

son meramente descriptivas. Nos dicen cómo ocurren sus cambios y procesos, pero jamás cómo **deben ser**. En esas capas de la realidad natural, los valores carecen de sentido. El derecho es realidad histórico cultural. La historicidad es categoría propia del hombre y sus actos, de su ser y su cultura. El hombre tiene historia, porque acumula y transmite experiencia. El derecho es parte de la experiencia humana, de la proyección objetiva del hombre, de la relación transobjetiva entre personas. Qué es el derecho en el plano lógico? La noción y definición del derecho para ser verdaderas deben contener el sentido exacto del derecho. Miguel Reale define el derecho como "vinculación bilateral atributiva de la conducta humana para la realización ordenada de los valores de convivencia". Finalmente qué es el derecho como deber ser? Es exigencia de realización de valores. El no ser real de los valores apunta a un positivo deber ser. Los valores generan el deber ser, pero a la vez tienen la particularidad de presentarse como fines. La justicia es el fin último del derecho.

Con la filosofía del derecho de Miguel Reale la tradición jurídica del Brasil continúa su trayectoria luminosa de raíces humanas profundas y de objetivos universales. Grandes genios del derecho presiden la historia republicana de la nación carioca; Ruy Barbosa, el inspirador de su primera constitución; Clovis Bevilacqua, el Andrés Bello del Brasil, que redactó en menos de seis meses el Código Civil de su patria; José María da Silva Paranhos, Barón de Río Branco, el demarcador de las fronteras brasileñas por medio de los procedimientos pacíficos del derecho internacional, como el arbitramento y el acuerdo; Pontes de Miranda y Miguel Reale, insignes juristas y filósofos del derecho.

- II -

JURISPRUDENCIA

CUANDO HAY FRAUDE A LA LEY COLOMBIANA EN EL CASO DE UN MATRIMONIO CIVIL CELEBRADO EN EL EXTRANJERO, SIN EL REQUISITO DE LA APOSTASIA EXIGIDO POR LA LEY 54 DE 1924.

TRIBUNAL SUPERIOR - Sala de Decisión.

Magistrados: Doctores Conrado Giraldo Zuluaga (ponente), Eudoro González Gómez y Julio González Velásquez. - Secretaria: Señorita María Teresa Uribe E.

Medellín, marzo nueve de mil novecientos cincuenta y seis.

En el presente juicio ordinario de John Baird contra Mary de Baird el Tribunal profirió sentencia de segundo grado el 2 de agosto de 1954. - El señor apoderado del demandante interpuso casación contra este fallo. - Y en sentencia de 18 de septiembre de 1955 la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, casó la sentencia recurrida y declaró nulo todo lo actuado en la segunda instancia, quedando el proceso en estado de notificarle al Personero Municipal de Medellín el fallo de la primera y el auto por el cual se le concedió al demandante el recurso de apelación. Ya se han cumplido las formalidades que la Corte echó de menos. El negocio está actualmente para recibir sentencia en el Tribunal, y a ello se procede.

El señor John Baird, ciudadano extranjero, en demanda presentada el treinta (30) de julio de mil novecientos cincuenta y uno (1951) —fs. 5 y 6— y corregida el veintiuno de mayo de mil novecientos cincuenta y dos (1952) —fs. 60 y 61—, que en repartimiento correspondió al Juzgado primero (1º) de este Circuito Civil, ha pedido, por conducto de apoderado idóneo, que por los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía y con citación y audiencia de la señora Mary de Baird, igualmente extranjera, mayor y vecina de Medellín, se declare en sentencia que constituya cosa juzgada, lo que sigue:

“Que es nulo en Colombia, de nulidad absoluta, el matrimonio civil contraído por el Sr. John Baird con la Sra. Mary Baird, el primero (1º) de abril de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), ante el señor

Magistrado de Balboa, Zona del Canal de Panamá. En subsidio, pido a Ud. que se digne declarar que este matrimonio no produce efectos en Colombia”. (fs. 60, c. p.)

Los siguientes son los hechos fundamentales de las súplicas que se transcriben:

“1º - Mi poderdante vino al país en el mes de septiembre de mil novecientos treinta y ocho (1938).

“2º - Desde el año de mil novecientos cuarenta y tres (1943) mi poderdante es vecino de la ciudad de Medellín, del Departamento de Antioquia, perteneciente a la República de Colombia, y en esta cabecera residente.

“3º - Como consta de la partida de bautismo, presentada con la demanda, mi poderdante es católico, apostólico y romano.

“4º - En enero de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), durante un viaje que hizo a los Estados Unidos, mi poderdante conoció, en mala hora, a la señora demandada y se enamoró de ella, lo que le fue funesto.

“5º - Como la señora demandada no pertenece a la religión católica y era antes casada y divorciada, el Sr. Baird, después de haber consultado con personas entendidas en esta materia, propuso a la señora demandada que contrajeran matrimonio católico, de acuerdo con el procedimiento llamado “Privilegio Paulino”, del cual tratan los cánones 1120 y 1127 del C. de Derecho Canónico.

“6º - Mas, la señora demandada rechazó la propoción relacionada con el numeral inmediatamente anterior y declaró que no se casaba sino en matrimonio civil.

“7º - Como en Colombia no se podía celebrar matrimonio civil válido, sin que precediera la apostasía de mi mandante, los novios acordaron salir de sus respectivos países y ubicarse —por la serie de horas necesarias— en la Zona del Canal de Panamá, para contraer allí un matrimonio civil, con fraude a la ley colombiana, siendo este país el acordado para residenciarse, y en el cual se radicaron desde el día subsiguiente a su matrimonio, como residentes.

“8º - Por lo tanto, el demandante y la demandada emprendieron viaje a la Zona del Canal (el primero desde Medellín, la última desde Nueva York) y contrajeron matrimonio civil el primero (1º) de abril de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), ante el Magistrado de

Balboa, Zona del Canal de Panamá, sin que el demandante hubiera apostatado previamente, ni lo haya hecho después.

"9º - Al día siguiente del matrimonio los supuestos esposos se dirigieron y arribaron a la ciudad de Barranquilla, de la República de Colombia, donde permanecieron por espacio de ocho (8) días, al cabo de los cuales se dirigieron a esta ciudad de Medellín y aquí se radicaron, porque de este municipio seguía "siendo vecino el demandante, y a esta ciudad lo acompañó la demandada que siguió el domicilio, residencia habitual y vecindario de mi instituyente.

"10º - El matrimonio civil realizado en Balboa, perteneciente a la Zona del Canal de Panamá, se cumplió allí entre personas foráneas no residenciadas ni vecinas, con la pretensión de que causara efectos civiles en Colombia, con fraude a la legislación de este país.

"11º - La señora demandada había contraído con anterioridad, o sea, el 9 de julio de 1938, matrimonio con el señor Leonard Weaverr, en Havre de Grace, Estado de Maryland, Estados Unidos de América.

"12º - Este matrimonio fue divorciado por sentencia del Juez del Distrito del Condado de Washoe, Estado de Nevada, Estados Unidos, el 8 de noviembre de 1944". (Fs. 60, 61, c. p.).

Contestó la demandada, por intermedio de apoderado, que es verdad ella se casó con el Sr. Baird por la ley civil en el lugar y época anotados, y que una vez celebrado el matrimonio se vinieron a Colombia en la fecha que el libelo indica, pero que no es verdad que al actor le preocupara apostatar de la religión católica. Que la demandada vino a vivir a esta ciudad más por las instancias de su esposo que por verdadero gusto de ella. Que es falso que hubieran pretendido burlar las leyes colombianas, y que lo único cierto es que el demandante le ha proporcionado mala vida a la esposa y ha tratado de eludir sus obligaciones de cónyuge.

Se abrió el juicio a prueba y luego de la rituación de rigor, el Juzgado dictó sentencia el once (11) de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), en los siguientes términos:

"No se declara la nulidad del matrimonio celebrado por el señor John Baird con la señora Mary de Baird el 1º de abril de 1949, ante el señor Magistrado de Balboa, Zona del Canal de Panamá. No se hace la declaración subsidiaria, impetrada por el apoderado del demandante

en el libelo demandador fechado el 27 de julio de 1951. - Costas a cargo del demandante". (Fs. 94 y vto.).

Apeló el señor apoderado del demandante. - De las pruebas del proceso aparece lo siguiente:

John Baird y Mary de Baird contrajeron matrimonio el primero (1º) de abril de mil novecientos cuarenta y nueve (1949) ante la Corte de Balboa (Canal Zone - U.S.A) (documentación de fs. 2 y 3, c. p.). El Sr. Baird había sido bautizado por los ritos de la Iglesia Católica Romana el tres (3) de enero de mil novecientos cuarenta y tres (1943) (partida eclesiástica en copia de la Parroquia de San Diego, Bogotá, fs. 1 y vto. mismo c.). - El demandante nació en Austria el seis (6) de marzo de mil novecientos diez y nueve (1919) fs. 6, c. de pruebas. Entró por primera vez a Colombia el siete (7) de octubre de mil novecientos treinta y ocho (1938). - Ha residido desde entonces en el País, con salidas transitorias al extranjero. Una de éstas fue el veintinueve (29) de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), que salió de Medellín para regresar nuevamente, por Barranquilla el dos (2) de abril del mismo año. La señora Mary de Baird, extranjera, registra una entrada a Colombia el cuatro (4) de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve (1949) por Barranquilla, y volvió el 10 de abril siguiente, a Medellín. Salió del país, sin que se registre nueva entrada, el 11 de diciembre de 1951. Lo anterior consta en las respectivas tarjetas de control de la Sección de Extranjeros, Departamento de Investigación de la Policía en esta ciudad de Medellín (fs. 8 a 10, c. de pruebas).

SE CONSIDERA:

La doctrina más generalizada y aceptada sostiene la competencia del principio *locus regit actum* para regir las formas de celebración del matrimonio. En virtud del mismo es válido el matrimonio cuyas formas se hubiesen sujetado a las prescripciones de la legislación local. Así lo establece también el artículo 11 del tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo, de 1889, suscrito por Colombia, y el 11 del tratado de la misma ciudad, de 1940. (Art. 382 del C. Civil).

Hay constancia del matrimonio civil celebrado entre las partes, el que debe presumirse arreglado a la legislación del lugar donde se celebró. Además sobre esto ninguna objeción ha enderezado el accionante.

La parte demandante asevera que el contrato de matrimonio celebrado entre los citados Baird y Mary es nulo y que así debe declararse. Que subsidiariamente debe resolverse que ese acto no produce efectos en Colombia. La razón en que se apoya es el hecho de haber procedido los contratantes con fraude a la ley colombiana, con arreglo a la cual no podía el accionante contraer matrimonio civil, sin antes declarar formalmente su propósito de separarse de la Iglesia y de la Religión Católica.

La ley 35 de 1888 aprobó el Concordato celebrado entre el Gobierno de Colombia y la Santa Sede. El art. 17 de dicha ley dice en su inciso 1º: "El matrimonio que deberán celebrar todos los que profesan la religión católica producirá efectos civiles respecto a las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes sólo cuando se celebre de conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento". Posteriormente se expidió la ley 54 de 1924 cuyos artículos primero y segundo son del siguiente tenor: "Art. 1º - No es aplicable la disposición de la primera parte del artículo XVII del Concordato cuando los dos individuos que pretenden contraer matrimonio declaren que se han separado formalmente de la Iglesia y de la Religión católicas, siempre que quienes hagan tal declaración no hayan recibido órdenes sagradas ni sean religiosos que hayan hecho votos solemnes, los que están en todo caso sometidos a las prescripciones del Derecho Canónico.

Art. 2º - La declaración de que trata el aparte precedente se hará por escrito, por los dos individuos que pretenden contraer matrimonio, ante el juez municipal respectivo, en la solicitud que presenten para la celebración del contrato y se expresará en ella la época en que se separaron de la Iglesia y de la Religión católicas. Tal declaración se insertará en el edicto que se debe publicar conforme a la ley; se comunicará por el Juez inmediatamente al Ordinario eclesiástico respectivo, y la ratificarán los contrayentes en el acto de la celebración del matrimonio, que no se podrá celebrar sino transcurrido un mes desde el día en que la declaración dicha haya sido comunicada oficialmente al Ordinario, dejando constancia de la misma declaración en la diligencia o partida respectiva".

Sobre el punto a estudio debe observarse. Los colombianos que profesan la religión católica, si desean contraer matrimonio civil deben llenar el requisito de la Ley 54 de 1924. Nuestra Corte Suprema de

Justicia, en casación de 31 de mayo de 1947, Tomo 62, Pág. 412, ha dicho que "un matrimonio civil de personas bautizadas católicamente en la celebración del cual se han omitido los requisitos que dispone la Ley 54 de 1924, en desarrollo del acuerdo celebrado entre Colombia y la Santa Sede sobre interpretación del artículo 17 del Concordato, es un acto en el cual se han contravenido las formas, solemnidades y requisitos que para la existencia jurídica del matrimonio exige el Código Civil, del cual es parte la Ley 554 de 1924".

La doctrina ha definido la noción del *fraude a la ley*, en derecho internacional privado, como el remedio necesario para que la ley conserve su carácter imperativo y su sanción en los casos en que deje de ser aplicable a una relación jurídica por haberse acogido los interesados fraudulentamente a otra ley. El fraude a la ley, en sí mismo, estaría constituido por maniobras en gracia de las cuales las partes, sometidas a una obligación o a una prohibición legal, buscan escapar de ello acudiendo a otras reglas de derechos a las cuales desvían de su verdadera intención.

Advierten los doctrinantes alguna relación entre la noción del fraude a la ley y la de orden público, aceptando este último como un concepto con base en el cual puede dejar de aplicarse una ley extranjera que, *en caso normal*, sería competente. Y llegan algunos tratadistas hasta incluir la noción del fraude a la ley en la del orden público, afirmando que no debe aplicarse una ley extranjera cuando de ello resulte una perturbación social. Dicha perturbación puede sobrevenir: a) o porque el contenido *en derecho* de la ley extranjera sea inconciliable con el orden público del país donde quiere aplicarse; b) porque la ley foránea aunque, en sí, no quebrante en modo alguno el orden público del país, pueda servir como medio para lograr un fraude a la ley. Por consiguiente, los aspectos del orden público que resultarían lesionados con la aplicación de una ley extranjera, serían estos dos: 1º, el *jurídico*, en el caso en que la ley extranjera, en derecho, fuera inconciliable con el orden público. V. gr., la ley que permite la poligamia no puede producir efectos en Colombia por razón de su contenido mismo, y 2º, el *de hecho* cuando en ciertos casos concretos, que de antemano no puedan determinarse, la aplicación de la ley extranjera resulta inconciliable con dicho orden público, aunque en casos normales no lo sea.

También se ha enunciado en la doctrina del concepto del *fraude*

a la ley como un medio tendiente a sancionar, en las relaciones internacionales, el carácter imperativo de la ley, independiente de la noción de orden público.

Si se sienta como premisa el hecho indiscutible de que todo el que esté sometido a una ley imperativa ha de obedecerla, sin que quede a su arbitrio cumplirla o eludirla, y si de otra parte se contempla la circunstancia de que no puede impedirse que los interesados, al trasladarse a un país extranjero se coloquen bajo el imperio de una ley más favorable, entonces se dice que debe recurrirse a un procedimiento excepcional que invalide el acto con el cual ha querido burlarse el cumplimiento del canon imperativo. Y ese procedimiento lo proporciona el concepto de fraude a la ley.

Habría, sí, que establecer la diferencia entre quienes celebran un contrato en país extranjero, en condiciones normales y los que se trasladan al mismo con el propósito exclusivo de realizar un acto que de celebrarse en su país de domicilio no produciría efectos legales. La noción del fraude a la ley establecería así un remedio destinado a sancionar las leyes imperativas con el fin de evitar que, en las relaciones internacionales, tales leyes se convierten en *facultativas*. Pero anotan los expositores que tal remedio no debe utilizarse sino cuando se tenga necesidad del mismo. Por consiguiente, no ha de recurrirse a la noción del fraude a la ley cuando sea posible sancionar la actividad de los particulares mediante un procedimiento distinto. Puede, v. gr., contemplarse el caso del varón o la mujer adultos, pero respectivamente menores de la edad que fija el artículo 116 de nuestro C. C., que se trasladan a otro país a contraer matrimonio, con el solo fin de eludir la disposición que los obliga a obtener el permiso de sus padres (Art. 117 *ibidem*). En este supuesto han eludido una ley imperativa, pero aquí no es preciso acudir a la noción del fraude a la ley para sancionar dicho mandato, porque hay otros medios para ello. Los artículos 124 y 125 del C. C. establecen normas sobre desheredamiento, sancionatorias del precepto que obliga a la obtención del permiso.

Influye de modo decisivo la intención que la persona interesada en la relación jurídica ha tenido de eludir las disposiciones de su estatuto personal. Así, v. gr., si dos católicos domiciliados en Colombia mudan su residencia a otro país, siendo este cambio de domicilio *sincero*, y allí contraen matrimonio civil entre sí, no habría razón para que ese acto no produjera sus efectos en Colombia por el mero motivo de que

conforme a la ley extranjera hubieran estado sometidos los contrayentes al requisito de la apostasía que establece nuestra ley 54 de 1924. Pero si este cambio de domicilio no ha sido *sincero*, sino que ha tenido como finalidad eludir la formalidad de la apostasía, entonces sí se configura un verdadero fraude a la ley que atentaría contra la organización establecida en nuestras leyes civiles. En condiciones normales, es decir, no existiendo el propósito de eludir un precepto imperativo de la ley colombiana, ese matrimonio surtiría efectos en el país porque la institución del matrimonio civil no pugna con el concepto de orden público que nuestras leyes definen y consagran.

En el caso sub-lite no está probado que la cónyuge fuera católica, y se sabe de cierto que no estuvo domiciliada en Colombia antes de su matrimonio. El marido ha probado que desde 1938 él viene residiendo de manera continua en Colombia. Que el 29 de marzo de 1949 salió de Medellín hacia Panamá para regresar al país el 2 de abril del mismo año, habiendo contraído matrimonio el día anterior al de regreso, en la Zona del Canal de Panamá, con la demandada señora Mary Baird, como se ha expresado. La cónyuge estuvo en Medellín sólo desde el 4 de marzo de 1949 hasta el 24 de los mismos mes y año en que salió para Barranquilla, según consta en la oficina respectiva de la Policía de Medellín. Contrajo matrimonio con el demandante en el lugar y recha indicados antes, y aparece con una nueva entrada a Medellín el 10 de abril del mismo año.

Si efectivamente se tratara de un fraude a la ley colombiana ejecutado por ambos contrayentes podría sentarse que el contrato estaba afectado de nulidad. Algunos consideran que el fraude a la ley, no estando consagrado como remedio con los alcances ya indicados fuera del país defraudado, no anula propiamente hablando el acto fraudulento, sino que lo hace inaplicable o "inoponible" en este país. Aunque dicha tesis, que parece exacta desde un punto de vista "universalista", no tiene interés verdadero en el país defraudado, porque en dicho país el acto debe considerarse como nulo, según lo anotan otras autoridades en la materia.

Pero si se trata de un contrato, como en el caso de autos, en cuya celebración no se ha probado que hubiera mediado fraude a la ley por parte de uno de los contrayentes, no puede hablarse de nulidad del

acto ni tampoco de aplicar algunos de los remedios de que se vale el país defraudado para sancionar su ley imperativa.

Ese remedio no podría aplicarse contra el contrayente que obró sin propósito fraudulento, y sería un absurdo pensar siquiera en que la nulidad podría afectar a una parte (la defraudadora), sin alcanzar a la otra (la inocente). Y debe tenerse en cuenta además que quien ha celebrado un contrato de la naturaleza del matrimonio no puede pedir la nulidad del mismo porque sería tanto como defenderse alegando su propia culpa (*Non auditur propriam allegans turpitudinem*). No se diga que conforme al artículo 2º de la ley 50 de 1936, la nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ella, inclusive quien celebró el acto nulo, porque esta disposición no se refiere al matrimonio, que es un acto jurídico extrapatrimonial, una institución especialmente reglamentada por la ley, cuyas causales de nulidad han sido erigidas en consideración exclusiva a dicho acto. (Arts. 140 del C. C. y 13 de la Ley 57 de 1887). Para cerciorarse de la juridicidad de este aserto obsérvese que el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 prevé el caso de la nulidad generada por objeto o causa ilícitos, que en ningún caso puede sanearse. Esta advertencia no se refiere al matrimonio porque en éste no puede darse el caso de objeto o causa ilícitos.

Las anteriores consideraciones son bastantes para concluir que debe confirmarse la providencia del Juzgado, y así se resolverá.

En razón de lo expuesto, el Tribunal administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CONFIRMA el fallo materia del recurso.

Sin costas, porque no aparece que se hayan causado en la apelación.

COPIESE, PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA SE.

LA PENSION ESPECIAL DE JUBILACION QUE CONSAGRA EL ARTICULO 267 DEL C. S. DEL T. NO OPERA CUANDO EL DESPIDO OCURRE DESPUES DE VEINTE AÑOS DE SERVICIO.

«Sin ahondar mucho en el sentido del artículo 260 fácilmente se comprende que los requisitos fundamentales para adquirir el derecho perfecto a la jubilación, son: veinte (20) años de servicios y cincuenta y cinco (55) años de edad.

Son estos los hechos estructurales de la acción, los antecedentes que es necesario acreditar para la prosperidad de una demanda encaminada a obtener esa prestación, pues si el retiro voluntario del trabajador o el despido ocurren después de cumplir el requisito de los veinte (20) años de servicio, pero antes de completar los cincuenta y cinco (55) años de edad, la obligación sólo es exigible cuando se cumpla la edad expresada. En este último caso, aun cuando se haya realizado el hecho primordial para la configuración del derecho, la falta de la edad requerida constituye una condición suspensiva que dilata la exigibilidad de la obligación hasta el momento en que se reúnan las dos condiciones de la ley. Es un derecho imperfecto porque para su cabal configuración falta una de las previsiones de la ley.

Este razonamiento que, a juicio de este Tribunal, guarda perfecta fidelidad con los propósitos del legislador, tiene su vigencia no sólo cuando el rompimiento del contrato sobreviene por voluntad del trabajador sino también cuando tal cosa ocurre por decisión unilateral del patrono. Ya lo dijo el artículo 260 en el inciso 2º: «El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad expresada, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de los veinte (20) años de servicios.

Luego resulta completamente ilógica y contraria a este texto legal la interpretación que pretende modificar la situación jurídica que él prevé, por la circunstancia de un despido injustificado antes de los cincuenta y cinco (55) años de edad, pero después de veinte (20) años de servicios. Si el trabajador cumple los veinte años de servicios, quiere decir que ya tiene a su favor el requisito primordial para el nacimiento

de su derecho a la prestación. La edad interviene con el sólo efecto de dilatar su exigibilidad, sea que el trabajador continúe al servicio de la empresa después de los veinte años de labor, o esté fuera de ella por cualquier motivo.

Cumplido el tiempo de labores previsto por el Código, ya el derecho del trabajador no puede ser interferido o menoscabado por la sola voluntad del patrono, puesto que el requisito de la edad puede llenarse dentro o fuera de la empresa como hecho normalmente inevitable por parte del patrono.

Lo que sí podía ocurrir —y esto lo previó ya el legislador— era que el patrono, para exonerarse de una próxima obligación de otorgar esta prestación, despidiera al trabajador antes de que éste cumpliera los veinte años de servicios, pues no reuniendo este requisito, se perdía, en el caso supuesto, toda perspectiva de derecho para el trabajador.

Pero, para evitar esta contingencia, se puso en vigor el artículo 267 del C. S. del T. que, como se vio por la transcripción de su texto, otorga al trabajador el derecho a una pensión especial cuando es despedido sin justa causa después de quince años de servicios continuos o discontinuos, derecho cuya exigibilidad empieza cuando el trabajador llegue a los 50 años de edad.

Habla el legislador en este caso de despido sin justa causa precisamente porque su previsión fue la de un despido determinado por el interés del patrono de exonerarse de una obligación próxima a configurarse dentro del ejercicio normal de sus relaciones contractuales. Si sobre esta base se plantea una acción y el patrono acredita la justicia del despido, quiere decir que no se está en el caso contemplado por la ley y, lógicamente, no cabe el reconocimiento de esa prestación especial de jubilación. Tiene aquí la ley un franco sentido de protección del trabajador tendiente a lograr la finalidad primordial que ella se propone o sea "la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social".

Es, pues, preciso armonizar los artículos 260 y 267 citados, pero no para sacar la inferencia de que un trabajador despedido después de veinte años de servicios, pero antes de los 55 años de edad, tiene derecho a la jubilación especial y luego, al completar dicha edad, a solicitar

el reemplazo o sustitución de esta indemnización por la general consagrada en el artículo 260.

Se trata de dos hechos diferentes gobernados por normas también diferentes en su letra y en su espíritu. Dentro de una sana interpretación de la ley no es posible examinar el caso contemplado por el artículo 267 haciendo abstracción del precepto contenido en el 260, y concluir que porque la primera de estas normas se refiere a un despido después de 15 años de servicios, ampara a los despedidos después de los 20 años de labores. Si el artículo 260 previó 20 años de trabajo como requisito esencial para la prestación general de la jubilación, el legislador no tenía necesidad de consignar expresamente en el artículo 267 que su previsión en este caso era para los trabajadores despedidos sin justa causa después de 15 años de labor y antes de 20.» (Sentencia del 7 de mayo de 1953. - Juicio de Jesús Vanegas contra la Compañía Colombiana de Tejidos S. A. - Ponencia: Dr. Tito Octavio Hernández L.)

NOTA: La tesis anterior ha sido confirmada, en varios fallos, por el H. Tribunal Supremo del Trabajo.

SALVAMENTO DE VOTO

«Mi desacuerdo con la mayoría del H. Tribunal consiste en que para ella no hay derecho a la jubilación especial del Art. 267 cuando el trabajador ha conseguido el derecho a la jubilación ordinaria, aunque su exigibilidad esté en suspenso por no haber cumplido los 55 años de edad y a pesar de que haya sido despedido injustamente por el patrono. En mi concepto no hay incompatibilidad entre estas dos pensiones sino que el derecho a ellas es sucesivo, vale decir que primero se devenga la pensión especial por el despido injustificado, aunque el trabajador lleve más de 20 años de servicios, la que luego se convierte en ordinaria cuando cumpla los 55 años de edad.

No pueden coexistir las dos pensiones si ellas son actualmente exigibles. La incompatibilidad de los derechos surge en caso de que todos sean perfectos, es decir, cuando se hayan reunido los requisitos para su nacimiento y su exigibilidad. De modo que si uno de ellos tiene los elementos para que nazca pero sometido a una condición sus-

pensiva para su exigibilidad, el otro puede hacerse efectivo siempre que reuna los requisitos de nacimiento y exigibilidad.

El caso es que Jesús Vanegas trabajó en la Compañía Colombiana de Tejidos S. A. por más de 30 años y fue despedido injustamente antes de cumplir los 55 años de edad. Entonces es de perfecta aplicación el Art. 267 que textualmente dice: "Todo trabajador comprendido por este capítulo que sea despedido sin justa causa *después de 15 años de servicios* continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Código, tiene derecho a que su patrono le pague una pensión mensual vitalicia equivalente al 75% de la pensión de jubilación que hubiere correspondido en caso de reunir todos los requisitos para gozar de esta última".

El Tribunal en su mayoría interpreta la norma atrás expresada en el sentido de que su aplicación es para el caso de un trabajador que haya laborado más de 15 años y menos de 20, cuando por otra parte haya cumplido 50 años de edad. Mas la norma no trae en su texto ni en su espíritu esa restricción, pues lo que dice es que el derecho se otorga a quien haya laborado más de 15 años y más de 15 años son 20 o 31 que efectivamente trabajó el actor, y porque la finalidad del legislador consistió en sancionar al patrono que sin justa causa dio por terminado el contrato, pretendiendo así bien impedir el nacimiento del derecho de jubilación antes de completarse el término de 20 años, o bien retardar su exigibilidad cuando llenado este requisito el trabajador no haya cumplido los 55 años de edad. En ambos casos hay culpa del patrono y perjuicio del trabajador que debe ser indemnizado con la jubilación especial.

Hay otro argumento a fortiori que consiste en que si un trabajador que es despedido injustificadamente después de 15 años y antes de 20 de servicio, tiene derecho a la jubilación especial cuando llegue a los 50 años, con más justicia lo tendrá el trabajador que en el mismo caso del despido injustificado tiene una vinculación laboral mayor de 20 años, pues es más digno de protección por su antigüedad, dándose el absurdo, si se entiende lo contrario, de que a su retiro por despido no pueda devengar pensión alguna, debiendo esperar el cumplimiento de 55 años para exigir la pensión ordinaria, con menoscabo de su propio sustento y el de su familia, lo que no puede perderse de vista en la interpretación de las disposiciones sociales, según el Art. 1º del Código.

Varios Tribunales lo han entendido así y la misma empresa demandada le concedió la pensión especial de jubilación por no haber cumplido los 55 años de edad y ahora le concede la ordinaria por haber llegado a ese término de su vida, sólo que estima que su liquidación ha de hacerse sobre el salario que devengó en el vigésimo año de trabajo, anterior a la vigencia del Código, en lo cual no estoy de acuerdo adhiriéndome en este punto a las argumentaciones de la mayoría del Tribunal.» (Salvamento de Voto, en el juicio de Jesús Vanegas contra la Compañía Colombiana de Tejidos S. A. - Ponente: Dr. Carlos Arango Hoyos, el 9 de mayo de 1953).

Artículo 13 del C. S. del T. - La legislación del trabajo consagra el mínimo de garantías y derechos.

«El debate planteado en este juicio es, como se ve, fundamentalmente, de derecho y por lo tanto en este punto debe ser examinado en primer lugar, pues adoptaba una decisión negativa a la tesis de la demanda, queda excusado el análisis de las cuestiones de hecho que comporta una conclusión positiva.

Y negativa es la decisión del Tribunal.

En la audiencia celebrada el 23 de abril último, el señor apoderado judicial de la parte demandante sostuvo que el Juzgado se equivocó al aplicar una disposición del C. S. del T., que no estaba vigente en el momento de la muerte del señor Gerardo Escobar, cuyo deceso tuvo lugar en el año de 1950 bajo el imperio de la ley 6ª de 1945. El artículo 13 del Código citado determina que las disposiciones contenidas en esa obra contienen el mínimo de derechos y garantías consagrados en favor de los trabajadores y que no produce ningún efecto cualquiera estipulación que afecte o desconozca este mínimo, lo que a contrario sensu indica que el trabajador bien puede recibir del patrono prestaciones superiores a las que determine la ley. Aunque es cierto que esta norma no existía en el año de 1950, es la verdad que con otras palabras el Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la ley 6ª del mismo año, establecía el mismo principio. Así por ejemplo, el artículo 31 de ese Decreto, al señalar las disposiciones que cuando menos debe contener un

reglamento interno de trabajo, indica en su ordinal 12) como una de ellas las prestaciones adicionales a las obligatorias legalmente, en su caso; el artículo 34 del mismo estatuto establece a su turno que las normas de las convenciones individuales o colectivas o las decisiones arbitrales, sustituyen de derecho las disposiciones del reglamento interno, en cuanto fueren más favorables al trabajador y parecida regla contiene el artículo 19 del Decreto. En los artículos está latente el principio de que se viene hablando. El legislador deja abierto el campo para que los patronos, en la medida de sus capacidades y de su buena voluntad procuren la realización de una justicia social más perfecta que la que plantean las normas legales.

Sostiene también el apoderado del demandante que las donaciones no se presumen y que corresponde al donatario demostrar la liberalidad del supuesto donante, fuera de que para que exista donación es indispensable que haya la intención de donar por una parte y la voluntad de recibir por la otra, con miras a fundar la reclamación que se considera. Este planteamiento de la cuestión resulta sofisticado. La donación es acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona que la acepta, según el artículo 1.443 del C. C., pero tratándose de prestaciones o indemnizaciones otorgadas en razón de un contrato de trabajo, el servicio prestado por el trabajador representa la causa de ellas y cuando se conceden en cuantía mayor a la señalada por la ley, no está, por lo tanto, el trabajador, en la posición de un donatario que debe demostrar la liberalidad del patrono. Además según el artículo 2.315 del C. C., se podrá repetir aun lo que se ha pagado por error de derecho cuando el pago no tenía por fundamento ni aun una obligación puramente natural y no resulta aventurado calificar como tal la que el empleador tiene de atender con generosidad a las situaciones difíciles creadas para quien en su provecho desarrolla su capacidad de trabajo. Esto, en el caso de que se admitiera la tesis del error de derecho, que por otra parte no aparece procedente por lo que se dijo más arriba.» (Sentencia del 6 de mayo de 1953. - Juicio de Carlos E. Tamayo contra Saturnino Escobar y Dolores Betancur. - Ponencia: Dr. José M. Ochoa Mejía).

Indemnización por ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo. El uso de la empresa como fuente de derechos.

«La relación histórica de los hechos que trajeron como consecuencia la desvinculación del trabajador, no ha sido materia de discusión en este proceso. Ocurre simplemente que entre las partes hay una apreciación diferente en cuanto a las consecuencias de la ruptura del contrato.

Para el trabajador constituye un incumplimiento de lo pactado el hecho de que la Cooperativa, unilateralmente, haya introducido una modificación fundamental al contrato obligando al contador a someterse a la jornada máxima legal e imponiéndole el requisito de realizar su oficio desde las oficinas de la entidad.

Para la cooperativa esta decisión no tiene esa trascendencia puesto que ella puede explicarse dentro de las facultades que le otorgan los estatutos y teniendo en cuenta que su finalidad es la de favorecer la organización y funcionamiento de la empresa.

La comunicación del demandante en la cual le declara a la Cooperativa su inconformidad con esta resolución que él interpreta como una ruptura de la relación, es interpretada por la Cooperativa como una renuncia voluntaria del cargo.

Para el Tribunal la Cooperativa incumplió lo pactado, y por razón de esta violación del contrato, el trabajador lo rescindió.

Incumplió lo pactado, porque de autos se deduce con toda claridad que Pedro Luis Alvarez se obligó a desempeñar el cargo de contador empleando para ello el tiempo que le requería el perfecto cumplimiento de su deber. De ahí que no haya sido óbice el hecho de que en la época en que se iniciaron las labores, Alvarez desempeñara durante las horas del día un empleo en el Municipio de Medellín, empleo que conservó hasta el año de 1947.

En el proceso obran las declaraciones del Dr. Gabriel Congote, socio de la Cooperativa desde su iniciación; del señor Manuel Hernández Benjumea, Auditor de esta institución desde hace cuatro años; la del Dr. Jorge Hernández, quien prestó los servicios de Gerente de la Cooperativa por un lapso aproximado de diez años hasta enero de 1949, y la del señor Efraim Gómez, quien desempeñó el cargo de Auditor desde

el 18 de febrero de 1943 hasta el mes de marzo de 1947. De todos estos testimonios se saca la inferencia de que Alvarez trabajó asiduamente como contador, llevando correctamente los libros respectivos y documentos contables de la institución, y que el Consejo de Administración hizo el nombramiento de contador con pleno conocimiento de que Alvarez era trabajador de tiempo completo al servicio del Municipio de Medellín y que por tanto, de acuerdo con las necesidades de la Cooperativa, los servicios se prestarían sin sujeción a horario y por el tiempo requerido.

Es verdad que en principio el patrono tiene la facultad de disponer lo conducente al horario dentro del cual debe ejecutarse la labor, pero esta atribución no es absoluta. Es necesario tener en cuenta las obligaciones contractuales a fin de que el ejercicio de esa facultad no implique una modificación arbitraria del contrato susceptible de colocar al operario indirectamente en circunstancias de despido.

En el caso de autos resulta evidente que el trabajador se vio imposibilitado para continuar la ejecución de sus labores acomodándose a la voluntad y decisión del patrono. Hay que aceptar que entre las consideraciones iniciales del operario estuvo la de que el desempeño de su oficio podía llevarse a término en el tiempo que le dejaba el cumplimiento de las obligaciones derivadas de su condición de empleado al servicio del Municipio de Medellín. Sobre esta base se pactó la remuneración y dentro de esos límites de su relación jurídica con la Cooperativa hay que situar el ejercicio de las atribuciones de ésta. Por eso la sujeción a un horario determinado en la forma a que se ha hecho referencia, se traduce en una violación de lo pactado.

El artículo 64 del C. S. del T. dispone que en todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el daño emergente y el lucro cesante, y agrega: "En caso de que el patrono tenga que indemnizar perjuicios al trabajador, por ruptura unilateral e ilegal del contrato, el lucro cesante consiste en el monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo".

Pudiera argüirse que en el caso de autos no tiene aplicación la parte final del artículo 64 citado porque la ruptura del contrato sobrevino directamente por un acto del trabajador y no del patrono, y que

dentro de este ordenamiento no es posible legalmente presumir la indemnización en lo que atañe al lucro cesante, siendo carga del operario la de establecerlo por un desplazamiento lógico de la obligación de probar.

Pero a juicio de esta Sala el argumento no es valedero, ya que para efectos de la indemnización por razón de los perjuicios causados al trabajador, es lo mismo que éste cese en la prestación de su trabajo como consecuencia del despido o que se llegue a tal situación porque el trabajador rompa el contrato determinado por una causa ilegal imputable al patrono. Tan sorpresivo es para el trabajador un despido injusto como una violación unilateral del contrato que lo coloque en imposibilidad de continuar en el desempeño de su oficio. La consecuencia en ambos casos es la separación del operario de su trabajo y esta situación de conflicto debe ser indemnizada por el patrono.

Si el legislador no se refirió a este caso concreto para amparar al trabajador con el estatuto sobre presunción de perjuicios, ello se explica porque dentro del complejo de la vida social es muy difícil para el legislador prever todas las circunstancias o conflictos que puedan presentarse entre patronos y trabajadores por razón de los contratos que celebran entre sí. Pero la jurisprudencia, en un esfuerzo interpretativo, puede amparar con el texto legal aquellos casos que no fueron previstos concretamente pero en los cuales existe la misma razón que inspiró la previsión legislativa.»

.....
.....

«La solicitud de vacaciones por razón de los últimos nueve meses de servicio se apoya en la circunstancia de que por actos repetidos en el tiempo la Cooperativa ha consagrado la práctica de otorgar a sus empleados las vacaciones por fracciones de año.

Para acreditar este antecedente se trajo a los autos el informe de fls. 55 donde aparece que a seis empleados de la Cooperativa y en épocas diferentes se les liquidó este derecho por fracciones de año.

Puede decirse que esta práctica de la Cooperativa reforma favorablemente para el trabajador el estatuto sobre vacaciones, puesto que por actos continuos y análogos ha establecido el uso de reconocer a sus empleados vacaciones por fracciones de año. Constituye esto una

franquicia del patrono que ya hay que entenderla como norma reguladora de sus relaciones contractuales.

La aplicación del uso o costumbre dentro de una misma empresa se apoya en el principio de igualdad de condiciones de trabajo, pues no sería equitativo que dentro de ese sistema o conducta patronal, unos trabajadores resultaran beneficiados con la amplitud del patrono y otros no. La misma naturaleza del contrato de trabajo debe tenerse en cuenta como factor apreciable para oponerse a ese hecho que resultaría extraño dentro de la armonía que debe presidir las relaciones contractuales. De ahí que el Tribunal reconozca a favor del trabajador las vacaciones por razón de los últimos nueve meses de labor». (Sentencia del 4 de septiembre de 1953, en el juicio de Pedro Luis Alvarez P. contra la Cooperativa de Trabajadores Municipales de Medellín Ltda. - Ponente: Dr. Tito Octavio Hernández L.).

Interpretación de los contratos de trabajo. - Alcance de los conceptos actividad personal y autonomía técnica.

«Para desentrañar el sentido y alcance de una relación de trabajo debe atenderse más a la forma como se ha desarrollado que a las cláusulas consignadas en un documento destinado a regirla; de otra manera, tienen más fuerza los hechos que las palabras, el contrato escrito sirve como principio orientador para descubrir la intención de las partes contratantes pero debe tenerse en cuenta el alcance que en la práctica esas partes le han dado al compromiso. Según los testigos Ospina, Orozco y Villa, de la parte demandante, el señor Botero, durante el tiempo ya mencionado, ha verificado el sacrificio de reses personalmente y esta circunstancia tampoco la desconocen los testigos López y Arango, de la parte demandada, sólo que advierten que el señor Botero ha desempeñado sus labores con el auxilio de ayudantes, que él paga según Arango. Si a través de todo el desarrollo del contrato el demandante ha prestado sus servicios personales, está cumplida la condición esencial al contrato de trabajo de que concurra la actividad personal del trabajador; adviértase que la exigencia legal de que se trata no implica que un solo trabajador haga toda la obra proyectada, como algunos quieren entenderlo alegando que no puede valerse de ayudantes en cuanto sean pagados por él mismo con el producto que obtiene del beneficiario del

trabajo; esta es una argumentación sofisticada porque resulta completamente adjetivo que el pago de los ayudantes o auxiliares no se verifique directamente por el empleador sino en forma indirecta, a través del llamado contratista, cuya labor en este caso resulta doblemente provechosa para el patrono, porque a la vez que incorpora a la obra su trabajo manual, desempeña una labor de coordinación y dirección de los otros trabajadores. Sería ilegal e injusto excluir a los llamados contratistas, que en realidad no lo son sino de mano de obra, de los beneficios de la legislación social. Sólo en el caso contemplado en el Art. 34 del C. del T., esto es, cuando el contrato tiene lugar con una persona que en su desempeño se ajuste al concepto de contratista independiente, puede admitirse esa conclusión. El demandante no era uno de estos porque no realizaba su labor con sus propios medios, ya que los testigos invocados por él dan cuenta de que la faena se desenvolvía en el establecimiento de matadero de dicha Compañía, ubicado en sus instalaciones y, según el testigo Villa, la empresa, por medio del administrador de la fonda suministraba a Botero todas las herramientas y útiles para el desempeño de sus funciones; este dato lo corroboran las afirmaciones de los empleados de la fonda en el momento de la inspección ocular. En cuanto a la autonomía técnica y directiva invocada por la defensa cabe decir que no se puede extender el concepto hasta el extremo de afirmar que un trabajador calificado disfrutaba de dicha autonomía por el solo hecho de que la especialidad de su labor lo sustrae de una dirección muy acentuada y que los testigos López y Villa dan cuenta de que el administrador de la fonda ha tenido bajo su dependencia a todo el personal del matadero, incluyendo al demandante.

De otro lado, por el hecho de que en el pago que recibe el contratista de mano de obra esté incluido con su salario el de los ayudantes y por el de que en gracia de tal circunstancia sea difícil determinar el salario del primero para la liquidación de sus prestaciones, no puede concluirse ni que no existe el contrato de trabajo ni que las prestaciones resultan ilusorias, porque, o puede demostrarse cuánto de la suma global le correspondería al contratista o pueden liquidarse las prestaciones, en último caso, con base en el salario mínimo que a partir del 1º de enero de 1950 rige en todo el territorio de la República.» (Sentencia de 24 de septiembre de 1953, juicio de José Botero contra Frontino Gold Mines. - Ponente: Dr. José M. Ochoa Mejía).

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA

Ponente: Dr. J. Eduardo Orozco Ochoa

Medellín, Febrero nueve de mil novecientos cincuenta y seis.

El Dr. NN en su carácter de apoderado sustituto de la Señora XY, mayor de edad, de nacionalidad extranjera, demanda al Gobernador del Departamento de Antioquia, Brigadier General Pioquinto Rengifo en su calidad de representante legal del Departamento, para que mediante el trámite especial que consagra el Capítulo XV de la ley 167 de 1941, se hagan en sentencia que cause ejecutoria, las siguientes o similares declaraciones:

“Primera. Es nula la resolución número 323 del ocho de junio de mil novecientos cincuenta y cinco (1955) proveniente de la Gobernación de Antioquia, Departamento de Personal, por la cual se negó a la Señora XY derecho a percibir del Departamento de Antioquia, la suma de dinero correspondiente al seguro de vida de su hijo, muerto trágicamente al servicio del Departamento de Antioquia.

“Segundo. Como consecuencia de la anterior declaración, se reconoce a la expresada señora en su calidad de madre y única heredera del finado, derecho a un seguro de vida doblado equivalente a la suma de DIEZ Y SEIS MIL OCHOCIENTOS PESOS (\$ 16.800,00) que corresponden a dos años de un sueldo de setecientos pesos mensuales (\$ 700.00), fijado en el contrato como remuneración.

“Subsidiariamente solicito, que como consecuencia de la declaración de nulidad de la resolución, se condene al Departamento a pagarle a la Señora XY, en su ya reconocida calidad, la suma de OCHO MIL CUATROCIENTOS PESOS (\$ 8.400,00), valor del seguro de vida de su hijo, equivalente a un año de sueldo, según una asignación mensual de setecientos pesos (\$ 700.00)”.

Los hechos fundamentales pueden sintetizarse en que por virtud del contrato N° 26 del 18 de Julio del año 1954, en el cual se obligó el dicho hijo de XY en el desempeño de sus funciones de Médico Veterinario, al servicio del Departamento de Antioquia, trabajo que prestaría el contratista durante el tiempo que fijaran las leyes del trabajo en el país, o sea el de ocho horas diarias y por el término de un año a contar del 1° de Agosto de 1954, reconociendo el Departamento una remuneración mensual de \$ 700,00; que el contratista se sometió a la legislación colombiana en todos aquellos litigios que se originaran en la interpretación o ejecución del contrato; que el contratista emprendió el viaje a Colombia cuando ya se había iniciado el término de duración del contrato, y con tan mala suerte que pereció trágicamente como consecuencia del accidente aéreo de la nave en que viajaba, el que acaeció en las Azores, el 9 de Agosto de 1954; que la Señora XY en ejercicio del derecho que le confiere la legislación nacional y particularmente las ordenanzas departamentales de Antioquia, según lo previsto en la cláusula 5ª del contrato, como beneficiaria tácita del seguro de vida reconocido a los empleados departamentales, solicitó ante la Sección Segunda de Personal de la Gobernación el reconocimiento y pago de este beneficio social. El Departamento por medio de la Resolución N° 323 de 8 de Julio de 1955, proveniente de la Gobernación, no accedió a la aludida solicitud, fundándose en que el contratista el día de su trágico fallecimiento, se hallaba en mora de cumplir las obligaciones; que el apoderado de la Señora XY se dio por notificado de la citada resolución el 25 de Agosto del año pasado.

Para resolver, en orden a la admisión o inadmisión de la demanda, se considera:

Presupuestos procesales:

Es de primera importancia examinar si se hallan los presupuestos procesales, que al decir de la H. Corte Suprema no son sino tres: Juez, actor y reo, (G. J. N° 2.064, pág. 710).

Estos presupuestos o condiciones que deben existir para entrar al fondo del asunto, están—consagrados por la jurisprudencia y los

tratadistas, y según informe del Señor Ministro de Justicia, constituirán capítulo especial en la reforma del C. de Procedimiento Civil, hacen referencia a la constitución del proceso, mientras "los requisitos de la acción hacen referencia a la relación sustancial que pre-existe al proceso". También el H. Consejo de Estado, en recurso de súplica con ponencia del Dr. J. Prieto, sugiere éste método. (Anales 367, pág. 653).

El presupuesto Juez se refiere a que el juez sea competente jurisdiccionalmente para aprehender el conocimiento.

De conformidad con el artículo 150 del C. Judicial, de aplicación en lo administrativo por autorización del artículo 282 del C.C.A.,

"La competencia del Juez para conocer de un asunto se fija por la naturaleza de él, o por la calidad de las partes, o por razón del lugar donde debe ventilarse".

"Por lo que hace a la naturaleza del asunto y a la calidad de las partes, la competencia se determina en las disposiciones que detallan las atribuciones de cada autoridad judicial, y es improrrogable, salvo excepción expresa".

Como por la calidad de las partes y el lugar en donde debe ventilarse este negocio, no cabe duda de que puede corresponder a este tribunal, se pasará a estudiar si también corresponde en lo concerniente a la naturaleza del asunto, o sea, si se cumplió el presupuesto denominado Juez. En orden a este tema el H. Consejo de Estado, en importantísima, lógica y jurídica sentencia del año antepasado, que corre publicada en anales 377, pág. 159, expuso lo siguiente:

"Es indudable que la justicia del trabajo tiene Facultad, al par que la contencioso administrativa, para conocer de demandas contra la Nación, los Departamentos, los Municipios, los establecimientos públicos y los institutos o Cajas de Previsión Social o instituciones de derecho social por virtud de los artículos 7º, 8º, 9º, 10º y 11º, del decreto. 2158 de 1948, sobre procedimiento en los juicios de trabajo. La competencia para que

de una demanda de tal naturaleza pueda conocer una u otra jurisdicción nace de las dos disposiciones que se estudian en seguida:

"No son acusables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo:

"1º. Las resoluciones de los funcionarios o autoridades del orden administrativo, **que tengan origen en un contrato**".

"Y el artículo 2º., inciso 1º del Decreto 2188 de 1948, sobre procedimiento en los juicios de trabajo, establece:

Artículo 2º. **Asuntos de que conoce esta jurisdicción.** La jurisdicción del Trabajo está instituída para decidir los conflictos jurídicos **que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo**".

"Relacionando las dos disposiciones anteriores, resulta claro lo siguiente: Si la justicia administrativa no puede conocer de actos o resoluciones que tengan **origen en un contrato** y si, en cambio, la justicia del trabajo sí conoce de los conflictos que se causen directa o indirectamente de un contrato de tal naturaleza, el criterio para determinar a cual de dichas jurisdicciones corresponde decidir de un negocio contra la Nación, los Departamentos, los municipios, los establecimientos públicos, las cajas de Previsión Social, etc, no es otro que el de averiguar **la naturaleza del vínculo jurídico que unía al demandante con la entidad demandada**; si era una relación de derecho público, la competencia sería de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pero si el vínculo era contractual—laboral, corresponderá conocer del asunto a la jurisdicción del trabajo".

". . . Es, pues, indiscutible que la legislación social colombiana de todas las épocas divide en dos grupos a los trabajadores oficiales: el de los que están unidos a la Administración por una relación de derecho pú-

blico, y el de los que están vinculados a ella por un contrato de trabajo. Y este mismo criterio tiene que ser el que determina la competencia para decidir los conflictos que se susciten con cualquiera de tales grupos de servidores oficiales, dada la naturaleza de las jurisdicciones contencioso administrativa y del trabajo. "La primera tiene como función el dirimir los conflictos que se susciten entre gobernantes y gobernados, o entre entidades públicas, **siempre que el origen del conflicto no nazca de un contrato**, y la segunda está instituída para decidir las diferencias que surjan entre gobernados o entre gobernantes y gobernados, **siempre que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo**."

"Concretándonos al caso de autos, es cierto como lo afirma el demandante que el Banco Agrícola Hipotecario, al igual que otras instituciones similares, no es entidad de derecho privado por su origen, su constitución y sus finalidades, y así lo dijo el consejo en la sentencia citada de 9 de Noviembre del mismo año (Elías A. Bohórquez contra la Caja Nacional de Previsión. T. LIX de los anales del consejo, pág. 86), en la que, por vía enumerativa, cita como establecimientos públicos: Banco de la República, Superintendencia Bancaria, Superintendencia de Sociedades Anónimas, Caja de Crédito Agrario, Caja Colombiana de Ahorros, Instituto Nacional de Abastecimiento, Instituto de Fomento Industrial, Banco Central Hipotecario, Consejo Administrativo de los Ferrocarriles, Empresa Nacional de Navegación, Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Universidad Nacional y muchos más, tesis ésta sostenida también por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 4 de Marzo de 1938 (Orozco Ochoa, Jurisprudencia, número 658).

"Pero el hecho de que sea entidad de derecho público o establecimiento público, o servicio descentralizado

o instituto semioficial el demandado, no fija la competencia privativamente en el Consejo de Estado para asunto de prestaciones sociales, por cuanto que ya se vio que también la tiene para conocer de demandas contra tales entidades y por el mismo asunto el Tribunal Supremo del Trabajo, en casación, y los jueces y tribunales del ramo, en primera y segunda instancias. Sostener otra tesis equivaldría a dejar como inoperantes los artículos 7º, 8º, 9º, 10º, y 11o. del procedimiento laboral.

Tampoco es regla para determinar la competencia el que se trate de un acto administrativo, pues lo son todos los que dicta, verbigracia, el Ministro de Obras públicas, respecto de prestaciones sociales de los trabajadores dedicados al sostenimiento y construcción de tales obras, los cuales por disposición expresa, antes transcrita, están ligados por contrato de trabajo y de cuyos negocios ha venido conociendo la Jurisdicción Laboral, y este consejo se ha negado a conocer reiteradamente en todos los casos en que se ha presentado ante él alguna demanda de dicha naturaleza.

"Por esta vía, pues, también se llega a la misma conclusión inicial: **El criterio para fijar la competencia del negocio** sobre prestaciones sociales contra la Nación, los Departamentos y los Municipios, los establecimientos públicos, las entidades semioficiales, **es el de averiguar la naturaleza del vínculo que une inmediatamente al demandante con la entidad demandada**.

"Cuando se trata de **empleados públicos**, o sea, de los unidos a la administración por una relación de derecho público, la competencia es de la jurisdicción contencioso-administrativa; cuando se suscita el conflicto con **trabajadores oficiales**, o sea, de los ligados a la Administración por contrato de trabajo expreso o ficcionado, la competencia radica en la Jurisdicción Laboral".

Si es cierto que, en términos generales, como dice el artículo 4° del Decreto 2127 de 1945, las relaciones entre empleados públicos y la administración Nacional, Departamental o Municipal NO CONSTITUYEN CONTRATO DE TRABAJO, y se rigen por leyes especiales, a menos que se trate de los especificados en el mismo ordenamiento, ello no quiere decir que la Nación, los Departamentos y los Municipios no puedan celebrar contratos de trabajo con no empleados, como lo hizo el Departamento con el contratista, pues una cosa es lo expresado por dicho artículo y otra que el departamento efectúe un contrato en que se llenen los requisitos para un contrato de trabajo.

Mucha ha sido la literatura jurídica, ora de expositores, ya del Tribunal Supremo del Trabajo y Tribunales de los distintos distritos Judiciales en lo concerniente al complejo tema de las relaciones entre el Estado y trabajadores.

Para lo pertinente al caso de autos, ilustra el punto el interesante estudio del Dr. Guillermo González Charry, publicado en la revista "Derecho del Trabajo" Nos. 95 y 96, en el cual se sugiere la conveniencia de legislar sobre el escabroso problema y propone una fórmula "para someter a la consideración de la Comisión que en la actualidad se ocupa de redactar el llamado "estatuto del empleado".

Examina el Dr. González, con citas oportunas, las sucesivas fases, que divide en cinco, que ha tenido el punto en cuestión.

En gracia de la brevedad, se transcribe únicamente la fase distinguida con el ordinal quinto de dicho estudio, ya que la cuarta sobre salvamento de voto del Dr. Benavides Patrón, fue superada por aquella. En esta última el eminente magistrado del Tribunal Supremo del Trabajo Dr. Alejandro Córdoba, hace una serie de apreciaciones . . .

"que dejan la impresión de haber afrontado el problema desde un punto de vista de mayor objetividad y en mejor acuerdo con el propósito y sentido del artículo 4° del decreto 2.127 de 1945. Las partes especiales de este fallo dicen así:

"El recurrente sostiene que los empleados del acueducto de Bogotá son empleados públicos porque se encuentran dentro de la definición del artículo 4° del decreto 652 de 1935. Pero no es posible confundir las definiciones de empleado público y de empleado oficial, según ellas, todo empleado público es empleado oficial PERO NO TODO EMPLEADO OFICIAL ES EMPLEADO PUBLICO. Empleado Oficial es el género, empleado público es la especie. La noción de empleado del servicio oficial se opone a la de trabajador particular".

"La diferencia que resulta entre el empleado público y el empleado del servicio oficial simplemente, ha sido reconocido en normas como el artículo 14 del Decreto 2350 de 1944, el artículo 4° del 2127 de 1945, el artículo 44 del Decreto 2313 de 1946 y está consagrada en el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo. Erróneo sería interpretar que todos los empleados del servicio oficial son empleados públicos, por que sería hacer desaparecer la diferencia establecida por el artículo que sirve de base a la acusación y por el que lo reemplazó en el Código Sustantivo del Trabajo . . . El juicio se entabló para que se declarara de empleados públicos el síndico de empleados del Acueducto Municipal de Bogotá—, pero desde un principio se comenzó— a tratar de la cuestión, no desde el punto de vista de los integrantes del Sindicato, sino desde el carácter que el Acueducto tenía, es decir, no se entró a examinar, si los sindicalizados eran empleados públicos o meros empleados oficiales, sino que investigó si el Acueducto Municipal de Bogotá era un or-

ganismo oficial o una persona administrativa autónoma. Esa discusión (sic) y la solución adoptada no corresponden a la diferencia que entre Sindicatos de Empleados Públicos y sindicatos de otros trabajadores establece la ley, porque ésta no dice que los trabajadores de los organismos oficiales solamente forman sindicato de empleados públicos, ni que los trabajadores de las personas administrativas autónomas forman sindicatos de Trabajadores Oficiales. Por el contrario, el artículo 6° del Decreto 2158 de 1948, indica que tanto en las entidades de derecho público como en las personas administrativas autónomas puede haber trabajadores ligados por medio de contrato de trabajo y por relación de derecho público, pues habla de acciones contra tal clase de entidades y como la jurisdicción fue instituída para reconocer de conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo.

TANTO LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO COMO LAS PERSONAS ADMINISTRATIVAS AUTONOMAS DEBEN TENER LA POSIBILIDAD DE CELEBRAR CONTRATOS DE TRABAJO, y de allí que la distinción de que trata la sentencia acusada no corresponde al criterio establecido en la legislación”.

El Tribunal considera que si se examina la naturaleza del asunto (Art. 150 del C. J.), la naturaleza del vínculo entre la Gobernación y el contratista y la naturaleza del trabajo de éste, no es el negocio de competencia del Tribunal Administrativo, consideración que hace no sin reconocer la complejidad del problema, pero basado en lo sostenido por el H. Consejo de Estado en la magnífica sentencia inserta en lo pertinente. Es de observarse que al notificársele al D. XZ la resolución N° 323 de 8 de Junio, no interpuso recurso de reposición y se contentó con renunciar términos. (Fs. 5).

El Tribunal al inadmitir la demanda, manifiesta que lo hace con el fin de no adelantar un proceso que a la postre puede ser nulo, como estaba tocado de nulidad el estudiado por el H. Consejo de Estado, a que se refiere el auto de 6 de Septiembre de 1951, en que fue ponente el Dr. J. Prieto. (Véase anales N° 367 pág. 653); mas advierte que entraría, con agrado, a decidir el negocio, que por aspectos formales está sencillito, si no se aceptaran los anteriores puntos de vista por el Consejo de Estado;
Por lo expuesto, el Tribunal se abstiene de admitir la demanda, por no ser competente por la naturaleza del negocio.

Cópiese y notifíquese.

JURISPRUDENCIA PENAL

Las cuentas de cobro contra las entidades oficiales pueden constituir documentos y dar lugar, cuando hay destrucción adulteración o modificaciones al delito de falsedad.

“Para tipificar este delito (falsedad) la oposición ha surgido sobre un punto que si concreto es de extrema delicadeza en sus aspectos técnico-jurídicos. Se trata de saber con alguna exactitud si las cuentas, de cobro por prestaciones sociales contra el Departamento, formuladas por los interesados a quienes se refiere la sumaria, o las que el procesado formuló, suplantando las originales, pueden denominarse documentos, conforme a derecho, y principalmente frente a la ley penal colombiana. De otra parte, definir, admitida la calidad de documento, su especie de públicos, oficiales o privados.

“El documento ha sido definido con marcada precisión por casi todos los tratadistas de derecho y para los efectos penales, propiamente dichos, las definiciones expresan elementos que le son propios para que pueda surgir el delito de falsedad documentaria.

“Sebastián Soler, citado por el señor Magistrado ponente, en su tratado de Derecho Penal Argentino (Tomo V.) afirma que “Documento es una atestación escrita en palabras mediante las cuales un sujeto expresa algo dotado de significación jurídica”. Y agrega: “El documento debe indicar a un sujeto que es su otorgante. Ello puede resultar del contexto o del signo característicamente autentificador constituido por la firma . . . Como consecuencia de ello debe computarse como documento aquello que lleva en sí mismo esa forma autenticadora independiente, de manera que el documento en sí, además de su tenor literal, encierre autenticidad”.

Para el profesor Juan P. Ramos, el documento es “un acto escrito que contiene manifestaciones de pensamiento o declaraciones de voluntad susceptibles de crear entre personas de derecho público o del derecho privado, ciertos efectos y relaciones jurídicas que cuan-

do alguien—que puede ser el mismo que lo escribió o un tercero—adultera, agrega, suprime o destruye, incluye, etc. respecto de una circunstancia que el documento debe probar, en modo que pueda resultar perjuicio, origina la aplicación de una pena”.

“Von Liszt lo define como “todo objeto destinado por su contenido intelectual y no sólo por su existencia, a probar un hecho de consecuencias jurídicas. Es decir, que es una declaración materializada que demuestra un derecho, sea produciéndolo o sea atestándolo”.

“Todo escrito que tenga un autor y contenga una declaración, manifestación o atestación capaz de producir efectos jurídicos”, es la definición de Lombardi.

Jofré sostiene que son documentos “las escrituras u otros signos gráficos destinados a expresar o perpetuar los títulos de las relaciones jurídicas”.

Qué razones valederas de orden jurídico cabe oponer, vistas las anteriores definiciones, todas coincidentes en sus elementos principales, a la tesis de que las cuentas de cobro a que los autos se refieren, tienen o reúnen las calidades de documentos? Decir que no entrañan testificación o no son aptas para establecer una relación jurídica, o para producir efectos jurídicos, es apartarse del concepto fundamental de documento y hacer depender su existencia de ritos o formalidades que no son de su esencia.

La cuenta de cobro en razón de prestaciones sociales que se presenta a una entidad de derecho público (en este caso el Departamento de Antioquia), expresa la existencia de un derecho para cuya demostración—como fórmula—se acompaña la resolución que lo declara. De ese derecho, al exigirlo, da fé el firmante, quien puede en su condición de titular del derecho hacerlo valer directamente, negociarlo o cederlo. No puede pensarse con criterio simplista en el sólo formulario o esqueleto de cuenta, sino en la cuenta de cobro con todas sus apariencias de legitimidad y la prueba adjunta (resolución administrativa) que da derecho a exigir y facultad para negociar.

“El parangón entre nómina y cuenta para decir que la primera conlleva los signos de autenticidad y oficialidad, impropios de la segunda, no es admisible y sólo presta mérito para distinguir los documentos por su especie, atribuyéndole a la nómina valor de documento oficial y a la cuenta de cobro, de documento privado.

“ . . . La falsedad se operó—como ya se dijo—sobre documentos legítimos, o en otros términos, sobre las cuentas originales que los acreedores a las prestaciones sociales presentaron contra el Departamento, y consistió en suprimir o destruir esos documentos para hacer viable la suplantación. Esta forma de falsedad, como se ve, incide en primer término, por su propio modus operandi, sobre papeles no afectos de vicios materiales o ideológicos de adulteración, lo que autoriza, sin mayores dificultades ubicar la acción en el caso del artículo 240 del C. P.

“Pero como el iter críminis no termina en la sola acción de suprimir o destruir los documentos, sino que ella es parte integrante del proceso de falsedad, entendido en los fines últimos propuestos por el agente del delito, hay que acoplar esa acción primera a los efectos propuestos y realizados y que se traducen en el fraude operado por la suplantación.

“Se dirá, entonces, que habiéndose cometido la falsedad (por destrucción o supresión) sobre los documentos originales o legítimos, no siendo éstos, en un sentido material y objetivo los usados por el procesado para obtener el lucro, sino los que él elaboró a su amaño, sin imitación o fingimiento, no es dable deducir responsabilidad conforme a lo previsto en el artículo 242 del C. P. Esta hipótesis, no obstante lo expuesto, es jurídicamente inadmisibles: la empresa criminal hay que apreciarla en toda su integridad, teniendo en cuenta los elementos subjetivos y objetivos de la infracción. Al ser suprimidos o destruídos los documentos originales ideológicamente hubo el uso de ellos, recurriendo el agente de manera necesaria al expediente de la suplantación.

“ . . . Ahora bien: como la falsedad en documentos privados previene como dolo específico el perjuicio de tercero o la intención de causarlo (arts. 240 y 241 del C. P.), la estafa no puede concurrir como entidad autónoma, incorporada como queda a la falsedad, que en el fondo y por sus fines alcanza el mismo contenido, con la diferencia de su mayor gravedad en razón del medio de comisión.

(Auto de calificación en la causa por falsedad y estafa contra N. N. Magistrado ponente: Dr. Gustavo Rendón G.).

TRIBUNAL SUPERIOR — SALA PLENA

Medellín, Mayo siete de mil novecientos cincuenta y seis.

Mag. Ponente **Julio González Velásquez**

Préstamo de firma del abogado — Falta contra la moral profesional.

. . . Es principio constitucional el de que “Nadie podrá litigar en causa propia o ajena sino es abogado inscrito” (art. 40 Cons. Nal.), repetido en la Ley 69 de 1945 que señala taxativamente casos de excepción en los cuales no se requiere la intervención de abogado inscrito. Ese principio de interés social o público es de necesario acogimiento e imposibilita a los funcionarios para permitir o tolerar que quienes carezcan de la aludida calidad ejecuten actos propios de la profesión de abogado, y por lo mismo incurren en sanciones los empleados que con su obrar permiten que personas no autorizadas para ello cumplan actividades que corresponden a los abogados inscritos. Este carácter pudo adquirirse y se adquiere con el lleno de las condiciones expresamente determinadas en la ley y el acuerdo que sobre el particular dicte el respectivo Tribunal Superior, por petición del interesado.

De lo anterior se desprende que aquellos actos por medio de los cuales se trate de propiciar a personas comunes el ejercicio de la abogacía implican fraude a la ley, por lo que en buena lógica son censurables por llevar en sí ilicitud. Si el profesional inscrito realiza actividades tendientes al fin indicado es merecedor de sanción ya que el acto suyo en manera alguna cabe valorarlo como indiferente, puesto que si esas actividades son reiteradas se hace manifiesta la violación de la ley, violación que en su fondo entraña la génesis de situaciones arbitrarias y como tales contrarias al orden jurídico, como también a la moral profesional.

En efecto, el llamado préstamo de la firma trae la consecuencia inmediata de un desplazamiento de personas idóneas para el ejer-

cicio de la abogacía por quienes no lo son y por causa de quien presta su firma; además, aquel fenómeno ocasiona el que al estimar las correspondientes agencias en derecho en los juicios civiles (art. 578, 580 c. j.). en realidad se haga fijación por una labor que estrictamente no haya desarrollado el abogado sino persona que carezca de la facultad de exigir emolumentos, pues es claro que, dentro de nuestra organización jurídica, la ilicitud no genera derecho en pro de quien en ella incide (art. 1524 cdt. c. c.)

De suerte que en el préstamo de la firma para que quien no pueda ejercer ejerza viene a incurrirse en violación de la ley y en hecho contrario a intereses generales de otros profesionales. Y no sólo en ello se destaca la inmoralidad de la conducta del abogado que procede a suscribir, con el propósito de favorecer a un individuo común, sino también en lo siguiente: Si a cambio de dinero obra, no hace otra cosa que realizar una venta vulgar, y si la firma no se da por dinero si no a pretexto de mal entendida generosidad, es notoria la inmoralidad de la conducta si al suscribir lo hace sin conocer el contenido de lo que firma y sin asumir la responsabilidad intelectual y jurídica de lo escrito.

Naturalmente, la autorización que un ciudadano logra y recibe para el ejercicio de la noble profesión de abogado lo compromete de inmediato a la defensa de ella, a la solidaridad y lealtad con los colegas, a la observancia rigurosa de las normas de la moral profesional, las cuales pregonan con máxima nitidez que es lesivo de ellas el préstamo en referencia, pues la calidad de abogado en manera alguna autoriza a quien la tenga para ser dispensador de ella a las demás personas, en otras palabras, para transmitirles por sí y ante sí dicha calidad. Más comprensible se hace la cuestión si se toma en cuenta que en diversas legislaciones se sanciona penalmente el ejercicio de la abogacía a personas carentes de título para él.

Las concisas observaciones que se dejan hechas bastan para inferir que el préstamo de la firma constituye, en general, falta grave contra la moral profesional, como lo enunció el Tribunal en sentencia que lleva fecha diecinueve (19) de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), por cuanto que implica sin duda alguna

un acto de simulación, previsto expresamente por el artículo 10 de la Ley 62 de 1928, en su cuarta causal (art. 18 Ley 69 de 1945).

Exponen los doctrinantes que tanto el derecho como la moral poseen su individualidad propia, que no se identifican de modo absoluto (Filosofía del Derecho, Icilio Vanni, pág. 98 ss., ed. española 1941 — Teoría del Derecho, Edgar Bodenheimer, pág. 98 ss. ed. Fondo de Cultura — La Regla Moral en las Obligaciones, Ripert, pág. 17, 114, ed. 1946 — etc, etc.), pero a la vez reconocen aquellos que entre el uno y la otra no debe existir diferencias que creen divergencias u oposición excluyentes ya que la moral y el derecho son rectoras de la conducta humana y social, y ello es postulado decisivo en orden a comprender que las normas jurídicas no son extrañas en la calificación de la moralidad de un acto, pues si no fuese así, como en realidad lo es, vendría a consagrarse un divorcio pleno e inconcebible entre la moral y el derecho a pesar de ser exacto que estos se enlazan o relacionan e inflúyense recíprocamente en las sociedades.

La tesis esbozada en el párrafo anterior se torna más sólida cuando se alude a la deontología forense que lógicamente se concibe dentro de cauces legales en su operancia, sin ubicarla en plano puramente abstracto o especulativo que la aparte de lo teleológico de la misma y haga inoperantes mandatos legales de los denominados imperativos en los cuales esté ínsito el interés social. En consecuencia, la calificación de grave, que aquí se hace a la falta que dio lugar al proceso, para la cual se toma como apoyo próximo una disposición legal, posee base sólida.

En el muy vasto y complejo campo de la moral, siempre ha sido reconocida la máxima trascendencia del predominio de la verdad, que ella es esencia inspiradora de la conducta individual y social, y entonces se relleva lo viciado del acto o de los actos en virtud de los cuales una persona hace que en la práctica otra venga a gozar de facultades que no posee, a realizar actos que presuponen específica aptitud. Se ve entonces la razón existente para sostener que se trata de una falta grave contra la moral profesional, y no contra el simple decoro o delicadeza profesionales habida cuenta

de la entidad de aquella, de la forma como se configuró y de los fines últimos de la abogacía.

Para omitir otras argumentaciones sobre el tema, de la jurisprudencia sentada por la muy H. Corte Suprema de Justicia, cabe transcribir la siguiente que lleva a comprender con más claridad: "... El abogado titulado que se presta para burlar la finalidad perseguida por el artículo 40 de la Carta, facilitando el ejercicio de la profesión de abogado a quien no tiene título profesional, hasta el extremo de asociarse con él, tener oficina en común, repartirse los honorarios y, en fin, actuar en circunstancias de igualdad, está infringiendo la norma constitucional y las disposiciones legales que la desarrollan y en estas condiciones incurre en falta grave contra la moral profesional, falta que debe sancionarse de conformidad con las leyes 69 de 1945 y 21 de 1931" (G. J. Nº 2160, pág. 1010 s.). . .

- III -

CRONICA DE LA FACULTAD