

HONORABLE

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

E. S. D.

Agüero
76 FI

2018ABR20 8:37AM Rldo
Corte Suprema Justicia
Secretaría Sala Penal

98253

98253

REF. ACCIÓN DE TUTELA CONTRA SALA DE CASACIÓN LABORAL-
SALA DE DESCONGESTIÓN N°-1. DE LA CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA.

JORGE PINILLA COGOLLO, mayor y domiciliado en Bogotá, abogado en ejercicio, identificado como aparece al pie de mi firma, en mi condición de apoderado judicial de los señores JOSE RICARDO HERNANDEZ REYES, JOSE LUIS HERNANDEZ REYES y MARIA TERESA HERNANDEZ REYES, mayores y vecinos de Bogotá, conforme al poder especial que me fue conferido para el efecto, me permito instaurar ACCION DE TUTELA contra la **SALA DE CASACION LABORAL (SALA DE DESCONGESTION No. 1) DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, con fundamento en los siguientes:

HECHOS

1. El día 25 de Julio de 2008, se presenta demanda ordinaria laboral por parte de MIRTA BEATRIZ ALARCON ROJAS como apoderada judicial de ARNULFO BOCANEGRA OVIEDO, ante el juzgado laboral del circuito de Girardot, en contra de JOSE RICARDO HERNANDEZ REYES, JOSE LUIS HERNANDEZ REYES y MARIA TERESA HERNANDEZ REYES como herederos de JOSE BENEDICTO HERNANDEZ NARANJO, con el fin de declarar que existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido, por el periodo comprendido entre el 26 de Enero de 1970 y el 31 de Mayo de 1990, y que el demandante tiene derecho a la pensión mensual vitalicia de jubilación desde el 5 de Julio de 1998 fecha en la cual cumplió 55 años de edad.
2. El juzgado laboral del circuito de Girardot en el proceso ordinario laboral de ARNULFO BOCANEGRA OVIEDO contra JOSE RICARDO HERNANDEZ REYES, JOSE LUIS HERNANDEZ REYES y MARIA TERESA HERNANDEZ REYES como herederos de JOSE BENEDICTO



HERNANDEZ NARANJO, profirió sentencia de primera instancia del 11 de junio de 2010, la cual en su parte resolutive, dispuso:

“PRIMERO: DECLARAR, que el señor **ARNULFO BOCANEGRA OVIEDO,** tiene derecho desde el 25 de Julio de 2005 a la pensión mensual vitalicia de jubilación, la cual estará a cargo de los demandados **JOSE RICARDO HERNANDEZ REYES, JOSE LUIS HERNANDEZ REYES y MARIA TERESA HERNANDEZ REYES** y los **HEREDEROS INDETERMINADOS E INCIERTOS DEL CAUSANTE JOSE BENEDICTO HERNANDEZ NARANJO,** conforme a lo expresado en la parte motiva del presente proveído, que corresponderá al salario mínimo legal mensual vigente.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de de “PRESCRIPCIÓN”, conforme a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO: CONDENAR a los demandados **JOSE RICARDO HERNANDEZ REYES, JOSE LUIS HERNANDEZ REYES y MARIA TERESA HERNANDEZ REYES** y los **HEREDEROS INDETERMINADOS E INCIERTOS DEL CAUSANTE JOSE BENEDICTO HERNANDEZ NARANJO,** a pagar a favor de la demandante los siguientes conceptos:

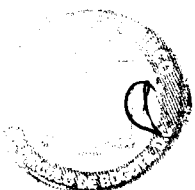
- Las **MESADAS PENSIONALES** atrasadas, desde el 25 de Julio de 2005, que corresponden cada una a un salario mínimo legal mensual vigente en cada anualidad.
- Las mesadas adicionales de Junio y Diciembre de cada año, generadas a partir del 25 de Julio de 2005, liquidadas con el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad.
- El reajuste legal anual de la pensión a partir del 25 de Julio de 2005.

CUARTO: ABSOLVER al demandado de las demás pretensiones de la demanda.

CONDENAR en costas a la parte demandada. Tásense en su oportunidad.”

3. **JOSE RICARDO HERNANDEZ REYES, JOSE LUIS HERNANDEZ REYES y MARIA TERESA HERNANDEZ REYES** como herederos de **JOSE BENEDICTO HERNANDEZ NARANJO** interpusieron recurso de **APELACION** contra la sentencia de fecha 11 de Junio de 2010 que puso fin a la primera instancia, con el propósito de que se revocara la sentencia impugnada, para que en su lugar, se absolviera a la parte accionada de las suplicas de la demanda y se condenara en costas al actor.
4. El día 17 de Febrero de 2011 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca – Sala Laboral profirió sentencia, en la cual resolvió:

“PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 11 de Junio de 2010, por el Juzgado Laboral del Circuito de Girardot, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ARNULFO BOCANEGRA OVIEDO** contra los **Herederos indeterminados de JOSE BENEDICTO HERNANDEZ NARANJO, JOSE LUIS HERNANDEZ**



REYES, JOSE RICARDO HERNANDEZ REYES Y MARIA TERESA HERNANDEZ REYES, para en su lugar ABSOLVER a la parte demandada de todas las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: COSTAS de ambas instancias a cargo de ARNULFO BOCANEGRA OVIEDO, en la respectiva liquidación de esta instancia inclúyase el valor de ciento sesenta mil pesos (\$160.000) como agencias en derecho a favor de la parte demandada.”

5. El día 25 de Febrero de 2011 MIRTA BEATRIZ ALARCON ROJAS como apoderada de ARNULFO BOCANEGRA OVIEDO interpone RECURSO DE CASACIÓN contra la sentencia de segunda instancia, es decir la proferida por el tribunal superior del Distrito judicial de Cundinamarca - sala laboral.
6. En este Recurso de Casación se pretende que la Corte Suprema de Justicia case la sentencia impugnada para que se confirme la decisión de primer grado. Es importante resaltar que en dicho recurso en uno de los cargos se menciona por primera vez que el demandante no trabajo en Girardot, sino en el municipio de Guataquí – Cundinamarca donde se encontraba ubicada la finca “DOS RIOS” en la cual laboro como mayordomo y explica que este municipio no entro en la cobertura del Instituto de Seguros Sociales, por consiguiente, establecen que el empleador no afilio al demandante al ISS ya que no estaba obligado.
El hecho anterior en ningún momento fue mencionado en la demanda inicial presentada por ARNULFO BOCANEGRA OVIEDO.
7. El día 18 de Octubre de 2017 la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral - sala de Descongestión N.º1 - decide el recurso de casación interpuesto por ARNULFO BOCANEGRA OVIEDO contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, de fecha 17 de Febrero de 2011, en el proceso ordinario laboral que instauró el recurrente contra JOSE RICARDO HERNANDEZ REYES, JOSE LUIS HERNANDEZ REYES y MARIA TERESA HERNANDEZ REYES en calidad de herederos determinados de JOSE BENEDICTO HERNANDEZ NARANJO y contra los herederos indeterminados de éste, en el fallo precitado se CASA la sentencia proferida por el tribunal y para mejor proveer se dispone:

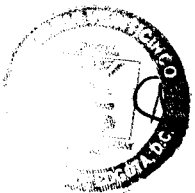
“1- Por secretaria ofíciase al instituto de seguro social, hoy en liquidación y a la administradora colombiana de pensiones (Colpensiones) para que dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de recibo, informe a esta sala, conforme a sus reglamentos, la fecha en que el instituto asumió los riesgos de invalidez, vejez y muerte en el municipio de Guataquí – Cundinamarca, allegando al efecto el respectivo acto administrativo.”



2- *Oficiese al Juzgado Laboral de Girardot, con el fin de que, en el término de quince (15) días siguientes a la fecha de recibo, remita copia de toda la actuación surtida en el proceso ordinario laboral promovido por ARNULFO BOCANEGRA OVIEDO contra JOSE LUIS HERNANDEZ REYES y JOSE RICARDO HERNANDEZ REYES, radicado n. ° 25307-31-05-001-2000-0402-01.*

3- *Cuando se incorporen las respuestas, póngase en conocimiento de las partes por un término de cinco (5) días para los fines que estimen pertinentes. Cumplido lo anterior, vuelva el proceso al despacho para proferir la sentencia de instancia.”*

8. La sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral - sala de Descongestión N. °1 tiene un salvamento de voto emitido por la magistrada DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA, en el que se manifiesta que la sala incurrió en un yerro jurídico, ya que parte de un supuesto factico que, además de no haber sido alegado en las instancias, tampoco está demostrado. Es de claridad meridiana que el hecho en el cual se establece como lugar de trabajo el municipio de Guataquí y no Girardot – Cundinamarca, solo se introdujo con el recurso extraordinario de casación, con una evidente modificación de la causa petendi, en consecuencia, por tratarse de un hecho nuevo no fue materia de debate, ni de prueba, y no puede considerarse un hecho “indiscutido” como lo sostiene equivocadamente la sala de descongestión N. °1 dado que no fue mencionado en la demanda inicial presentada y menos aún, objeto de prueba. Lo anterior evidencia que el tribunal no incurrió en los yerros endilgados, por tanto, no había lugar a casar la sentencia.
9. El día 29 de Enero de 2018 se hace llegar un escrito por parte de Jorge Enrique Ávila Triana, apoderado de la parte demandada, en el cual solicita a la sala abstenerse de valorar la prueba documental decretada en sede de casación, por cuanto la misma se inspira en situaciones de hecho y de derecho que no fueron conocidas en el proceso ni tuvieron consideración alguna en la demanda inicial. Al decretarse y tenerse en cuenta la prueba mencionada con anterioridad, se estaría transgrediendo el principio de congruencia al alterar la discusión y debate de instancia, dando esto lugar a la clara violación del derecho al debido proceso y del derecho de defensa, ya que como se ha establecido en la jurisprudencia, es posible decretar pruebas de oficio para mejor proveer “en busca real de los hechos controvertidos”, en el caso sub lite el hecho incluido como fundamento del cargo en el recurso de casación no ha sido controvertido en ninguna instancia, ni en ningún momento del proceso.
10. El día 21 de Febrero de 2018 la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral - sala de Descongestión N °1. Profiere la sentencia de instancia a la que



hay lugar, como consecuencia del recurso extraordinario de casación interpuesto por ARNULFO BOCANEGRA OVIEDO. En la que resuelve:

“PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia proferida por el juzgado laboral del circuito de Girardot – Cundinamarca el 11 de Junio de 2010.

SEGUNDO: costas como se indicó en la parte motiva.”

11. Nuevamente, la magistrada DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA emite salvamento de voto, indicando que se aparta de la decisión, toda vez que en el caso en concreto no era posible decretar prueba de oficio sobre hechos que no fueron planteados de manera oportuna por las partes, ni en la demanda ni en la contestación, menos aún, para indagar sobre presupuestos facticos que solo se presentaron con ocasión del recurso extraordinario de casación, lo que modifico la causa pretendí propuesta en la primera instancia, constituyendo un medio nuevo que no tuvo oportunidad de ser controvertido por la parte demandada.
12. De lo anterior se concluye que la sala de descongestión N.º 1 de la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia incurrió en un error, al decretar una prueba de oficio que es ilegal e invalida y valorarla al momento de proferir sentencia, donde se afectó el principio de congruencia y se vulnero el derecho al debido proceso y de defensa de mis poderdantes, al tener en cuenta un hecho no planteado ni controvertido en la demanda inicial, ni en el debate de las instancias, que fue dado a conocer únicamente en el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante, hecho que fue incluido de forma indebida, y que mis representados no tuvieron oportunidad alguna para controvertir o probar la existencia de tal hecho.
13. El Artículo 29 de la Constitución Nacional, establece que el debido proceso se aplicara a toda clase de actuaciones judiciales y que todos los ciudadanos tienen derecho a la defensa, a un debido proceso y a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra.

PRETENSIONES

Con fundamento en los anteriores hechos me permito solicitar que en aras del principio fundamental de que es fin esencial el estado garantizar la efectividad de los principios deberes y derechos consagrados en la constitución.



1. Se tutele a favor de mis poderdantes el derecho al debido proceso que consagra el Artículo 29 de la Constitución Nacional y que ha sido violado por la sala de descongestión N.º1 de la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia; debido proceso que debe aplicarse a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.
2. Como consecuencia de la protección del derecho al debido proceso, comedidamente solicito se deje sin valor ni efecto la sentencia proferida por la sala de descongestión N.º 1 en el proceso con radicación N.º 52240 en la que se resuelve la situación jurídica planteada incluyendo un nuevo hecho, no mencionado en la demanda inicial ni en las instancias anteriores, en donde se indica que el demandante nunca trabajo en Girardot – Cundinamarca, sino en la finca “DOS RIOS” ubicada en el municipio de Guataquí – Cundinamarca, y a partir de este hecho, que no había sido materia de controversia, se coligen consecuencias jurídicas inadmisibles que desembocan y le sirven de fundamento a la sentencia proferida por la sala de descongestión N.º 1, es claro que en este cargo se hacen afirmaciones fácticas nuevas, que no fueron objeto de debate probatorio, ni tienen ninguna relación con la demanda, y que sin motivo alguno tal hecho fue incluido como supuesto factico indiscutido, de tal forma que con base en tal hecho se decreta una prueba de oficio para establecer con certeza el lugar donde laboro el demandante y con dicha prueba determinar si la pensión estaba a cargo exclusivo o no del empleador.

Si se tiene en cuenta la demanda inicial en ella se afirma que “entro a regir el ISS en Girardot y en su zona de influencia en 1970” y al observar el recurso extraordinario, se cambia el sitio de labor del demandante y se señala “el municipio de Guataquí no entró a la cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte... ni siquiera en 1989” adicional a esta, se generan otra serie de contradicciones entre la demanda inicial y el recurso extraordinario de casación que no son tenidas en cuenta por la sala al momento de decretar la prueba de oficio ya mencionada, la cual no es una prueba decretada legalmente, al estar basada en hechos no establecidos en la demanda que no pudieron ser objeto de análisis y controversia en las dos primeras instancias.

La Jurisprudencia y la ley han señalado que se deben decretar pruebas de oficio para un mejor proveer y que solo se hará “en busca real de los hechos controvertidos”, en lo que respecta al caso en concreto, la prueba de oficio decretada en la decisión mencionada anteriormente es ilegal e invalida por cuanto no versaba sobre hechos controvertidos y por tanto no debió ser tenida en cuenta para proferir la sentencia,



ya que se transgredió el principio de congruencia y dicha prueba no recaía sobre hechos controvertidos durante el proceso sino en un hecho nuevo ajeno a los supuestos facticos de la demanda, por haber sido incluido indebidamente en sede de casación.

Por lo expuesto anteriormente, es importante señalar que en este caso a mis poderdantes se les vulnero el derecho fundamental al debido proceso y el derecho de defensa, ya que se tuvo en cuenta un nuevo hecho y con base en él se decretó una prueba de oficio ilegal, lo que prima facie vulnera el debido proceso y no permite que mis apoderados ejerzan el derecho a la defensa y contradicción, ya que se les niega la oportunidad de controvertir un hecho que, fue presentando en un momento indebido y en forma irregular dentro del proceso.

VIAS DE HECHO

La jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional ha entendido que se incurre en vía de hecho, cuando se configura en la providencia vicios o defectos que pueden ser facticos, sustanciales, procedimentales u orgánicos.

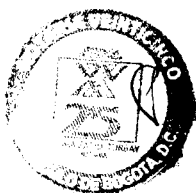
El defecto sustantivo se produce cuando la decisión controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable.

El defecto factico cuando resulta indudable que el juez, carece de sustento probatorio suficiente para proceder a aplicar el supuesto legal en que se sustenta la decisión.

El defecto orgánico se presenta cuando el juez que profirió la providencia impugnada carece, absolutamente de competencia para ello.

Por último, el defecto procedimental aparece en aquellos eventos en los que se actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

A los anteriores defectos, históricamente reconocidos por la Honorable Corte Constitucional, la corte ha venido sumando varias nuevas calificaciones. Habrá vía de hecho cuando: a) La providencia tiene graves problemas ante una insuficiente sustentación o justificación de la decisión o por el desconocimiento del principio de igualdad, b) Existe error en el que fue inducida la autoridad judicial, lo que la honorable Corte Constitucional ha denominado vía de hecho por consecuencia, c) La decisión del juez se adoptó haciendo una interpretación normativa que resulta incompatible con la carta o cuando la autoridad judicial no aplica la excepción de



inconstitucionalidad a pesar de ser manifiesta la incompatibilidad con aquella y haber sido solicitada expresamente.

De otra parte, ha dicho la corte que la autonomía conferida por la constitución a los jueces, no puede constituir un palanquín para permitir desmanes de las autoridades judiciales. El estado de Derecho se caracteriza por no poder existir en él ninguna autoridad que esté exenta del control que se deriva de la obligatoria observancia y el imperativo cumplimiento de la constitución y de la ley.

Es por ello que el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de nuestra carta, se erige como un límite claro a la actividad judicial. Así pues, la autonomía del juez se debe ajustar a la observancia de este derecho de carácter fundamental. En el evento en que el juez ordinario no respete la garantía del debido proceso, el juez constitucional puede intervenir por vía de tutela y de verificar que en el trámite de cualquier proceso el juez ha incurrido en una grosera y flagrante separación de los preceptos legales y constitucionales, la tutela deberá prosperar.

La corte ha denominado a estas injustificadas arbitrariedades administrativas como “*vías de hecho*”. El nombre resulta esclarecedor frente al fenómeno que describe: El juez, quien debe fallar en derecho, opta por una vía, ya no de derecho, sino de hecho, que se aparta de los lineamientos legales y constitucionales, desbordando el marco del sistema jurídico colombiano.

Es entonces cuando se aprecia con claridad que la garantía jurisdiccional de la constitución, por intermedio de la acción de tutela, es un elemento del sistema de los medios técnicos que tienen por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales, en general, y las funciones judiciales en particular. Por ello, en aras de salvaguardar la integridad sistemática y en amparo de la seguridad jurídica-garantía de todos los ciudadanos en relación con la administración de justicia-el juzgador constitucional deberá revelar la inconstitucionalidad de la decisión viciada por una vía de hecho y declarar su invalidez.

En el caso *sub-examine*, resulta claro que se incurrió en defecto sustantivo, en defecto factico y en defecto procedimental, por las siguientes,



CONSIDERACIONES

El defecto sustantivo se produce cuando la decisión controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable.

En lo concerniente al caso, el a quo se equivocó al concederle al actor la pensión de jubilación del artículo 260 del CST, sin tener en cuenta que el ISS le había concedido la pensión de vejez del acuerdo 049 de 1990.

Además, debe tenerse en cuenta que mediante el Decreto 813 de 1994 se reglamentó el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Dicha preceptiva a regular la transición de pensiones de jubilación a cargo de empleadores del sector privado establece en el literal b) del artículo 5 que *“cuando a 1º de abril de 1994, el trabajador tuviera 20 o más años de servicios continuos o discontinuos, al servicio de un mismo empleador o tenga adquirido el derecho a la pensión de jubilación a cargo de éste, la pensión de jubilación será asumida por dicho empleador”*.

De otro lado, de la lectura de la argumentación del cargo, no se logra extraer un cuestionamiento claro frente al argumento jurídico expuesto en la decisión del Tribunal, quien coligió que no era posible aplicar el artículo 260 del CST porque al existir cobertura del ISS en Girardot desde el 27 de julio de 1970, “como lo afirmo el demandante”, la consecuencia de la no afiliación era la asunción de la prestación pensional que hubiese cubierto el ISS. Argumento este que no fue rebatido, pues, lo cuestionado es que se hubiese considerado que el demandante había trabajado en Girardot.

El artículo 289 de la Ley 100 de 1993, al regular la vigencia de las normas de la seguridad social que para la fecha de su publicación se encontraban vigentes, estableció de manera expresa que derogaba todas las disposiciones que fueren contrarias a las reguladas en dicha ley, entre ellas, el artículo 260 del CST, es preciso tener en cuenta que mediante el Decreto 813 de 1994 se reglamentó el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el cual se regulo la transición de pensiones de jubilación a cargo de empleadores del sector privado.



El decreto 813 de 1994 es inaplicable porque le dio efectos ultraactivos a una norma expresamente derogada por la ley 100 de 1993, del mismo modo se debe tener en cuenta el principio de jerarquía de las normas jurídicas que es representado en la pirámide kelseniana, según el cual la validez de todas las normas jurídicas emana y depende de otra norma superior, a la que el resto deben su validez y eficacia, por lo que es importante señalar que el decreto reglamentario 813 de 1994 reglamentario de la ley 100, por razones obvias no prevalece sobre la ley 100 de 1993 ni sobre ninguna otra ley, al tener estas una mayor jerarquía, lo que conlleva a que se haya incurrido en defecto sustantivo, ya que claramente la sentencia fue proferida fundándose en una norma inaplicable.

El defecto factico se presenta cuando el juez, carece de sustento probatorio suficiente para proceder a aplicar el supuesto legal en que se sustenta la decisión.

En lo que concierne a este caso, en el fallo de la sala de descongestión N.º 1 se señalan supuestos yerros jurídicos cometidos por el tribunal y para su estudio, se parte de la existencia de varios hechos que se consideran “indiscutidos”, entre ellos que *“el actor presto sus servicios como mayordomo en la finca Dos Ríos, ubicada en Guataquí, Cundinamarca.”*, cuando la verdad es que en las instancias nunca se planteó tal hecho.

De la revisión minuciosa de la demanda inicial, no se advierte siquiera mencionado el nombre del citado municipio, y menos para referir que allí hubiera laborado, tampoco se identifica la finca Dos Ríos como sitio de trabajo. Por ello, en la sentencia recurrida no se consideró ese hecho que solo se introduce en el proceso en sede de casación, al punto que a lo largo de dicha providencia tampoco se hace alusión a que el actor hubiera laborado en Guataquí, o en la finca Dos Ríos.

Tal circunstancia resulta paradójica, dado que es precisamente con base en este supuesto fáctico, ni siquiera mencionado por el accionante al plantear la controversia en instancias, que la decisión mayoritaria en la sentencia impugnada concluye la existencia de un yerro jurídico. Luego, no se entiende cómo puede derivarse un error del tribunal, partiendo de la apreciación de un supuesto de hecho que no fue materia de debate en instancias y que, por lo tanto, no fue objeto de estudio por el juez de segundo grado.



Cabe resaltar que, en la decisión mayoritaria, tampoco se reparó en que, el recurso extraordinario, de manera indebida, se soporta en supuestos fácticos diferentes a los planteados en la demanda inicial para el reclamo pensional pretendido por el actor. Lo anterior se puede apreciar de la siguiente manera:

En la demanda inaugural, como causa petendi se afirma que el ISS *“entró a regir en Girardot y en su zona de influencia en 1970”*; en el recurso extraordinario, ya se cambia el sitio de labor del actor y se señala: *“el municipio de Guataquí no entró a la cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte... ni siquiera en 1989”*. En el libelo inicial se echa de menos la obligación patronal de no haber afiliado al actor, así: *“el demandante no fue afiliado para pensiones al ISS como era la obligación patronal...”*. En el recurso extraordinario, en cambio, se argumenta precisamente lo contrario: *“el empleador... no afilio al demandante al ISS para los riesgos de invalidez, vejez y muerte porque no estaba obligado pues el demandante trabajo en la hacienda Dos Ríos del municipio de Guataquí (Cundinamarca)”*.

En cambio las premisas fácticas alusivas al sitio de trabajo del actor y a las consecuencias de la falta de afiliación del demandante al ISS, afirmadas en principio en la demanda inicial, por los presupuestos contrarios, esto es, la ausencia de la obligación del empleador de afiliarlo por no existir cobertura del ISS, dado que precisamente en el recurso también se cambió el lugar de trabajo del actor, como ya se resaltó, no merecieron reparo alguno en la decisión mayoritaria de la sala.

La causa petendi, como acápite del escrito inicial de la demanda, está conformado por las razones de hecho y de derecho que fundamentan las pretensiones, y fue sobre los supuestos facticos indicados en la demanda que el tribunal profirió la sentencia de segunda instancia; el sentenciador, por tanto, conforme al principio de congruencia, no puede alterar o cambiar los hechos y las suplicas para entrar a decidir en uno u otro sentido, y darle la razón al demandante o al demandado (CSJ SL12589-2017).

No obstante, en este caso, el planteamiento de la parte actora en la demanda inicial se fundamentó en que *“el empleador estaba obligado a afiliar al trabajador al ISS en razón a la cobertura de esta entidad en Girardot y su zona de influencia”*, y que, al no hacerlo, debía asumir la pensión reglada en el artículo 260 del CST, norma que es la invocada como fundamento de derecho.



Ahora, en sede de casación, señala que el demandante no laboró en Girardot sino en el municipio de Guataquí, y por parte del ISS, el empleador no tenía la obligación de afiliar al trabajador a tal entidad, razón por la cual, afirma, se genera el deber patronal de pagar la pensión.

Resulta por tanto evidente, que los presupuestos en los que la censura pretendió soportar el reclamo pensional eran diferentes e incluso excluyentes, entre lo formulado en la demanda inicial y lo indicado en la demanda de casación, circunstancia que no es admisible, pues transgrede las garantías del debido proceso y del derecho de defensa de la demandada. Incluso, la parte convocada, al ejercer la réplica advirtió que ello constituía una afirmación fáctica nueva, *“al endilgar censura al fallo atacado sobre apreciaciones supuestamente no tenidas en cuenta por el tribunal, cuando nunca fueron objeto de debate probatorio ni de relación fáctica en la demanda”*. Sin embargo, esto no fue relevante para la mayoría de la sala, al momento de resolver el recurso extraordinario.

Además, resulta cierto que la decisión mayoritaria admitió el estudio de un cuestionamiento del recurrente que parte de una modificación de la base fáctica de sus pretensiones, situación que no es aceptada en sede de casación. Así se ha considerado por esta corporación de manera reiterada. Pues en sentencia CSJ SL602-2013 se explicó:

No puede la parte actora, a su arbitrio, disponer por fuera del marco que el mismo en principio señaló al juez laboral, como tampoco le es posible al demandado apoyar su defensa en hechos distintos de los que expuso en la contestación a la demanda. Una variación de lo uno o de lo otro, implica vulneración del principio constitucional del debido proceso y el desconocimiento del derecho de defensa que le asiste a cada una de las partes.

En el recurso extraordinario de casación, las anteriores apreciaciones cobran mayor fuerza, dado su carácter dispositivo en tanto se juzga la legalidad de la sentencia. Por tanto, no es posible variar el marco del proceso, mucho menos podrá hacerse en sede extraordinaria, que es lo que jurisprudencialmente se ha denominado como medios nuevos que por sí mismos conllevan al fracaso del recurso de casación por resultar inadmisibles.

En ese orden, no era posible, asumir el estudio del primer cargo partiendo de una premisa fáctica no establecida por el tribunal, precisamente por no haber sido discutida en instancias. Considerar como un hecho indiscutido que *“el señor Arnulfo Bocanegra Oviedo prestó sus servicios como mayordomo de la finca Dos Ríos, ubicada en el municipio de Guataquí – Cundinamarca”*, es hacerle decir a la sentencia impugnada algo que nunca afirmó.

Y no podía hacerlo, pues ese hecho no se había dado a conocer la demanda; el tribunal analizó el asunto partiendo de los supuestos que el actor puso a su consideración, esto es, que en Girardot existía cobertura del ISS desde el 27 de Julio de 1970, por lo que desde esa fecha existía la obligación patronal de afiliar a sus trabajadores, por tanto, no sería posible ahora endilgarle un error jurídico sobre el análisis de supuestos facticos que no le fueron informados por las partes.

Desde el punto de vista jurídico, la corte analiza cual es el momento a partir del cual se entiende que el empleador subroga en el ISS la asunción del riesgo de vejez, y concluye que lo es a partir del llamado a inscripción en cada localidad o región, esto es, cuando inicia la cobertura en el sitio respectivo. Lo anterior para advertir que, si no existía cobertura en el lugar de trabajo, la pensión de jubilación continuaba a cargo del empleador. Conclusión jurídica a la que no podía arribar el tribunal dado que los supuestos facticos que la demandante planteo en libelo principal, daban por sentada la existencia de la cobertura del ISS en Girardot, por esta razón, no pudo incurrir en el yerro jurídico que ahora se le endilga. Por el contrario, al haber afirmado que existía cobertura en el sitio de trabajo y reprochando que el empleador omitió el deber de afiliación, el colegiado estudio tal presupuesto y concluyó jurídicamente, de manera correcta, que la falta de afiliación generaba para el empleador el deber de asumir la prestación pensional que hubiese otorgado el sistema administrado por el ISS.

Si bien dicho colegiado no accedió a las pretensiones del actor, fue porque este perseguía la pensión prevista en el artículo 260 del CST, en tanto que el tribunal señalo que debía ser la pensión que le habría correspondido conforme al Acuerdo 049 de 1990, encontrando que sus exigencias no estaban acreditadas.

Conforme a lo discurrido, la sentencia cuestionada por esta tutela concluye que el tribunal incurrió en un yerro jurídico, pero para ello, parte de un supuesto factico que, además de no haber sido alegado en las instancias, tampoco está demostrado. Se afirma lo primero pues se introdujo solo con el recurso extraordinario, con una evidente modificación de la causa petendi, vedada en sede de casación, como incluso lo resalto la parte opositora en defensa de su garantía al debido proceso. Y se dice lo segundo, pues al ser un hecho nuevo no fue materia de debate, ni de prueba, por tanto, no se trató de un hecho indiscutido, dado que así no lo



estableció el ad quem ni lo admitieron las partes, y las pruebas que se denuncian en el cargo segundo, que no estudio la decisión mayoritaria, tampoco lo evidencian.

Presupuesto factico que debía ser demostrado por la parte actora en el curso de las instancias, sin embargo, ello no ocurrió, precisamente porque no fue un hecho que fundamentara sus pretensiones, al punto que, en la decisión de casar, se ha tenido que decretar de oficio una prueba para conocer la fecha en que el ISS pudo haber asumido los riesgos de invalidez, vejez y muerte en Guataquí, Cundinamarca.

Todo lo anterior deja en evidencia que el tribunal no incurrió en los yerros endilgados, por tanto, no había lugar a casar la sentencia.

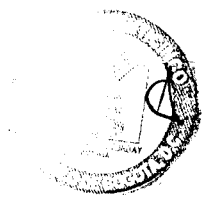
Por otro lado, no es cierto como se afirma en el fallo que del acervo probatorio se colige que el contrato de trabajo celebrado entre Arnulfo Bocanegra Oviedo y el causante José Benedicto Hernández Naranjo, por el periodo comprendido entre el 26 de Enero de 1970 al 31 de Mayo de 1990, se ejecutó en el predio denominado Dos Ríos, ubicado en el Municipio de Guataquí Cundinamarca, finca donde el demandante fungió como mayordomo.

Las pretensiones no se fundamentaron en el hecho de que hubiera laborado en Guataquí, hecho que nunca fue ventilado; asimismo en la liquidación no se dice ni se establece donde laboro el trabajador durante el periodo comprendido entre 1970 y 1990.

Por último, según lo expresado con anterioridad, es evidente que la sentencia que resolvió el recurso extraordinario de casación, carece de sustento probatorio suficiente, ya que se fundó en un hecho no conocido en instancias anteriores, que género que se decretara una prueba de oficio como parte de la decisión, lo cual indica que no se tuvieron en cuenta los hechos presentados en la demanda inicial y las pruebas practicadas en las instancias, por tanto, se aplicó un supuesto legal indebido que conlleva a que se configure una vía de hecho por defecto factico.

De otra parte, el defecto procedimental es aquel que aparece en aquellos eventos en los que se actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

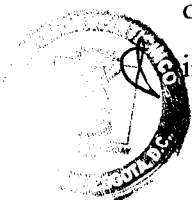
Para referirnos al caso concreto, es necesario señalar que la misma sala laboral de la corte en sentencia del 25 de marzo de 2009 – radicado No. 34075 sostuvo que en aplicación del artículo 83 del código procesal del trabajo y de la seguridad social, modificado por el artículo 41 de la ley 712 de 2001, en concordancia con los



artículos 54 *ibidem* y 305 del código de procedimiento civil, hoy 281 del código general del proceso, es deber legal del juez decretar pruebas de oficio en busca del real esclarecimiento de los hechos controvertidos; en ningún caso las pruebas de oficio pueden decretarse para esclarecer hechos que no fueren planteados ni controvertidos.

Igualmente, el modelo procesal acogido por la legislación colombiana, que combina los sistemas de actividad probatoria de corte dispositivo e inquisitivo, le otorga al juez el poder de decretar pruebas de oficio para “*verificar los hechos alegados por las partes*” (núm. 4º art.37 del C.P.C), constatar “*los hechos relacionados con las alegaciones de las partes*” (art. 179 C.P.C) y, específicamente en el proceso laboral, de ordenar “*la práctica de todas aquellas que a su juicio sean indispensables para el completo esclarecimiento de los hechos controvertidos*” (art. 54 del C.P.T y S.S) y solicitar “*las demás pruebas que considere [el tribunal] necesarias para resolver la apelación o la consulta*”. (Art. 83 del C.P.T y S.S.).

En este caso es evidente que en la providencia emanada de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral- Sala de Descongestión N. 1. no se siguió de forma adecuada el procedimiento establecido al decretarse una prueba de oficio ilegal por basarse en un hecho que se introdujo en el proceso en sede de casación y que no tiene congruencia con respecto a los hechos de la demanda inicial y que modifica la causa *petendi* de esta; razón por la cual es claro que la sala de descongestión N.º 1 profiere una sentencia con base en una prueba ilegal e inválida, lo que genera una violación al debido proceso y una decisión sin sustento probatorio suficiente con el cual aplicar el supuesto legal correcto, en concordancia con lo anterior se encuentra el artículo 54 del Código Procesal del Trabajo que establece “*Además de las pruebas pedidas, el juez podrá ordenar a costa de una de las partes, o de ambas, según a quien o a quienes aproveche, la práctica de todas aquellas que a su juicio sean indispensables para el completo esclarecimiento de los hechos controvertidos.*” En este caso en concreto no es posible el uso de dichas facultades para esclarecer hechos no controvertidos, que no fueron planteados de manera oportuna dentro del proceso, como se expresó anteriormente dicho hecho solo fue presentado por la parte demandante en el recurso extraordinario de Casación, y por consiguiente, esta decisión resulta alejada de los hechos y fundamentos de la demanda y de todas las instancias que tuvieron lugar dentro de este proceso, generando como



consecuencia una alteración al proceso y de contera, vulnerando el derecho fundamental al debido proceso y al derecho de defensa, y por tal razón se incurre en vía de hecho por defecto procedimental.

Para finalizar, cabe resaltar que en el fallo cuestionado se desconoció el precedente jurisprudencial, ya que la sala mayoritaria por ser sala de descongestión se obliga a la observancia plena de toda la jurisprudencia en la materia, sin embargo, los precedentes jurisprudenciales, en el presente caso no se tuvieron en cuenta, al omitir la inaplicabilidad total del hoy derogado Art. 260 del Código sustantivo del trabajo el que no existe en la normatividad legal colombiana.

En sentencia del 28 de julio de 1982, radicado 8369 de la sala de casación laboral, la Corte Suprema de Justicia con ponencia del doctor CESAR AYERBE CHAUX, dijo:

“4. Contingente de trabajadores con antigüedad menor de 10 años a la fecha de iniciación de los riesgos de invalidez, vejez y muerte. Este contingente, lo mismo que los ingresados con posterioridad a la fecha de iniciación de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, quedo sometido integralmente al régimen de la seguridad social según los Art. 11,12,14 y 57 del reglamento, sin que se pudiera derivar derecho alguno del régimen previsto en el código y en las leyes que lo adicionaron y reformaron sobre esa materia... y sus respectivos patronos fueron totalmente subrogados por el instituto de seguros sociales en la obligación de pagar pensión de jubilación transformada en pensión de vejez, por virtud de esos mismos preceptos y de conformidad con las provisiones de los Art. 72 y 76, inciso 1° de la ley 90 de 1946 y 259 del código sustantivo del trabajo”.

Precedente jurisprudencial que en su sana apreciación ha de tenerse en cuenta respecto del tema central de reconocimiento en la equivocada pretensión del actor y que como se mencionó anteriormente, no fue tenido en cuenta por la sala de descongestión N.º 1 al momento de proferir la sentencia.

En conclusión y por lo expuesto anteriormente, es evidente la existencia de vía de hecho por defecto sustantivo, factico y procedimental lo cual tiene como consecuencia el aislamiento de los lineamientos legales y constitucionales, afectando el sistema jurídico colombiano y vulnerando sin duda alguna el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa.



DERECHO

Como normas aplicables a esta acción de tutela invoco los Art. 29 y 86 de la Constitución Nacional, así como los decretos 2591 y 306 de 1992 reglamentarios de la Acción de Tutela.

PRUEBAS

Aporto como pruebas documentales las siguientes:

1. Los poderes conferidos para el efecto.
2. Copia de liquidación del contrato de trabajo del Sr. ARNULFO BOCANEGRA OVIEDO con fecha de 31 de Mayo de 1990.
3. Copia de la demanda ordinaria Laboral presentada el día 25 de Julio de 2008 por MIRTA BEATRIZ ALARCON ROJAS como apoderada de ARNULFO BOCANEGRA OVIEDO ante el juzgado laboral del circuito de Girardot.
4. Providencia del 11 de junio de 2010 emanada del Juzgado Laboral del Circuito de Girardot - Cundinamarca.
5. Copia del recurso de apelación interpuesto por JORGE ENRIQUE AVILA TRIANA apoderado en ese entonces de JOSE LUIS HERNANDEZ REYES, JOSE RICARDO HERNANDEZ REYES y MARIA TERESA HERNANDEZ REYES.
6. Providencia del 17 de Febrero de 2011 proferida por la sala laboral del Tribunal Superior del Distrito de Cundinamarca.
7. Providencia del 18 de Octubre de 2017 proferida por la sala de descongestión N.º1 de la sala laboral de la corte suprema de justicia y salvamento de voto emitido por DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA de la sala de descongestión N.º1 de la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia.
8. Copia de escrito presentado ante la Corte Suprema de Justicia por JORGE ENRIQUE AVILA TRIANA apoderado en ese momento de JOSE LUIS HERNANDEZ REYES, JOSE RICARDO HERNANDEZ REYES y MARIA TERESA HERNANDEZ REYES.
9. Sentencia de instancia del 21 de Febrero de 2018 proferida por la sala de descongestión N.º1 de la sala laboral de la corte suprema de justicia y salvamento de voto emitido por DOLLY AMPARO CAGUASANGO



VILLOTA de la sala de descongestión N.º 1 de la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia.

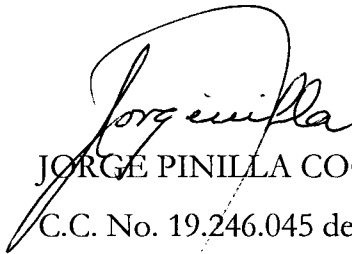
OFICIOS

Solicito se libre oficio al juzgado laboral del circuito de Girardot para que remita con destino a la presente acción de tutela el expediente que contiene el proceso ordinario laboral de ARNULFO BOCANEGRA OVIEDO contra JOSE LUIS HERNANDEZ REYES Y OTROS con radicado No. 2008 - 0332.

NOTIFICACIONES

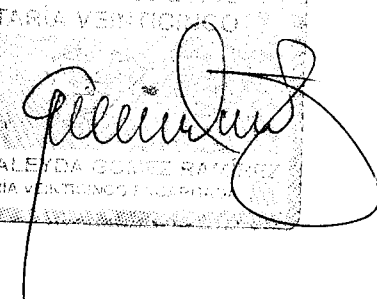
El suscrito y los accionantes recibirán notificaciones en la Carrera 15 No 93 A- 84 oficina 203. Edificio Business 93 de Bogotá.

Atentamente,


JORGE PINILLA COGOLLO
C.C. No. 19.246.045 de Bogotá
T.P. No. 18.803 del C. S. de la J.

Martha Ramirez C.C. 17

NOTARIA 25 DEL CIRCULO DE BOGOTÁ, D.C.
El anterior escrito fué presentado personalmente ante este Despacho por: Jorge Pinilla Cogollo quien se identifica con C.C. No. 19.246.045 de Bogotá T.P. 18.803 del S.J. Dirigido a: Corte Suprema de Justicia y expuso que el contenido de este documento es cierto y que la firma es puesta en mi presencia.
En constancia se firma hoy: Jorge Pinilla 18 ABR 2018

REPÚBLICA DE COLOMBIA
NOTARIA VENTIDUERO

GLORIA ALEJANDRA GONZÁLEZ RAMÍREZ
NOTARIA VENTIDUERO