cual puede abusarse, en cambio en éste no existe un derecho a suspender labores, sino una violación de claros deberes legales y contractuales.

Por último, y sin que este nuevo hecho fuese necesario para resolver el presente recurso, dada la comprobación de los actos ya analizados, es conveniente destacar que varios de los trabajadores de la directiva sindical, como los señores Aguilar, Barreto, Torres, Bernal, López, Cardona y Cervantes, se presentaron a las oficinas de la empresa a excitar a los demás trabajadores que no habían querido cesar en sus labores el día del paro, a que dejaran de trabajar y aún a tratar de impedir el desarrollo normal de sus actividades con lo cual infringieron la ley y sus propios contratos individuales de trabajo.

Todos los hechos anteriores, especialmente los que se analizaron en los párrafos precedentes, son en verdad graves porque tuvieron por finalidad la de suspender las actividades de toda la empresa y porque se trataba de un servicio público que no puede interrumpirse. De allí que sean suficientes para que el patrón declare terminados los contratos individuales de trabajo de quienes tomaron parte en ese movimiento, sin previo aviso y sin derecho a prestaciones o indemnizaciones legales, según lo autorizan las normas positivas vigentes. Por lo mismo, es motivo suficiente para que la justicia del trabajo conceda permiso al patrón para dar por terminados los contratos con los trabajadores amparados por el fuero sindical.

Como no lo estimó así el Tribunal Seccional, violó las disposiciones legales atrás analizadas, que citó el recurrente en este cargo, por falta de aplicación siendo el caso de hacerlo, y debe, en tal virtud, cassarse el fallo recurrido.

Al dictar el de instancia que reemplace al que va a infirmarse, se revocará el del Juez de primer grado por no haber concedido la autorización de despido solicitado por la empresa, con violación también en las normas legales aquí consideradas, y, en su lugar, se otorgará el permiso pedido, por reunir los requisitos legales al efecto.

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 por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá de que trata este recurso, REVOCA la de primera instancia y, en su lugar, CONCEDE autorización a la empresa Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca)", sociedad anónima domiciliada en Bogotá, para despedir definitivamente a los siguientes trabajadores de la misma, amparados por el fuero sindical: Héctor Aguilar, Hernando Díaz, Ramón Barreto A., Gustavo Cepeda, Carlos A. López, Jaime Torres, Adriano Bahamón, Ignacio Bernal, Eliseo Cervantes R. y Omar Cardona.

El Juzgado del conocimiento procederá a devolver a la empresa citada las sumas que hubiere consignado como caución para la tramitación de su solicitud de despido.

Sin costas.

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

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

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR. BRAVO

Considero que es necesario distinguir entre los actos sindicales y los actos imputables a alguno o algunos de los directores o afiliados a un sindicato, en particular. Desde luego, tanto los unos como los otros pueden implicar la violación de normas legales. Pero si el acto constitutivo de la transgresión emana del sindicato, la responsabilidad no recae sino sobre éste. Sólo en el caso de que sea imputable personalmente a alguno de sus directores o afiliados, como si se arrogan facultades que no tienen o atribuyen a la asociación decisiones que ésta no ha tomado oficialmente, conforme a la ley o a los estatutos, la responsabilidad no es de la persona jurídica sino de la res-

pectiva persona natural. Así está previsto en los artículos 42 y 43 del decreto 2313 de 1946.

Creo que ni la resolución tomada por el sindicato de trabajadores de la empresa "Avianca", transcrita en la nota N° 180 del 12 de mayo de 1947 ni el "Boletín" ue sirven de base principal a la tesis sustentada por la mayoría del Tribunal Supremo, pueden tomarse como actos individuales de los trabajadores para cuyo despido solicita permiso la mencionada empresa, ya que no se demostró que quienes suscribieron tales documentos obraron sin autorización de la Asamblea General del Sindicato o fuera de los estatutos de éste.

En cambio, me parece que las declaraciones en que se hacen cargos a siete de los dirigentes sindicales, consistentes en que incitaron de palabra y de obra a la suspensión del trabajo, sí acreditan la infracción de sus deberes y obligaciones contractuales y son suficientes para que respecto de ellos se conceda el permiso de despido, mas no sin derecho al auxilio de cesantía, prestación ésta que no se pierde, cualquiera que sea la causa del retiro, conforme al artículo 1º de la Ley 65 de 1946.

Por las razones anteriores disiento muy a pesar de la opinión de la mayoría del Tribunal Supremo.

Diciembre diecisiete de mil novecientos cuarenta y ocho.

Luis Alberto Bravo. — Guillermo Martínez R., Secretario.

NOTA:

Se insertan en este número algunas importantes providencias dictadas por el Tribunal Supremo del Trabajo el año de 1947, cuya publicación se omitió en el volumen correspondiente a ese año, número 5 a 16.

LA REDACCION.

SUSTITUCION DE PATRONO



Conforme al inciso final del artículo 8º de la Ley 6ª de 1945, "la sola sustitución del patrón no extingue el contrato de trabajo". La venta, cesión o traspaso de una empresa o establecimiento no tiene como consecuencia necesaria la ruptura de las relaciones de trabajo existentes en el momento de operarse el cambio de dueño o empresario. La ley dispone claramente que el nuevo patrón se subroga en los derechos y obligaciones del anterior, derivados de los contratos de trabajo que éste hubiere celebrado. Si no hay solución de continuidad en la prestación de servicios para parte de los empleados u obreros, ni alteración de la unidad económica de la empresa, es lógico que pesen sobre la última las cargas sociales impuestas por la ley u originadas en convenciones colectivas o en otra fuente cualquiera de las que reconoce el derecho del trabajo. Quizá no sea adecuado jurídicamente hablar de un derecho real del trabajador sobre los bienes de la empresa, pero en todo caso entre ésta y aquél ha surgido un vínculo estable que no se afecta por los cambios que ocurran en el dominio o dirección del negocio. La ley le atribuye un carácter personal a la responsabilidad por créditos de trabajo, pero limita a un término prudencial la que corresponde al anterior patrón respecto de las obligaciones nacidas antes de la venta, cesión o traspaso.

Pasado el año siguiente a la fecha de la sustitución, de acuerdo con el artículo 8º, inciso final, de la Ley 6ª de 1945, el patrón sustituido queda enteramente desligado de la empresa, esto es, cesa su responsabilidad personal para con los trabajadores de aquélla, quienes en lo sucesivo no pueden exigir sino del sustituto el cumplimiento total de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo tanto de las nacidas antes de la sustitución como de las nacidas posteriormente.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Bravo)

Bogotá, junio veintiseis de mil novecientos cuarenta y siete.

Florentino y Gabriel Londoño, según afirman en demanda presentada ante el Juez Civil del Circuito de Agua de Dios, prestaron sus servicios como “matarifes” de ganado mayor en el negocio o empresa que el señor Gregorio Robayo (ya fallecido) tenía establecido en dicho lugar. El primero comenzó a trabajar en enero de 1930 y el segundo en enero de 1932, y ambos desempeñaron continuamente su empleo hasta la fecha en que el señor Robayo vendió el negocio al señor Jesús A. Giraldo R. Sus funciones consistían principalmente en trasladarse a finca del señor Robayo y “conducir con la pericia necesaria al matadero público la res que diariamente tenía que apegarse para ser sacrificada y dada al expendio”, funciones estas que ejecutaban no solamente en los días comunes sino también en los domingos y demás días de fiesta.

Cada uno de los demandantes recibía un salario de \$ 2.55 diarios.

Florentino y Gabriel Londoño dicen que al vender Robayo el negocio “con todos sus accesorios y demás menaje”, no se les dio ningún aviso por parte de éste, habiendo continuado al servicio del nuevo empresario en las mismas condiciones anteriores. Consideran que el señor Robayo rompió tácitamente desde el momento de la venta el vínculo contractual, sin cubriles las prestaciones sociales a que creen tener derecho, y en consecuencia reclaman a los herederos del extinto el pago de los salarios correspondientes a los días domingos y demás de fiesta, con base en los artículos 5º de la Ley 57 de 1926, 143 del Decreto 190 de 1939 y 1º de la Ley 35 de 1939.

La demanda fue dirigida contra el Presbítero doctor Marco Ananías Robayo y la señora Emiliana Flechas v. de Robayo, quienes al contestarla propusieron las excepciones de declinatoria de jurisdicción, inepta demanda y prescripción que sustentaron así:

DECLINATORIA O INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

“La Ley 6ª de 1945 instituyó la jurisdicción del trabajo para decidir controversias de este linaje: esa jurisdicción se ejerce por Jueces de trabajo, Tribunales y Cortes de Trabajo y viene funcio-

nando hace varios meses en la República, con el radio de acción y el procedimiento que determinan decretos ejecutivos dictados en desarrollo del precepto legal. Y tales Jueces conocen de modo privativo, con exclusión de cualesquiera otros, de la materia propia de esta acción, pues la ley orgánica derogó las normas anteriores inclusive el artículo 1º de la Ley 45 de 1939”.

Inepta demanda. “No sólo por falta de requisitos peculiares sino porque viene dirigida contra persona distinta de la obligada a responder. En efecto: confiesan los demandantes que en relación con la empresa donde trabajaban, ha habido sustitución de patrón o titular y es sabido que éste es un mero accidente, que lo sustancial y perdurable es la empresa y que ésta es subjetivamente responsable. Y no cabe en este caso la solidaridad entre el sustituido y el sustituto, que se extinguió por el simple transcurso de un año, cual lo preceptúa la nueva ley. Consecuencialmente el causante señor Gregorio Robayo, ni sus herederos, tienen vinculación jurídica alguna con los demandantes por el aspecto que el libelo determina”.

Prescripción. “Los demandantes cobran prestaciones patronales a partir del año de 1930, es decir, hace quince años y es sabido que la prescripción que extingue el derecho a cobrar esas prestaciones patronales es la de corto tiempo derivada del principio establecido en el artículo 2543 del C. C., o sea la de dos años, que para casos especiales se extiende a cuatro años (artículo 4º Ley 165 de 1941”).

Surtidas las audiencias, en las que se tomaron las declaraciones de varios testigos llevados por el demandante, el Juez del Circuito dictó sentencia de primera instancia en la que declaró improcedentes las excepciones propuestas. La declinatoria o incompetencia de jurisdicción, en atención al artículo 60 de la Ley 6ª de 1945, toda vez que en el circuito de Agua de Dios no funciona Juzgado del Trabajo. La de inepta demanda, por considerar “que precisamente por haber transcurrido el año que el excepcionante menciona, se ha extinguido la solidaridad de que habla, entre el sustituido y el sustituto, quedando únicamente como obligado a responder de las cargas por prestaciones sobre la empresa, debidas con anterioridad a la extinción de tal año, el sustituido, es decir, el patrón anterior, hoy causante señor Gregorio Robayo, según lo establecido en el artículo 54 del Decreto 2127 de 1945”. La de prescripción, porque “no habiendo interrupción en el servicio prestado no ha empezado a correr el tiempo de prescripción para cobrar el doble salario a que da lugar

el trabajo en los domingos y días feriados, admitiendo sí la acumulación, ya que ninguna causal extraordinaria se ha presentado que afecte a los reclamantes, pues la empresa no se ha extinguido, ni se ha prescindido de los servicios de ellos por motivo legal alguno ni por petición voluntaria. En caso de aceptarse el cambio de patrón en la empresa, no ha corrido más de un año a partir del trabajo y apenas estaría iniciado el término legal de prescripción”.

Sin embargo, el Juez negó las peticiones de la demanda fundándose en que no se probó la personería sustantiva de la parte demandada pues no se allegó la partida de defunción del señor Gregorio Robayo ni se acreditó la calidad de representantes de la sucesión que tuvieran los demandados.

Por vía de apelación el asunto subió al Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá y éste revocó el fallo de primera instancia y en su lugar condenó a Marco Ananías Robayo y Emiliana Flechas v. de Robayo, como representantes de la sucesión de Gregorio Robayo, a pagar a cada uno de los señores Gabriel y Floro (sic) Londoño la suma de \$ 582.95 por concepto de trabajo ejecutado en días domingos y de fiesta nacional.

El Tribunal acogió, por encontrarlas “poderosas y jurídicas” las razones que adujo el fallador de primera instancia para declarar no probadas las excepciones de declinatoria de jurisdicción y de inepta demanda; modificó la declaración relativa a la prescripción, y en cuanto a tesis de fondo de la sentencia recurrida consideró que los demandantes no estaban obligados a demostrar que las personas naturales que señalaron como representantes de la sucesión lo fueran en realidad y que, además, el hecho de haber comparecido éstos al juicio sin hacer objeción al respecto, antes bien contestado la demanda, nombrando apoderado especial por medio del cual hicieron uso de repreguntar a los testigos en la audiencia, alegando en conclusión y notificándose de la sentencia, implica aceptación del resultado eventual de la decisión judicial, por lo cual no puede desestimarse la acción intentada.

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

En su demanda de casación formula el recurrente varios cargos, uno de los cuales, el de ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva por interpretación errónea, se encuentra fundado, y por tanto el Tribunal Supremo concreta a éste su estudio, sin considerar los restantes (Artículo 538 del C. J.).

Asevera el recurrente que la providencia acusada contraría lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 8º de la Ley 6ª de 1945, que dice así:

“La sola sustitución del patrón no extingue el contrato de trabajo. El sustituido responderá solidariamente con el sustituto, durante el año siguiente a la sustitución, por todas las obligaciones anteriores”.

“El señor Gregorio Robayo fue dueño de un establecimiento comercial de expendio de carnes y sacrificio de ganado, empresa que tenía como radio de acción la ciudad de Agua de Dios y que evidentemente funcionaba ya el año de 1930, cuando los demandantes aseguran que comenzaron a prestar servicios bajo la dependencia de aquél. Pero Robayo vendió y transfirió todos sus derechos en el negocio mencionado al señor Jesús Antonio Giraldo R., actual propietario del mismo, quien continuó su explotación, conservando en sus empleos a los señores Londoño, según se deduce de la manifestación consignada por los propios actores en su libelo de demanda, como también de la afirmación de los demandados al corrérseles el traslado, manifestaciones que —añade el recurrente— encuentran su plena confirmación en la escritura pública número 261 de fecha 1º de junio de 1944 de la Notaría del Lazareto de Agua de Dios, que acompaña a la demanda de casación para que sea agregada al expediente.

El legislador creó la solidaridad entre sustituido y sustituto para que dentro de un tiempo determinado respondieran de las obligaciones nacidas en favor de sus trabajadores durante el lapso anterior al traspaso. El objeto de dicha solidaridad es el de impedir que por medio de sustituciones simuladas o reales se desconozca el derecho de los trabajadores que tienen vínculos contractuales con la empresa, causa de la sustitución. Y su consecuencia es la de que el contrato o contratos de trabajo no se extinguen, ni se pierden tampoco los salarios y prestaciones que se derivan de ellos. Pero es necesario al efecto que no se deje transcurrir el plazo de un año de que trata la ley, pues de lo contrario la responsabilidad del sustituido desaparece y entonces los trabajadores sólo pueden incoar las acciones para el pago de dichas prestaciones contra el sustituto, “puesto que la solidaridad creada y señalada por la ley ha prescrito en favor del sustituido.

En el caso materia de este juicio, el señor Robayo fue dueño de la empresa hasta el 1º de junio de 1944, de donde concluye el recu-

rrrente que la solidaridad de que habla la ley feneció el 2 de junio de 1945, día hasta el cual podían los señores Londoño reclamar de aquél el valor de los salarios correspondientes a dominicales y días de fiesta. De esa fecha en adelante cesó ipso facto la responsabilidad de Robayo y se radicó exclusivamente en cabeza del sustituto señor Giraldo.

Los actores no pueden argumentar que ignoraran la sustitución habida entre el señor Robayo y el señor Giraldo, porque de una parte tal acto se llevó a cabo por instrumento público, y por otra en una población tan pequeña y de comercio tan reducido los señores Londoño fácilmente pudieron conocer el hecho.

Erró también el juzgador al estimar que el Decreto 2127 de 1945 estableció el año únicamente respecto de la solidaridad entre sustituto y sustituido y que a su vencimiento correspondía responder de las obligaciones de éste. Esa interpretación, dice el recurrente, invierte el espíritu de la ley misma, atropellando la equidad y la justicia social, pues no es posible atar indefinidamente al patrón sustituido por causa de prestaciones sociales habidas con anterioridad a la sustitución. "El plazo del año que la ley fijó para la solidaridad de los patronos sustituido y sustituto, es una especie de término para que aquél saneé a éste de la cosa vendida en cuanto hace relación con prestaciones sociales habidas con anterioridad a la sustitución y que el sustituido deba a los trabajadores. Si el causante de mis mandantes hubiera liquidado la empresa y no la hubiera transferido al señor Giraldo, entonces sí los actores podrían cobrar de aquél o sus herederos el pago de sus prestaciones sociales. Pero como hubo la tal sustitución se tendrán que sujetar a lo dispuesto en la Ley 6ª y su decreto reglamentario, esto es, demandando al actual patrón".

Se considera:

Conforme al inciso final del artículo 8º de la Ley 6ª de 1945, "la sola sustitución del patrón no extingue el contrato de trabajo". La venta, cesión o traspaso de una empresa o establecimiento no tiene, pues, como consecuencia necesaria la ruptura de las relaciones de trabajo existentes en el momento de operarse el cambio de dueño o empresario. La ley dispone claramente que el nuevo patrón se subrogue en los derechos y obligaciones del anterior, derivados de los contratos de trabajo que éste hubiere celebrado. Es lógico que si no hay solución de continuidad en la prestación de servicios por parte de los empleados u obreros, ni alternación de la unidad económica de la empresa, pasen sobre la última las cargas sociales impuestas por

la ley u originadas en convenciones colectivas o en otra fuente cualquiera de las que reconoce el derecho del trabajo. Quizá no sea adecuado jurídicamente hablar de un derecho real del trabajador sobre los bienes de la empresa, pero en todo caso entre ésta y aquél ha surgido un vínculo estable que no se afecta por los cambios que ocurran en el dominio o en la dirección del negocio. La ley le atribuye un carácter personal a la responsabilidad por créditos de trabajo, pero limita a un término prudencial la que corresponde al anterior patrón respecto de las obligaciones nacidas antes de la venta, cesión o traspaso. En efecto, el mismo inciso final del artículo 8º de la Ley 6ª de 1945, dice:

“El sustituido responderá solidariamente con el sustituto, durante el año siguiente a la sustitución, por todas las obligaciones anteriores”.

En consecuencia, pasado el año siguiente a la fecha de la sustitución, el patrón sustituido queda enteramente desligado de la empresa, esto es, cesa su responsabilidad personal para con los trabajadores de aquélla, quienes en lo sucesivo no pueden exigir sino del sustituto el cumplimiento total de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo tanto de las que nacieron antes de la sustitución como de las nacidas posteriormente.

Se ha creído que el artículo 54 del Decreto 2127 de 1945 lleva a una conclusión distinta. El texto de dicho artículo es como sigue:

“En todo caso de sustitución de patronos, el sustituto responderá solidariamente con el sustituido, durante el año siguiente a la fecha en que se consume la sustitución por todas las obligaciones anteriores, derivadas de los contratos de trabajo o de la ley. De las obligaciones que nazcan de dicha fecha en adelante, responderá únicamente al patrono sustituto”.

Como se ve, esta disposición nada añade a la de la ley que reglamenta, a parte de la obvia adición que hace en el sentido de que las obligaciones nacidas después de la fecha en que se consume la sustitución, son únicamente de cargo del patrono sustituto.

Pero no dijo el mencionado artículo que vencido el año en que el sustituido responde solidariamente con el sustituto, éste deje de ser responsable y aquél vuelva a serlo, de las obligaciones anteriores a la sustitución. Ni hay razón de orden lógico o jurídico para sostener que la responsabilidad del primero atenuada por motivo de la venta, cesión o traspaso, se aumenta después de transcurrir un año y recobra las proporciones que tenía cuando era dueño de la empresa.

Quizá sea injusto e inconveniente en algunos casos hacer responsable al sustituto de obligaciones que adquirió y no cumplió oportunamente el sustituido, tanto más si se tiene en cuenta que el término de la responsabilidad solidaria del segundo es muy inferior al de la prescripción de las acciones establecidas en favor del trabajador. Sin embargo, este es un problema ajeno a la legislación del trabajo, pues concierne sólo a las relaciones entre compradores y vendedores, que caen en el campo del derecho civil.

“... En caso de enajenación o reorganización de la empresa —dice el doctor Luis Felipe Latorre— entre antiguo y nuevo empresario deben definirse, al tiempo de aquellos cambios, todas las cuestiones tocantes al negocio o industria, entre las cuales deben contarse las relativas a la situación jurídica de empleados y obreros, cuya suerte no puede ser igual a la de los semovientes de una hacienda que le sirven a un dueño, siguen sirviéndole al otro y ninguno de los dos piensa en los derechos de aquéllos”. (Cuadernos Jurídicos, Nº 2, pág. 45).

En la Ley Federal del Trabajo de México, de donde parecē haber sido tomado el precepto correspondiente de la ley colombiana, se encuentra el artículo 35 que dice:

“La sustitución del patrono no afectará los contratos de trabajo existentes. El patrón sustituido 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 concluido este plazo subsistirá únicamente la responsabilidad del nuevo patrón”.

La Suprema Corte de Justicia de ese país —Sala Cuarta— en varias sentencias que cita Mario de la Cueva en su obra “Derecho Mexicano del Trabajo” y que en parte se transcriben a continuación, ha fijado con mucho acierto el alcance del referido artículo:

“Para que exista la sustitución de patrono es requisito indispensable que una negociación, considerada como unidad económico-jurídica, se transmita de una persona a otra en forma tal, que el patrimonio, como unidad, o parte del mismo que, a su vez, constituya una unidad de la misma naturaleza económico-jurídica, pase a ser el patrimonio o parte del patrimonio de otra persona; o lo que es lo mismo, se requiere que esa unidad económica, como tal pase a una nueva persona, puesto que la sustitución de patrono no es sino la transmisión de un conjunto de bienes que salen de un patrimonio para entrar en otro y la cual, por implicar precisamente una

transmisión de unidad económica, produce un doble efecto, consistente el primero, en que las relaciones de trabajo permanecen intactas como si no se hubiera efectuado transmisión, en atención a que en ésta no son parte de los trabajadores y, consiguientemente, no pueden afectarse sus derechos, y el segundo en que el nuevo patrono responde, en los términos del artículo 35 de la Ley Federal del Trabajo, por las obligaciones existentes a favor de los trabajadores, lo que, a su vez, no es sino una transmisión de obligaciones como consecuencia de la necesidad de garantizar los salarios de los obreros...". "Si el artículo 35 determina la responsabilidad del patrono sustituto, limita dicha responsabilidad a los actos anteriores a la sustitución y a los posteriores ejecutados por él, pues, de lo contrario, se le haría responsable, no sólo por esos actos, sino además, por los que en el futuro pueda cometer el dueño de la negociación total, persona distinta sobre la que no pueda ejercer ninguna vigilancia, con la circunstancia de que el patrono sustituto, si bien al efectuarse la transmisión puede investigar la responsabilidad que en ese momento exista y calcular, en esas condiciones la conveniencia de efectuar la operación, está totalmente impedido para prever actos futuros de su vendedor que podrían si se admitiera la sustitución, redundar en su perjuicio". (Ejecutoria del 12 de febrero de 1936).

"La solidaridad de patronos a que se refiere el artículo 35 de la Ley Federal del Trabajo, sólo existe respecto del patrono sustituto en relación con las obligaciones contraídas por el patrono sustituido con los obreros, pero no en cuanto a las obligaciones que contraiga aquél después de la sustitución, de cuyas obligaciones no puede ser responsable el patrono sustituido". (Ejecutoria del 13 de enero de 1937).

"Al establecer el expresado precepto la responsabilidad solidaria para el patrono sustituido durante seis meses ello significa que es tan sólo durante ese plazo que se le puede exigir, en su carácter de deudor solidario, el pago de las responsabilidades correspondientes y transcurrido el cual, queda totalmente liberado". (Ejecutoria del 28 de octubre de 1936).

El Tribunal fallador no se pronunció en forma directa acerca de este punto, pero acogió la tesis sostenida por el Juez de primera instancia, conforme a la cual" por haber transcurrido el año que el excepcionante menciona, se ha extinguido la solidaridad de que habla, entre el sustituido y el sustituto, quedando únicamente como

obligado a responder de las cargas por prestaciones sobre la empresa, debidas con anterioridad a la extinción de tal año, el sustituido, es decir el patrón anterior, hoy causante señor Gregorio Robayo, según lo establecido en el artículo 54 del Decreto 2127 de 1945". Incidió así en la errónea interpretación de que se le acusa.

Se acepta, pues, el cargo, no sin advertir que las disposiciones estudiadas no eran aplicables al caso como se verá adelante.

En consecuencia se infirmará el fallo recurrido.

Esta corporación procede a decidir lo pertinente como tribunal de instancia, y al efecto considera:

Según lo manifiestan en la demanda los señores Florentino y Gabriel Londoño, el señor Gregorio Robayo vendió la empresa al señor Jesús A. Giraldo R., quien conservó en sus empleos a aquellos.

El respectivo contrato de venta se celebró aproximadamente el 20 de mayo de 1944, conforme a la manifestación hecha por los demandados al contestar la demanda (folio 6) y en todo caso antes del 24 de octubre de ese año, día en que falleció el vendedor señor Robayo, de acuerdo con el certificado del Notario de Agua de Dios, visible al folio 30 del cuaderno principal.

La Ley 6ª de 1945, cuyo artículo 8º estableció la responsabilidad solidaria del patrón sustituido con el sustituto, durante el año siguiente a la sustitución, entró en vigencia el 19 de febrero de 1945. Por tanto, ni esta disposición ni la del decreto reglamentario son aplicables, ya que no contemplan una simple regla procesal o una pena por infracción de lo estipulado, únicas hipótesis en las que tienen observancia las leyes posteriores a la celebración del contrato civil, como es el de venta de una empresa (Ley 153 de 1887, artículo 38).

Sin embargo estaba ya consagrado por el artículo 27 del Decreto 652 de 1935, reglamentario de la Ley 10 de 1934, el principio en virtud del cual la sustitución del patrono no extingue el contrato de trabajo, en forma tal que el nuevo patrón, cuando la empresa "haya conservado en sus líneas generales el mismo giro de negocios u ocupaciones", responde de las obligaciones nacidas, antes o después del cambio, en favor de los empleados que continúen a su servicio.

Es con base en dicho precepto como este Tribunal llega a la conclusión de que vendida por el señor Robayo la empresa de sacri-

ficio y expendio de carnes, y habiendo continuado los señores Florentino y Gabriel Londoño al servicio del nuevo patrón, correspondería a éste responder de las prestaciones que se reclaman.

Y como los demandantes dirigieron su acción contra los herederos del señor Robayo, debiendo hacerlo contra el actual propietario del establecimiento señor Giraldo R., es el caso de declarar probada la excepción de inepta demanda, propuesta oportunamente por los demandados.

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 dictada en el juicio por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá el 29 de julio de 1946, y revocando la del Juzgado del Circuito de Agua de Dios, falla este pleito así:

Declárase probada la excepción de inepta demanda por haberse dirigido contra personas distintas de las obligadas a responder.

Sin costas.

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

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

NOTIFICACION

Cuando no se ha notificado personalmente al demandado el auto en que se admite la solicitud de clasificación del trabajador, pero posteriormente a la fecha de esa providencia el propietario de la empresa demandada nombra apoderado, quien hace uso del derecho de designar perito el mismo día, se deduce por este hecho que se ha dado por notificado de la mencionada providencia.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

(Magistrado ponente: doctor Bravo).

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

El trabajador Roberto Gamboa, en escrito sin fecha presentado ante la Oficina del Trabajo de Cundinamarca solicitó que se determinara la condición de empleado u obrero que tuviera como "maquinista fabricante de espermas en la Fábrica "La Luz", de propiedad del señor Pedro Pablo Isaza, de esta ciudad.

Después de que los peritos designados por las partes en los términos de la Resolución N° 8 de 1936 del Departamento Nacional del Trabajo, rindieron su concepto, que no fue uniforme, el Inspector del conocimiento llevó a cabo una visita en la fábrica, donde presenció el trabajo ejecutado por el peticionario en una de las máquinas, habiendo llegado a la conclusión de que en él predominaba el esfuerzo material sobre el intelectual y que por tanto debía clasificársele como obrero.

En este estado, el negocio se envió a los Juzgados del Trabajo de Bogotá, que acababan de iniciar su funcionamiento. Repartido al Tercero, éste continuó tramitándole conforme a la Resolución N° 8 de 1936, sin otra novedad que la celebración de una “audiencia de clasificación”, en la que se decretó, para mejor proveer, una nueva inspección ocular que tuvo el desarrollo y el resultado expresados en el acta que se transcribe a continuación:

“En asocio de las partes mencionadas y del perito nombrado por el trabajador los suscritos Juez y Secretario se trasladaron a la fábrica situada en la carrera 19, número 19-94 y allí el solicitante de la clasificación ejecutó la labor que le está encomendada en la fábrica del manejo de la máquina para la fabricación de espermas. Esta labor se desarrolla así: en un tanque con capacidad aproximada de un metro cúbico, calentando el vapor que vierte directamente sobre el tanque por medio de una tubería conectada a la caldera, productora de este vapor, que se halla bajo la vigilancia y cuidado del operario u operarios encargados de la fabricación de velas de esperma se vierte la mezcla. Esta caldera tiene su calentamiento a base de carbón mineral. En los tanques se vierte la cantidad de estearina y parafina en las proporciones recibidas por el operario del administrador de la fábrica; esta mezcla es derretida por calentamiento al vapor que se le suministra al tanque con la apertura de un grifo colocado en la tubería. Derretidas la esperma y la estearina y naturalmente mezcladas o fundidas, retira el operario la cantidad necesaria para verterla en las máquinas. Esta máquina sobre la cual se ejerce la actividad del operario y de cuyo manejo tiene la responsabilidad y el cuidado, es de construcción metálica y está formada por cuatro cuerpos, así: en la parte inferior, depósito del pabilo acondicionado en forma para recibir cuatrocientos carretes; el segundo cuerpo una plancha con émbolos en número de cuatrocientos, huecos, por donde pasa el hilo o pabilo centrado para la producción de la esperma; un tercer cuerpo compuesto de los moldes de las espermas y la cámara de enfriamiento, ésta conectada a la tubería conductora del agua fría y con escape hacia el desagüe; tanto el agua se le suministra como se le sustrae por medio de grifos corrientes. En la parte superior de la máquina un aparato de madera con prensas metálicas en los extremos para recibir y tener la vela fabricada, que en la fábrica denominan pinzas. La operación ejecutada para la producción que se hizo de cuatrocientas espermas es simple y no

ofrece dificultad ninguna de aprendizaje. En cuanto al manejo técnico de la máquina relativo a las reparaciones necesarias para mantenerla en buen estado de funcionamiento, labor también encomendada al operario, éste puso a la vista del funcionario y el perito presente los moldes de estaño y plomo para el vaciado de la esperma, cuya fabricación le está encomendada. La fabricación de estos moldes la explicó así: en un troquel o molde compuesto de una caja de acero separada en dos partes y un corazón también de acero con la exacta forma de la vela que se ha de producir, debidamente centrado en la caja, se vacía por el orificio el metal fundido, aleación de plomo y estaño. Para la fundición de esta aleación no hay, o no se puso de presente a los funcionarios ningún horno técnico de manejo especial, pero el operario explicó la forma de fundirlo, así: en una cubeta metálica calentada con carbón vegetal se colocan las cantidades de plomo y estaño que se han de mezclar y cuando se ha producido la fundición y se haya licuado la mezcla al máximo calentamiento, es decir: cuando a simple vista adquiere un color brillante azulado, la vierte en el molde y la deja enfriar al aire. Fría ya la caja la abre para sacar el corazón a golpe de martillo, quedando el molde fundido listo para recibir el vaciado de esperma, salvo los desperfectos con que sale del troquel en la tuerca con que se ajusta a la máquina productora de la esperma. Las demás operaciones de cuidado de la máquina consisten en su ajuste, que se opera por medio de tornillos y tuercas originales; ajuste necesario para la fabricación de la esperma, en lo cual el suscrito funcionario no encuentra problema técnico alguno para resolver. Adicional al trabajo del operario en esta máquina y al cuidado y responsabilidad que tiene de ella, se halla el servicio accidental prestado en la caldera, cuya descripción no merece importancia por no ser esta propiamente la máquina donde se ejerce de modo habitual el trabajo del demandante; por otra parte, no es esta una máquina de aquellas que requieren conocimientos para su manejo de tal modo técnicos que impliquen una mayor actividad intelectual sobre el esfuerzo físico.

“Además de lo constatado en la visita ocular de la cual se deja la anterior constancia en esta acta, aparece en el expediente levantado para la calificación del señor Roberto Gamboa como trabajador en la fábrica de espermas “La Luz”, el acta de visita practicada por el Inspector de Trabajo de Cundinamarca el día tres de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco (folio 14), que es francamente desfavorable a la clasificación como empleado del demandante.

“En cuanto a los peritazgos, ellos se produjeron en oportunidad y no se hallaron de acuerdo los peritos nombrados por las partes en cuanto a dicha clasificación. El perito Anatalio Padilla P., designado por el trabajador, en su informe rendido a este despacho (folio 18) dá importancia técnica al arreglo de las válvulas conectadas en trabajo de plomería, éstos son los grifos para los escapes de agua en cuyo arreglo, cuando no es necesario cambiarlas por otras nuevas, no hay operación distinta de la de engrasar o poner la mezcla necesaria para asegurar el ajuste perfecto, no teniendo, pues, esto, importancia técnica. La preparación de los moldes a que también se refiere está examinada su importancia en la relación de la visita practicada por el suscrito funcionario. En cuanto a las mezclas de estearina y parafina para la elaboración de las velas, tampoco tiene intervención el operario, pues éstas las recibe en sus cantidades debidamente pesadas y listas para ser fundidas de la persona encargada de la administración de la fábrica. Por lo expuesto este Juzgado, RESUELVE: Niégase la categoría de empleado particular al señor Roberto Gamboa, trabajador al servicio de la Fábrica de espermas “La Luz” de Bogotá. Su calidad en dicha fábrica es la de simple obrero”.

Por ser desfavorable al trabajador, el Juez dispuso consultar el fallo con el Tribunal Seccional del Trabajo, entidad esta que lo revocó para declarar en cambio que el demandante tiene la calidad de empleado particular para todos los efectos legales.

El Tribunal se fundó en las siguientes consideraciones:

“...El señor Juez ha debido prestar mayor atención a la última parte relacionada con las funciones del señor Gamboa, pues aun cuando es verdad que la primera parte de ellas, esto es, la relativa al manejo de la máquina durante el proceso de fabricación de las espermas, es puramente material pudiéndola ejecutar cualquiera que la observe detenidamente en pocas ocasiones, no ocurre lo mismo en la relacionada con la construcción de los moldes cuando ellos se dañan, pues de acuerdo con lo que el mismo funcionario explica dentro de la visita, esa función hace suponer ciertos conocimientos especiales en el trabajador, como el de la proporcionalidad de los metales que han de componer la aleación, el de la temperatura necesaria para que el producto metálico sea lo suficientemente fuerte, lo cual a su turno implica la existencia de ciertos conocimientos previos donde necesariamente ha debido jugar primordialmente el factor intelectual. Se ocupara Gamboa tan sólo en el

manejo de la máquina que produce espermias mediante el sencillo proceso de que se habló al principio y en el que están conformes todos los experticios y las observaciones de los funcionarios del trabajo, no habría duda alguna de que se trataba tan sólo de un obrero. Pero existiendo como obligación del llamado "maquinista" la de fabricar en el propio taller de la empresa, o en sus mismas dependencias de los sueldos dentro de los cuales se hacen las espermias, por medio del procedimiento que últimamente se ha citado, es necesario concluir que éste desarrolló igualmente una función que es intelectual puesto que presupone en el trabajador la existencia de conocimientos previos que le permiten llevar su trabajo a una práctica eficaz y cumplida. Como es ya tesis repetida y uniforme del Tribunal la de que cuando en el desempeño de un determinado oficio se constata la existencia de una función primordial intelectual, ésta es la determinante y la que ha de servir para configurar la calidad jurídica del trabajador, es necesario persistir en ella por cuanto se ajusta a las disposiciones legales sobre la materia".

Contra esta providencia el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de casación por considerar que implica cuestiones fundamentales de principios en el derecho del trabajo.

Recibidos los autos en el Tribunal Supremo y fijado en lista el negocio, el recurrente solicitó la admisión del recurso diciendo que la sentencia hacía una equivocada interpretación del principio de la libre apreciación de la prueba. Y como éste, de acuerdo con la Ley 75 de 1945, es uno de los soportes esenciales del procedimiento en los juicios del trabajo, se dispuso admitir el recurso, teniendo en cuenta además que la clasificación del trabajador tiene en sí misma evidente importancia.

En la demanda de casación el recurrente señala las causales así:

"Presento como causales o motivos de casación el hecho de ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea de la misma, violación proveniente en el error de apreciación de las pruebas que obran a los autos en su modo de valoración. Y también existe como causal de casación errores de procedimiento que originan nulidad de lo actuado, cuestiones éstas que dan derecho a acusar la sentencia referida.

En primer término el recurrente acusa la sentencia por "error de hecho en la interpretación de las pruebas", y al respecto expone en largo capítulo las razones que cree tener para invocar esta cau-

sal, pero no cita los textos legales que estima infringidos, como lo exige perentoriamente el artículo 531 del Código Judicial.

Por tanto, no es el caso de considerar este cargo.

En segundo lugar, dice el recurrente que la sentencia está afectada de vicios **in procedendo** como el de no haberse notificado personalmente el auto dictado por la Oficina del Trabajo de Cundinamarca, que admitió la solicitud del trabajador, lo cual envuelve una causal de nulidad prevista en el artículo 448 del Código Judicial. Otra anomalía la constituye el haberse tramitado el juicio por el procedimiento común y no por el especial contemplado en la Resolución número 8 de 1936, del Departamento Nacional del Trabajo, en la que se establece que la providencia de clasificación de un trabajador debe ser aprobada por el Ministro de Industrias sin que hubiera lugar a consulta con el Tribunal Seccional.

Se considera:

Ciertamente no hay constancia de que se hubiera notificado personalmente al propietario de la fábrica "La Luz" el auto en que se admitió la solicitud de clasificación. Pero de la circunstancia de que diez días después de la fecha de esa providencia el propietario de la empresa en que trabajaba el señor Gamboa nombró apoderado quien, el mismo día hizo uso del derecho de nombrar perito, se deduce que aquél se dio por notificado, por lo cual resulta inválido este aspecto del cargo.

Fue la Oficina del Trabajo de Cundinamarca la que al principio conoció del negocio. Pero tan pronto como funcionaron los Juzgados se les remitió el negocio, correspondiéndole al tercero de Bogotá, quien procedió a citar a los apoderados y peritos de la empresa y del trabajador para dar cumplimiento al aparte h) de la Resolución número 8 de 1936, citación que se notificó personalmente. Ello indica que a partir de ese momento empezó a observarse el procedimiento judicial en vez del administrativo, aceptable para la etapa precedente.

Avocado el asunto por el Juez del Trabajo éste, como es obvio, quedaba obligado, en materia procesal, a aplicar las reglas especiales de la Ley 6ª de 1945 que en su artículo 61 parte final, ordena que las decisiones adversas a las pretensiones del trabajador sean consultadas con el Tribunal Seccional.

Resulta absurda y hasta en pugna con la Constitución Nacional que consagra la separación de las ramas del poder público, la

hipótesis según la cual el fallo de un Juez de Trabajo haya de someterse a la aprobación de un Ministro del despacho ejecutivo.

Por consiguiente, se rechaza el cargo.

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 materia del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente, si las hubiere.

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

Luis Alberto Bravo. — Cástor Jaramillo Arrubla. — Diógenes Sepúlveda Mejía. — Bertha Salazar Velasco, oficial mayor.

SUSTITUCION DE PATRONOS

Análisis de un caso de sustitución de patronos
ocurrida bajo la vigencia del artículo 27 del De-
creto 652 de 1935.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

Magistrado ponente: doctor Bravo).

Bogotá, ocho de octubre de mil novecientos cuarenta y siete.

Manuel Quecano diciendo haber trabajado como administrador o mayordomo de la hacienda Santa Teresa, de propiedad de los señores Rafael Ríos Toledo y Abelardo Rodríguez, demandó a éstos ante el Juzgado Segundo Municipal del Trabajo de Bogotá con el fin de obtener el pago de la suma de \$ 630.72 por concepto de trabajo en días domingos; \$ 1.044.90 por horas extras diurnas; \$ 99.36 por trabajo en días de fiesta nacional; \$ 97.50 por vacaciones, y \$ 110.00 cantidad en que estima el saldo a su favor del auxilio de cesantía.

En sentencia de fecha 14 de agosto de 1946 el Juez Segundo Seccional del Trabajo de Bogotá condenó al señor Rafael Ríos Toledo, en su carácter de representante de la sociedad denominada "Ríos Toledo-Izquierdo de Rodríguez Limitada", a pagar el auxilio de cesantía correspondiente a tres años y cuatro meses de servicios; la remuneración de trescientos ocho días de trabajo en "días dominicales y de fiesta nacional" y el valor de los salarios en mes y medio, todo sobre la base de la liquidación que resulte conforme a lo dispuesto en el artículo 553 del C. J., y descontando del total la suma de \$ 106.64 que el actor recibió a título de cesantía.

El Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, que conoció del negocio por apelación de la parte demandada, dictó su sentencia el 3 de diciembre de 1946 en la cual confirmó la del inferior en lo relativo al auxilio de cesantía, y la modificó respecto del pago del trabajo ejecutado en "días dominicales y de fiesta nacional", limitando la condenación a 169 salarios sencillos. También la modificó en el sentido de condenar al demandado a pagar al actor la suma que se deduzca en el incidente de liquidación por concepto de las vacaciones de los años de 1942, 1943 y 1944 que no le fueron concedidas ni pagadas a la terminación del contrato.

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

Cumplidos los trámites de rigor, va a ser decidido dicho recurso.

A pesar de las deficiencias técnicas de la demanda de casación, el Tribunal Supremo examinará uno de los cargos que en ella se formulan, por encontrarlo fundado. (Artículo 538 del C. J.).

Dice el recurrente que la demanda ha debido dirigirse no contra los señores Rafael Ríos Toledo y Abelardo Rodríguez sino contra la sociedad "Ríos Toledo-Izquierdo de Rodríguez, Limitada", representada por su gerente o personero legal. El Tribunal Seccional, al no declarar probada la excepción de inepta demanda, acogiendo la tesis del Juzgado, en cuanto a esta excepción, violó la ley sustantiva.

Cita como infringidos los artículos 12, 43 y 44 de la Constitución Nacional; 639 del C. C.; 24 y 33 de la Ley 57 de 1887; 80 de la Ley 153 de 1887; 19 de la Ley 57 de 1931; 5º de la Ley 83 de 1931 y 29 de la Ley 134 de 1931, disposiciones éstas que no vienen al caso.

Pero señala también los artículos 230 y 250 del Código Judicial en los que se establece la forma como comparecen en juicio las personas jurídicas, los cuales dejaron de aplicarse.

Agrega el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho y en error de derecho que lo condujo a la violación de la ley.

"En cuanto al error de derecho cometido por el H. Tribunal en la apreciación de la prueba llevada por mí al negocio, consistente en el certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, sí admite prueba en contrario, toda vez que ahí está el mismo certificado y las disposiciones legales en que se ordena y señala la forma como deben ser demandadas las personas jurídicas.

"En cuanto al error de hecho, está palpable con la sólo lectura del mismo certificado, y con la lectura de la demanda en cuanto a las personas contra quienes se encuentra dirigida.

“Los artículos 230 y 250 del C. Judicial, indican legalmente la forma procedimental que existe cuando se trata de demandar una sociedad, y, en el presente caso, no es ni el señor Ríos Toledo, ni el señor Rodríguez, quien o quienes deben responder por las prestaciones sociales a que dice tener derecho el señor Quecano...”.

Se considera:

El demandante señor Quecano promovió su acción contra los señores Rafael Ríos Toledo y Abelardo Rodríguez, y manifestó que si alguno de los demandados no resultaba responsable se hicieran las condenaciones contra el otro, pero sin expresar que fueran socios o representantes de determinada persona jurídica.

En la contestación de la demanda, dentro de la audiencia que se llevó a cabo el 9 de noviembre de 1945 ante el Juez del conocimiento, el apoderado de los demandados, dijo lo siguiente:

“Conforme a lo dispuesto en el artículo 333, numeral 2º del Código Judicial, interpongo la excepción de inepta demanda, la que me permito fundar con todo respeto, en lo siguiente: el señor apoderado del demandante demandó a los señores Rafael Ríos Toledo y Abelardo Rodríguez, para que fueran condenados a pagar al señor Quecano las prestaciones sociales de que trata la demanda, siendo así que la finca o hacienda denominada “Santa Teresa” y ubicada en el Municipio de Madrid, Cundinamarca, la misma a que se refiere la demanda, pertenece a la sociedad denominada “Ríos Toledo-Izquierdo de Rodríguez Ltda.”, sociedad que fue constituida por medio de la escritura pública número 3488 de la Notaría Tercera de Bogotá conforme al certificado de la Cámara de Comercio que acompaño y el cual solicito desde ahora sea tenido como prueba a favor de la parte que represento”.

El fallador se refiere a dicha excepción en los términos que se transcriben a continuación:

“INEPTA DEMANDA. En cuanto a esta excepción propuesta oportunamente por los demandados y considerada por el Juez en la parte motiva de su sentencia el Tribunal considera que las razones expuestas por éste y fundadas en las disposiciones de la Ley 10 de 1934 y su decreto reglamentario y de la Ley 6ª de 1945 y Decreto 2127 del mismo año así como en las condiciones legales de la sociedad de responsabilidad limitada, son suficientes para considerar que no opera en relación con Rafael Ríos Toledo, ya que se ha demostrado que éste contrató los servicios del demandante y que es a la vez socio de la mencionada sociedad; no ocurre lo mismo en relación con

Abelardo Rodríguez, pues de la prueba de la escritura traída por los demandados, éste no aparece como socio, ni como contratante del trabajador, en forma que no puede obligarse a la sociedad mediante una condena hecha en cabeza de este demandado. Por consiguiente es necesario admitir que la excepción propuesta sí es valedera en cuanto a él se refiere, siendo ésta la razón para que el fallo de segunda instancia no lo considere, como no lo consideró la sentencia recurrida”.

La tesis del Juzgado de primera instancia, sobre este particular, fue expuesta así:

“La parte demandada al contestar la demanda interpuso la excepción de inepta demanda fundada en que el actor demandó a los señores Rafael Ríos Toledo y Abelardo Rodríguez para el pago de las prestaciones reclamadas siendo que la hacienda denominada “Santa Teresa”, ubicada en el Municipio de Madrid (Cundinamarca), en donde prestó sus servicios el demandante, pertenece a la sociedad “Ríos Toledo-Izquierdo de Rodríguez, Limitada”. Para respaldar su afirmación el representante judicial de la parte demandada adujo el certificado que obra a folios 16 del informativo, expedido por el Presidente de la Cámara de Comercio de Bogotá y del cual aparece que los señores Rafael Ríos Toledo y Julia Izquierdo de Rodríguez constituyeron, por escritura pública número 3488 de fecha 17 de diciembre de 1942, otorgada ante el Notario Tercero del Circuito de Bogotá, la sociedad “Ríos Toledo-Izquierdo de Rodríguez Ltda.” cuyo objeto es el de explotar pecuniaria y agrícolamente el fundo denominado “Santa Teresa”, ubicado en jurisdicción del Municipio de Madrid (Cundinamarca) teniendo ambos socios la administración de la sociedad, aportando el señor Ríos Toledo las dos terceras partes del capital. Del certificado en cita aparece que el señor Rafael Ríos Toledo tiene la representación legal de la sociedad denominada “Ríos Toledo-Izquierdo de Rodríguez Ltda.” cuyo objeto es la explotación del fundo “Santa Teresa” ubicado en el Municipio de Madrid, hecho que en conformidad a las disposiciones legales que rigen la vida jurídica de esta clase de sociedades se traduce en que los actos ejecutados por sus administradores obligan a la sociedad, siempre cuando se hallen dentro del giro ordinario de sus negocios. Como se verá posteriormente, el señor Rafael Ríos Toledo contrató la prestación de servicios de la parte actora para el cumplimiento del objeto social, o sea, la explotación pecuniaria y y agrícola del fundo ya mencionado. En tratándose de controversias originadas en relaciones contractuales de carácter laboral las

normas procesales atinentes a la personería sustantiva de las partes sufren una modificación especial que radica en que la celebración de contratos de trabajo por personas que desempeñan la representación, administración, o dirección de empresas pertenecientes a otras personas, naturales o jurídicas, obligan a éstas, para los efectos del respectivo contrato y consecuencialmente al pago de las prestaciones sociales respectivas”.

“Este principio se halla consagrado en los artículos 12 de la Ley 10 de 1934, 3º del Decreto 652 de 1935, y 5º, 6º y 7º del Decreto 2127 de 1945. Figurando como demandado en la presente controversia el señor Rafael Ríos Toledo, representante legal de la sociedad explotadora de la hacienda “Santa Teresa”, ubicada en el Municipio de Madrid, en donde prestó sus servicios el actor, no hay duda alguna respecto de la persona obligada en juicio que sirve de base a la excepción de inepta demanda propuesta por el demandado. En tal virtud, este despacho no encuentra probada la excepción alegada”.

Se tiene, pues, que la hacienda Santa Teresa, donde el actor prestó sus servicios, no pertenece a ninguno de los demandados sino a una persona distinta, la sociedad “Ríos Toledo-Izquierdo de Rodríguez Ltda”, constituida con posterioridad a la fecha en que se celebró el contrato de trabajo con el señor Quecano.

La demanda no se dirigió contra la mencionada sociedad ni el señor Ríos Toledo contrató los servicios del señor Quecano como intermediario o socio o en otro carácter que pudiera obligarla, y por tanto no se podía condenar a aquélla.

En consecuencia se infirmará el fallo recurrido.

Esta corporación procede a decidir lo pertinente como Tribunal de instancia, previas las siguientes consideraciones:

Según las declaraciones de los señores Dámaso Martínez, José Sánchez y Víctor Sierra, el demandante comenzó a prestar sus servicios en el mes de enero de 1942 como administrador de la hacienda Santa Teresa, entonces de propiedad del señor Rafael Ríos Toledo. Concuerdan estas declaraciones con la manifestación suscrita por el propio señor Ríos, visible al folio 5 del expediente.

Conforme al certificado de la Cámara de Comercio, visible al folio 16, en el mes de diciembre de 1942 se constituyó la sociedad de responsabilidad limitada “Ríos Toledo-Izquierdo de Rodríguez Limitada”, con el objeto de hacer la explotación pecuaria y agrícola de la hacienda Santa Teresa.

De las declaraciones y de la manifestación atrás mencionada, se deduce que el señor Quecano continuó prestando sus servicios en la hacienda Santa Teresa hasta el mes de mayo de 1945.

Se operó, así, una sustitución de patrono, hecho ocurrido bajo la vigencia del artículo 27 del Decreto 652 de 1935, reglamentario de la Ley 10 de 1934, que consagraba el principio de que la sustitución no extingue el contrato de trabajo, correspondiendo al nuevo patrono el cumplimiento de las obligaciones nacidas, antes o después del cambio, en favor de los empleados que continúen a su servicio, cuando se conserve en líneas generales el mismo giro de negocios u ocupaciones.

Con base en el referido precepto, el señor Quecano debió dirigir su demanda no contra el señor Ríos Toledo, antiguo propietario de la hacienda "Santa Teresa, sino contra la sociedad "Ríos Toledo-Izquierdo de Rodríguez Limitada", a la que se traspasó dicho fundo.

No habiéndolo hecho así, es el caso de declarar probada la excepción de inepta demanda, propuesta en oportunidad por los demandados.

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 dictada en este juicio por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, REVOCA la del Juzgado de primera instancia, y en su lugar declara probada la excepción de inepta demanda, por haberse dirigido contra personas distintas de la obligada a responder.

Sin costas.

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

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

INDICE

	Págs.
Casación. Requisitos de la demanda. Jornada de trabajo. (Faustino Betancur contra Departamento de Antioquia). Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía	3
Casación. (Arturo Gómez contra Departamento de Antioquia). Magistrado ponente: Dr. Bravo	9
Casación. Trabajo suplementario. Sustantividad del artículo 42 de la Resolución número 34 de 1937 del Departamento Nacional del Trabajo. (Juan Bautista Quintero contra la Compañía Frontino Gold Mines, Ltd.). Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla	15
Ordenanzas departamentales. (Cercelino Arias contra Caja de Auxilios de la Policía Nacional del Atlántico). Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía	22
Diferencia entre los contratos de sociedad y de trabajo. Participación del obrero en las utilidades o beneficios. Colaboración entre el patrono, y el asalariado. (Pierre L'Hermite contra Miguel Jordán). Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía	28
Comisiones por ventas. Cuándo se causan. La transacción en relación con ellas. (Ernesto Guevara P. contra J. Glotman, S. A.). Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla	35
Cambio de funciones del trabajador en la empresa. Causal segunda de casación del artículo 520 del Código Judicial. (Blanca Martínez contra Calcetería Helios, S. A.). Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla	43
Omisión de pruebas legales en los litigios del trabajo. (Abelardo Gamboa Valencia contra Ingenio Pichichí). Magistrado ponente: Dr. Bravo	51
Interpretación del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945. Carácter de sanción que envuelve. Cuándo surge el derecho en él consagrado. Modo de aplicarlo. (Melquíades E. Correa contra Jabonería Las Llavés). Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla	57
Incumplimiento del contrato de trabajo. Diferencias entre los contratos civil y de trabajo. (Antonio María Forero contra Compañía de Cementos Portland Diamante). Magistrado ponente: Dr. Bravo	68
Confesión. (Júlio C. Rojas contra Empresas Municipales de Girardot). Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla	76
Casación. Motivo nuevo en casación. Contrato de trabajo. Trabajadores a domicilio. Condena en abstracto. Garantías de los trabajadores a domicilio. (Ricardo Salazar contra Valencia Hermanos). Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía	81
Casación. Naturaleza de este recurso. (Saúl Kowaleski contra Panadería Francesa). Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla	94
Cuestiones previas en casación. Cláusula de no concurrencia, competencia desleal, interdicción de competencia o exclusión de competencia. Doctrina y legislaciones extranjeras sobre el particular. Legisla-	

	Págs.
<i>ción colombiana al respecto. Transacción.</i> (Gastón Avenel contra E. Gutiérrez Vega y Co.). Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla	99
<i>Casación.</i> (Agustín Osorio contra Municipio de Medellín). Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla	125
<i>Objeto del recurso de casación.</i> (Marco Tulio Saavedra contra Pizano Hernández y Cia.). Magistrado ponente: Dr. Bravo	130
<i>Jornada de trabajo. Sentido de la frase "duración del trabajo".</i> (Jesús María Manrique contra Cooperativa Ferroviaria Girardot-Tolima-Huila, Limitada). Magistrado ponente: Dr. Bravo	134
<i>Novación. Momento en que deben alegarse las causales de terminación del contrato de trabajo.</i> (Alberto Delgado Marti contra Industria Colombiana de Aceites y Grasas Vegetales, S. A.). Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía	150
<i>Empleado de confianza.</i> (Vicente Carleo contra Ermelinda Ricci Pavanelli fu de Carlo). Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía	158
<i>Casación. Modificación unilateral del contrato de trabajo. Oportunidad para invocar causal de terminación del contrato.</i> Costas. (Roberto Gómez contra Singer Sewing Machine Company). Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla	169
<i>Aplicación del artículo 553 del Código Judicial.</i> (Manuel Domingo Bornachera contra Fabio Durán). Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía	189
<i>Condena en abstracto.</i> (Trabajadores de la empresa El Chiribitil contra Epaminondas Montenegro). Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía	196
<i>Libre apreciación de pruebas.</i> (Ernesto Heiman contra Víctor Sasson). Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía	209
<i>Ordenanzas departamentales.</i> (Manuel Hoyos A. contra Departamento de Antioquia). Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía	216
<i>Cómo se soluciona el desacuerdo entre los peritos médicos.</i> (Carlos E. Luján contra Compañía Frontino Gold Mines, Ltda.). Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla	225
<i>Error de derecho. Profesores de establecimientos de educación.</i> (Ilsa Wurzbürger de Bergmann contra Matilde González Ramos). Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía	228
<i>Ordenanzas departamentales y Acuerdos municipales.</i> (Carlos Valdés contra Municipio de Medellín). Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía	234
<i>Casación.</i> (Juan Deulofeu contra la empresa Eternit Colombiana). Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía	241
<i>Derecho de opción. Irrenunciabilidad de derechos del trabajador.</i> (Osvaldo Castro contra The Santa Marta Railway Company). Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla	248
<i>Casación. Libre apreciación de pruebas.</i> (Luis A. Orjuela contra Empresas Municipales de Ibagué). Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía	256
<i>Derecho de opción. Auxilio de cesantía. Jubilación.</i> (Luis Guillermo Cueto contra Santa Marta Railway Company Limited). Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla	262

<i>Manera de acreditar en juicio la personería jurídica de un sindicato.</i> (Sindicato de Matarifes de Pereira contra Empresas Públicas Municipales Delegadas de Pereira). Magistrado ponente: Dr. Bravo	272
<i>Fuero sindical.</i> (Martín Herrera contra Compañía de Inversiones Bogotá). Magistrado ponente: Dr. Bravo	277
<i>Libre apreciación de pruebas. Error de derecho.</i> (Marco Alvarez Duque contra Francisco J. Caldas). Magistrado ponente: Dr. Bravo	286
<i>En casación del trabajo el Tribunal no puede, de oficio, analizar el haz probatorio.</i> (Luis Mejía Sánchez contra Compañía Frontino Gold Mines Ltd.). Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla	292
<i>La capacidad en derecho del trabajo. La acción del beneficiario del seguro de vida de un trabajador asalariado para que le sea reconocido y pagado, es de competencia de la jurisdicción del trabajo.</i> (Blanca Lizarazo Jaime contra Federación Nacional de Cafeteros). Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla	298
<i>Elementos constitutivos del contrato de trabajo. Subordinación. Prestación personal del servicio. Participación del trabajador en las utilidades de la empresa. La participación en las utilidades y las pérdidas, elemento del contrato de sociedad. Protección del salario. Incompatibilidad entre la calidad de socio de una sociedad de personas y la de empleado de la misma.</i> (Manuel F. Barcha contra Gannem & Cía.). Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla	322
<i>Interpretación y aplicación del inciso final del artículo 58 de la Ley 6ª de 1945.</i> (Victor M. Bermúdez contra la Caja de Previsión Social del Departamento de Norte de Santander). Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía	414
<i>Pensión de jubilación de empleados ferroviarios.</i> (Jesús María Mesa contra Ferrocarril de Cúcuta, S. A.). Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla	421
<i>Criterio a seguir para clasificar obreros y empleados particulares.</i> (Máximino Villa P. contra Enrique Urueña). Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla	441
<i>Técnica de casación.</i> (Laureano Mera contra Ismael Agrado y Departamento del Cauca). Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía	458
<i>Alcance de la homologación. Contenido de las decisiones arbitrales de los conflictos jurídicos y económicos.</i> (Sindicato de trabajadores de Hospitales, Clínicas y Similares de Cundinamarca contra Clínica de Marly, S. A.). Magistrado ponente: Dr. Bravo	462
<i>Casación.</i> (Nisson A. Chalem contra Fábrica de Sostenes y Fajas Aga). Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía	491
<i>Dominicales.</i> (Victor M. Mora contra Eustacio Villamarín). Magistrado ponente: Dr. Bravo	504
<i>El socio de una sociedad colectiva no puede ser empleado de la misma.</i> (Ernesto Guevara contra T. J. Martínez & Cía.). Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía	521
<i>Agentes viajeros y comisionistas.</i> (Nisso A. Chalem contra Fábrica de Tejidos Superior). Magistrado ponente: Dr. Bravo	532

	Págs.
§ Libre apreciación de pruebas. Salario. Prescripción de la vacaciones. Compensación en dinero. (Guillermo Angel Dávila contra Eulogio y Hugo Angel). Magistrado ponente: Dr. Bravo	544
Trabajadores a domicilio. Libre apreciación de pruebas. Dominicales. Condena en abstracto. (Querubín Duarte contra Andrés Guzmán). Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía	562
§ Empleados de confianza. Diferencias entre los principios dispositivo e inquisitivo. (Antonio Nel Zúñiga contra Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca)). Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla	574
Vicios de procedimiento. La transacción en el derecho del trabajo. Renuncia de derechos. Valor del finiquito. (Julián Muñoz contra Cooperativa Ferroviaria del Pacífico, Limitada). Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía	583
Empleados de dirección y vigilancia. (Juan M. Figueroa contra The Santa Marta Railway Company, Ltd.). Magistrado ponente: Dr. Bravo	594
Subordinación o dependencia. (Eugenia Preciado v. de Londoño contra Manuel Ignacio Uribe Rosillo). Magistrado ponente: Dr. Bravo	600
Empleos de confianza. (Mario Valencia contra Arturo Silva). Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla	606
Causal segunda de casación del artículo 520 del Código Judicial. Término presuntivo del contrato de trabajo. Aplicación del artículo 52 del decreto 2127 de 1945. Acusación de normas de procedimiento en casación del trabajo. Finalidad del recurso de casación. Acumulación de vacaciones y pago de las no disfrutadas. (Silvio Tejada Mejía contra Transportes Pereira). Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla	624
Ordenanzas departamentales. (Miguel C. Pinilla contra Caja de Protección Social de la Policía de Caldas). Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía	647
Pruebas. Cosa juzgada. (Abelardo Restrepo contra Texas Petroleum Company). Magistrado ponente: Dr. Bravo	653
Trabajo suplementario. (Concepción Silva contra Teodora Angulo). Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía	663
Aplicación del artículo 20 del Decreto 2127 de 1945. (Abel Herrera contra Inés Salamanca). Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía	673
Las parroquias no son patronos en el sentido que a éstos da el derecho del trabajo. (Jesús Betancourt contra la parroquia de La Inmaculada, de Manizales). Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla	684
Medio nuevo en casación. Pensión de jubilación. Error de derecho. (Arturo Ramírez Bustos contra The Dorada Railway Company). Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía	701
Indemnización por muerte en accidentes de trabajo. (Braulio Sierra Tovar y otra contra Vías Aéreas Colombianas—Viarco—). Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla	716
Casación. (Emilio Leguizamón contra Alcibíades Ibáñez). Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla	730

	Págs.
<i>Auxilio de cesantía. Salario.</i> (José Palomares contra Zilia Núñez de Soto). Magistrado ponente: Dr. Bravo	734
<i>Empleados de confianza</i> (Gonzalo Salázar contra La Nación). Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla	744
<i>Interpretación errónea. Segunda causal de casación del artículo 520 del Código Judicial.</i> (Enrique Cardona López contra Inversiones Meridiano, S. A.). Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla	751
<i>Reintegro de trabajadores. Cómo debe computarse el tiempo de servicio del trabajador. Período de prueba.</i> (Rafael Lezaca contra J. Glotmann). Magistrado ponente: Dr. Bravo	766
<i>Casación. Empleados de confianza, dirección y manejo.</i> (Ignacio León Velasco contra Departamento del Cauca). Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla	778
<i>Aplicación del artículo 553 del Código Judicial. Salario.</i> (Aureliano Cruz contra Rafael Hernández G.). Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía	785
<i>Causal segunda de casación del artículo 520 del Código Judicial.</i> (Wenceslao Castro contra Juan B. Sepúlveda). Magistrado ponente: Dr. Sepúlveda Mejía	792
<i>Conciliación. Su omisión causa nulidad de la actuación.</i> (Higinio López contra La Nación). Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla	808
<i>El quebrantamiento de la ley incide en la parte dispositiva de la sentencia. Acción de devolución de salarios. Quién conoce de ella. Medio nuevo en casación.</i> (Otoniel Jaramillo contra Compañía Americana de Importaciones Pérez & Co.). Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla	830
<i>Huelgas. Su finalidad. Asonada. Violación de los contratos individuales de trabajo. Diferencia entre huelga y simple suspensión de labores. Libre apreciación de pruebas. Despido de trabajadores amparados por el fuero sindical. La suspensión intempestiva del trabajo, justa causa de despido, aunque no se haya causado perjuicio o daño.</i> (Aerovías Nacionales de Colombia —Avianca— contra Héctor Aguilar y otros). Magistrado ponente: Dr. Jaramillo Arrubla	842
<i>Salvamento de voto del Magistrado doctor Bravo</i>	879
<i>NOTA</i>	881
<i>Sustitución de patronos.</i> (Florentino y Gabriel Londoño contra Presbítero Marco Ananías Robayo y otra). Magistrado ponente: Dr. Bravo	882
<i>Notificación.</i> (Roberto Gamboa contra Fábrica de espermatozoos La Luz). Magistrado ponente: Dr. Bravo	893
<i>Sustitución de patrono.</i> (Manuel Quecano contra Rafael Ríos Toledo y otro). Magistrado ponente: Dr. Bravo	900

FE DE ERRATAS

<i>Pág.</i>	<i>Línea</i>	<i>Dice:</i>	<i>Debe leerse:</i>
4	16	al apoderado	el apoderado
5	10	Guardas de	Guardas de
21	17	está progado	está probado
32	28	socio y del	socio del
33	1	cambie de	cambie el
44	38	en cuento	en cuanto
47	18	Si fure	Si fuere
58	33	confiró	confirmó
94	5	terminada	determinada
192	18	contrato	contrario
248	1	derechos trabajador	derechos del
266	3	Sin con	Si con
270	22	afectarlo	efectuarlo
424	33	la suña	la suma
433	16	se van	se ven
477	24	el ejecuta	el que ejecuta
455	3	el código	al código
499	10	productur de	productos de
527	40	cucando	cuando
539	2	Ley 6v	Ley 6ª
577	13	debe	debo
600	9	No es está	no está
608	39	Laboa	Lobo
609	12	al aparceria	la aparcería
612	25	Henac	Henoc
619	5	abrega	agrega
631	23	y principia	principia
636	9	1943	1934
647	26	número 32	número 52
669	18	cusa	causa
673	21	el demandante	el demandado
674	36	inferior a mí	inferior a mil
713	34	expersó	expresó
716	32	actos	actores
723	18	distinción exacta	distinción es exacta
757	32	estaba efectado	estaba afectado
759	10	jurídicas a las	jurídicas y a las
761	37	anterior a lo	anterior lo
762	29	y da desestimó	y la desestimó
786	27	como esta	como contra esta
790	4	en especial	en especie
791	5	al juez	del juez
807	13	Pero las	Por las
842	32	Ignancio	Ignacio
862	12,	y no apagaron	y nos apagaron
867	36	suspensionar	suspensión de

La sentencia de página 463, de Sinticado de Trabajadores de Hospitales, Clínicas y Similares, contra Clínica de Marly, S. A., lleva fecha de 26 de agosto de 1948.