

REPUBLICA DE COLOMBIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

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

LICENCIA NÚMERO 451 DE 7 DE MARZO DE 1916
REGISTRADO PARA CURSO LIBRE DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

SALA DE CASACION LABORAL

TOMO CCLXII

SEGUNDO SEMESTRE 1999
VOLUMEN II

NUMERO 2501

REPUBLICA DE COLOMBIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

*«Saber las leyes non es tan solamente en aprender et decorar las letras
dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento»*

(Siete partidas: Partida 1a., Título I, Ley XIII).

LICENCIA NUMERO 451 DE 7 DE MARZO DE 1936
REGISTRADO PARA CURSO LIBRE DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

SALA DE CASACION LABORAL

TOMO CCLXII - SEGUNDO SEMESTRE DE 1999 - NUMERO 2501
VOLUMEN II

ISSN 1657-2165

Santa Fe de Bogotá, D. C., Colombia - Año 1999

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

SEGUNDO SEMESTRE DE 1999

SALA PLENA

Doctores: *Francisco Escobar Henríquez* - Presidente
Fernando Arboleda Ripoll - Vicepresidente
Blanca Trujillo de Sanjuán - Secretaria General

SALA DE CASACION LABORAL

Doctor: *José Roberto Herrera Vergara* - Presidente
Laura Margarita Manotas G. - Secretaria

Magistrados doctores: *Armando Albarracín Carreño*
Francisco Escobar Henríquez
José Roberto Herrera Vergara
Carlos Isaac Náder
Rafael Méndez Arango
Jorge Iván Palacio Palacio
Luis Gonzalo Toro Correa
Germán Gonzalo Valdés Sánchez
Fernando Vásquez Botero
Ramón Zúñiga Valverde

SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA

Doctor: *Jorge Antonio Castillo Rugeles* - Presidente
Lina María Torres González - Secretaria

Magistrados doctores: *Manuel Ardila Velásquez*
Nicolás Bichara Simancas
Jorge Antonio Castillo Rugeles
Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo
Carlos Esteban Jaramillo Schloss
Pedro Lafont Pianetta
José Fernando Ramírez Gómez
Jorge Santos Ballesteros
Sibrio Fernando Trejos Bueno
Rafael Romero Sierra

SALA DE CASACION PENAL.

Doctor: *Jorge Aníbal Gómez Gallego - Presidente*
Patricia Salazar Cuéllar - Secretaria

Magistrados doctores: *Ricardo Calvete Rangel*
Nilson Elías Pinilla Pinilla
Fernando Enrique Arboleda Ripoll
Carlos Eduardo Mejía Escobar
Mario Mantilla Nougués
Jorge Enrique Córdoba Poveda
Edgar Lombana Trujillo
Carlos Augusto Gálvez Argote
Jorge Aníbal Gómez Gallego
Giomar Jimenez Muñoz
Alvaro Orlando Pérez Pinzón

RELATORES

Doctoras: *Esperanza Inés Márquez Ortiz, Sala de Casación Laboral*
Lilliana Polanía Álvarez, Sala de Casación Civil y Agraria
Ayda Lucy López de Giraldo, Sala de Casación Penal
Beatriz Eugenia Cortés Becerra, Tutelas

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATORA SALA CIVIL Y AGRARIA:	Doctora LILIANA POLANIA ALVAREZ
RELATORA SALA LABORAL:	Doctora ESPERANZA INES MARQUEZ ORTIZ
RELATORA SALA PENAL:	Doctora AYDA LUCY LOPEZ DE GIRALDO
RELATORA DE TUTELAS:	Doctora BEATRIZ EUGENIA CORTES BECERRA

TOMO CCLXII - SEGUNDO SEMESTRE DE 1999 - Número 2501

REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON BENEFICIO DEFINIDO

PENSION DE SOBREVIVIENTES

Diferencia de requisitos cuando se trate de afiliado o pensionado

SUSTITUCION PENSIONAL

CONYUGE SUPERSTITE

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. - Santa Fe de Bogotá D.C., trece (13) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Doctor Luis Gonzalo Toro Correa

Radicación No. 12151

Acta No.39

Se resuelve por la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado del Instituto de Seguros Sociales frente a la sentencia del 9 de diciembre de 1998, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio seguido por Ana Margarita Arias de Roldán contra la entidad recurrente.

ANTECEDENTES

Demandó al I.S.S. la señora Arias de Roldán, ante el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín, para que se le condenara a reconocer en

su favor la sustitución de la pensión del fallecido José Raúl Roldán Betancur, a pagarle las mesadas ya causadas con la debida indexación y las costas del proceso.

Funda sus pretensiones en que contrajo matrimonio con el causante el 25 de diciembre de 1954 en el cual se procreó una hija. El esposo abandonó el hogar por causas no imputables a la demandante pero "nunca hubo separación legal de bienes ni de cuerpos". Mediante Resolución No. 05105 del 17 de septiembre de 1984, el ISS otorgó pensión de vejez al causante quien falleció el 2 de julio (sic) de 1996; la demandada negó la sustitución en favor de la actora por resolución No. 012014 de 1996. (fls 1 a 3 del primer cuaderno)

El Instituto respondió afirmativamente los hechos expresados por la promotora del juicio con la observación de que "el asegurado llevaba más de 30 años separado de hecho de la demandante y por lo tanto no convivía con ella"; así que de acuerdo con el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, no le asiste el derecho que reclama. (fls 16 y 17 del primer cuaderno)

Surtido el trámite de la primera instancia, el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín profirió sentencia con fecha 10 de noviembre de 1998, por la cual, absolvió a la entidad demandada "de todos los cargos formulados en su contra" e impuso a la accionante las costas del proceso (fls 34 a 38 del primer cuaderno). Apeló la actora y el Tribunal, mediante el fallo recurrido en casación, revocó el de primer grado "para en su lugar, Condenar Al Instituto de Seguros Sociales a reconocer y pagar a la demandante ... pensión de sobreviviente a partir del día 29 de junio de 1996, en la misma cuantía que se le venía cancelando al pensionado fallecido señor José Raúl Roldán Betancur, ..., según resolución 005105 del 17 de septiembre de 1984 del I.S.S., sin perjuicio de los aumentos legales y las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año, sin que la misma pueda ser inferior al mínimo legal vigente para cada época". Le absolvió "de los demás cargos", y le impuso las costas de la primera instancia. (fls 42 a 48 del primer cuaderno)

EL FALLO DEL TRIBUNAL

Interpreta que, conforme al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, aun cuando la accionante no convivía con el de cujus en el momento del deceso, y de hecho no lo hacía desde 30 años atrás, nunca perdió el derecho a la sustitución pensional de su cónyuge porque con él procreó una hija.

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Lo interpuso el apoderado de la parte demandada. Concedido por el Tribunal y admitido por ésta Sala de la Corte, se procede a decidirlo, previo el estudio de la demanda correspondiente. No se presentó escrito de réplica.

ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Dice:

"Se persigue con este recurso que la Honorable Corte Suprema de Justicia CASE TOTALMENTE la sentencia de segunda instancia.

"Convertida en falladora de instancia, la Honorable Corte confirmará íntegramente el fallo proferido en la instancia inicial."

Al efecto y con apoyo en la causal primera del recurso de casación laboral, la censura plantea dos cargos así:

Primer cargo.

Por la vía directa acusa el fallo del Tribunal de Interpretación errónea de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

DESARROLLO

"No se ponen en tela de juicio las conclusiones fácticas a que arriba el Tribunal autor de la providencia censurada. Así las cosas, se da como incontestablemente cierto que:

"1° El señor José Raúl Roldán Betancur fue pensionado por vejez, por la entidad demandada, mediante Resolución N° 05105 del 17 de septiembre de 1984.

"2° El pensionado falleció el dos de julio (sic) de 1996.

"3° Había contraído matrimonio con la actora el 25 de diciembre de 1954, de cuya unión nació, el 11 de octubre de 1955, María Piedad Roldán Arias.

"4° Desde treinta años antes del deceso del pensionado, la pareja había dejado de convivir.

"Como consecuencia de las circunstancias enumeradas, aplicando e interpretando correctamente la norma que corresponde, el ad quem concluye que la cónyuge superviviente no reúne las exigencias del artículo 47 del estatuto de la seguridad social para acceder a la sustitución pensional, debido a que no hacía vida marital con el causante en el momento en que éste cumplió con los requisitos para adquirir el derecho a la pensión, ni tampoco durante los dos años anteriores al fallecimiento del pensionado.

"Sin embargo, pretendiendo dar una interpretación íntegra al citado artículo 47, encuentra que sí es procedente el reconocimiento de la sustitución pensional, en razón a que durante su matrimonio procrearon una hija de nombre María Piedad Roldán Arias, nacida el 11 de octubre de 1955. Que en tal virtud encuentra la Sala, que en el caso a estudio se está dentro de la excepción que trae la misma norma, o sea el que el cónyuge o compañera permanente hayan procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido, y ello fue lo que ocurrió en el caso a estudio, en donde los esposos referidos procrearon una hija de nombre María Piedad

Roldán Arias, nacida el 11 de octubre de 1995, tal y como consta en el registro civil de nacimiento obrante a folios 6'.

"Desde luego que, como ya se dijo, la norma que aplica el juzgador de segundo grado es la que reclama aplicación para el evento que se estudia, la que textualmente expresa, que:

"En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera permanente superviviente, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido' (Me permito resaltar).

"El Tribunal interpreta en forma equivocada, fundamentalmente, la parte del artículo que me he permitido ennegrillar, vertiendo en la sentencia el simple enunciado de la norma.

"Deduce que la hipótesis que consagra el precepto es una excepción para el caso en que no se pueda acreditar los dos requisitos de convivencia. En otras palabras, si la pareja no hacía vida marital al momento de configurarse los requisitos de edad y densidad de cotizaciones del causante, ni convivían por lo menos dos años continuos con anterioridad a su muerte, la única forma en que no se pierde el derecho a la sustitución es demostrando que procrearon uno o más hijos.

"Vistas así las cosas, parece que el sentido que le imprime la sentencia al precepto legal, es tan sencillo como acertado. Si no se acreditan los dos primeros requisitos, basta demostrar la excepción.

"En efecto, simplemente razona que a pesar de no reunir los dos requisitos de convivencia que contempla el artículo, la actora tiene derecho a que se le reconozca el derecho porque "... los esposos referidos procrearon una hija de nombre María Piedad Roldán Arias, nacida el 11 de octubre de 1995 (sic), tal y como consta en el registro civil de nacimiento obrante a folio 6'.

"Sin embargo, si el Colegiado de segunda instancia se hubiera tomado el trabajo de intentar una interpretación acorde con todo el cuerpo del artículo, y con el espíritu del mismo, otra sería la conclusión.

"Aceptar sin reparos la tesis que plantea el fallo impugnado, implica el desconocimiento de innumerables pronunciamientos de la Honorable Corte en el sentido de que la finalidad de la figura de la pensión de sobrevivencia es evitar que por el simple hecho del fallecimiento del pensionado, la cónyuge quede en el desamparo y la desprotección, partiendo de la base de que exista un compromiso de apoyo afectivo y comprensión mutua que persista al momento de la muerte de uno de los integrantes de la pareja. Ello sería así por que si, como ocurre en el presente caso, la duración de la convivencia es mínima, pero al principio de la relación se pro-

creó un hijo, tendríamos que por ese hecho, la cónyuge tendrá asegurada la sustitución de la pensión, así ya no tuviera nunca más contacto con quien posteriormente se pensiona y fallece, contradiciendo el espíritu y la finalidad que inspiran la institución.

"Ubicando la norma dentro del contexto que le corresponde, un correcto y completo análisis implica entender que el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, letra a), prevé que están llamados a sustituir al pensionado fallecido en el goce del derecho los miembros de su grupo familiar, lo que se concreta en el artículo inmediatamente siguiente cuando establece que cuando se trate de cónyuge o compañero (a) permanente se debe acreditar la convivencia, tanto para la época en que el causante cumplió con los requisitos para pensionarse, como al momento del fallecimiento, con una antelación no menor de dos años. Establece que no se debe acreditar la convivencia cuando se haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido, excepción que debe entenderse referida para el evento en que se reúnan los primeros de los requisitos (convivencia desde la época en que el causante adquirió el derecho, hasta su muerte), pero que el fallecimiento se produzca sin que se haya convivido los dos últimos años antes del fallecimiento.

"Desagregando el contenido, vemos como, la forma en que está redactada la norma indica claramente que los dos momentos o lapsos en los cuales se exige la convivencia están claramente determinados, pero ligados: Desde cuando se reunieron los requisitos que le dan derecho a la pensión, y hasta la muerte del pensionado. Exige además que, por lo menos, antes del deceso hayan convivido dos años. Pero, no obstante que por causa del fallecimiento del causante, no alcanzaron a vivir los dos años antes del deceso, la cónyuge tendrá derecho a la sustitución de la pensión sólo si procreó hijos con su esposo.

"Nótese que si la interpretación correcta fuera la que le dio el *ad quem*, podríamos decir sin duda que sobraría la parte del artículo que expresa '... y haya convivido con el fallecido no menos de dos años continuos con anterioridad a su muerte', porque bastaría con que expresara los extremos temporales dentro de los cuales se exige la vida marital, y la consagración de la excepción, para que simplemente ésta operara automáticamente en el sentido de que no acreditándose esa vida marital, se accediera al derecho demostrando la existencia de un hijo en cualquier tiempo.

"Indudablemente que la introducción de la frase '... y haya convivido con el fallecido no menos de dos años continuos con anterioridad a su muerte', tiene su razón de ser. Históricamente fueron innumerables los casos en los cuales un pensionado, días antes de su fallecimiento, contraía nupcias ex-profeso para favorecer a alguien, que posteriormente reclamara la sustitución de la pensión, y ante las previsiones de la legislación anterior, debía el Instituto proceder a reconocerla. Precisamente para prevenir ese tipo de situaciones, injustas pero legales, se optó por incluir

la exigencia de la convivencia con dos años de antelación a la muerte del causante."

Cita a continuación el fallo de casación de esta Sala del 17 de junio de 1998, dentro del expediente No. 10634 del cual transcribe algunos apartes, para concluir:

"De manera contundente se concluye entonces que para quedar cobijado por la excepción, el o los hijos procreados, deben haberlo sido dentro de ese preciso término de dos años, no sólo porque la redacción de la norma así lo enseña, si no porque, además, ese es el verdadero espíritu de la norma.

"Se concreta entonces la desinteligencia del fallo acusado, en haber entendido que en el caso en estudio, la demandante tiene derecho a la sustitución de la pensión de su difunto esposo, por el sólo hecho de haber procreado una hija con él, y que por lo tanto no necesitaba acreditar ninguno otro de los requisitos que consagra el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, sin tomar en cuenta que ese no es el sentido, ni el espíritu de la norma.

"Interpretar el precepto legal así, sería tanto como admitir que en todos los casos la cónyuge o la compañera (o) permanente tendría derecho a la sustitución pensional, así llevara cualquier cantidad de tiempo sin que se presentara la convivencia, como que uno de los fundamentos de la unión de una pareja -matrimonial o no- es la procreación de hijos. De tal manera tendríamos que, considerado lo antes dicho, la excepción se convertiría en regla general, como que si uno de los objetivos fundamentales de la unión marital es la reproducción, todo cónyuge que se encuentre separado al momento del deceso del pensionado, tendría derecho a la sustitución, porque como regla general existirá por lo menos un hijo, y la excepción sería la no existencia de hijos.

"No debe olvidarse que encontrándose consagrada de manera exceptiva un evento, su interpretación debe ser restrictiva, y, que por lo tanto, tal excepción no puede extenderse a eventos que no se hallen expresa y claramente previstos.

"El dislate interpretativo, en la forma y términos explicados, en que incurre el fallador de la segunda instancia condujo entonces a reconocer a la demandante el derecho a suceder en el disfrute de la pensión de jubilación de su difunto esposo, en contravía a lo que la literalidad y la genuina hermenéutica del artículo 47, de la Ley 100 de 1993 claramente enseñan. No sobra anotar, que una adecuada interpretación de las normas infringidas hubiera significado la absolución de la entidad que apodero, en virtud a que no le asiste el derecho a la demandante."

Segundo Cargo

También por la vía directa acusa el fallo del Tribunal por violación de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, pero ahora por el concepto de aplicación indebida.

Expresa:

No se somete a censura ninguna de las inferencias fácticas a que arriba el Tribunal. Por lo tanto, es incontestablemente cierto que:

"1° El señor José Raul Roldán Belancur fue pensionado por vejez, por la entidad demandada, mediante Resolución N° 05105 del 17 de septiembre de 1984.

"2° El pensionado falleció el dos de julio (sic) de 1996.

"3° Había contraído matrimonio con la actora el 25 de diciembre de 1954, de cuya unión nació, el 11 de octubre de 1955, María Piedad Roldán Arias.

"4° Desde treinta años antes del deceso del pensionado, la pareja había dejado de convivir.

También se parte de la base de que las normas legales escogidas por el sentenciador de la segunda instancia, son las que corresponde aplicar para el caso en análisis, porque al momento del fallecimiento del pensionado Roldán Belancur ya se encontraba en plena vigencia el sistema integral de seguridad social creado por la Ley 100 de 1993, y los artículos 46 y 47 de dicho estatuto son los que regulan el punto de la pensión de sobrevivientes.

Se sabe que una de las modalidades de aplicación indebida de una norma se configura cuando el operador judicial, aplicando la hipótesis legal que corresponde, lo hace de manera inconveniente al caso, haciéndole producir efectos contrarios a los queridos por la ley.

En el caso sub iudice, el Tribunal, aceptando que la demandante no convivía con el pensionado en la fecha de su muerte, ni tampoco lo hacía al momento de su muerte (sic), ni mucho menos que tal circunstancia se presentó con dos años de antelación al deceso, partiendo del hecho probado de la existencia de una hija -nacida el 11 de octubre de 1955-, al aplicar el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, a esos hechos debidamente demostrados, lo hace de tal manera que, lo que pudiéramos llamar con los penahistas 'proceso de adecuación típica', se produce de una manera tal que el texto del precepto no declara, ni sugiere, al tomar la excepción del nacimiento de la hija respecto de todos los requisitos que se establecen.

Claramente se advierte, entonces, que la excepción se refiere exclusivamente al último de los requisitos. Eso es lo que la norma claramente expresa. Es decir, de los tres que establece el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, solamente puede decirse que ante la falta de la convivencia durante los dos años anteriores al fallecimiento del pensionado, se le debe reconocer el derecho a sucederlo en el goce de la pensión cuando exista un hijo procreado precisamente durante esos dos últimos años, debiendo necesariamente concurrir las dos primeras exigencias. Claramente lo pre-

dica la parte final de la sentencia de casación citada y parcialmente transcrita, cuando expresa:

"Por manera que el cargo es fundado en cuanto a pesar de haber inferido el fallador con la confesión ficta la falta de convivencia durante seis años, asentó que ello no tenía incidencia alguna. Sin embargo, tal aserto no conduce fatalmente a la anulación del fallo, porque en sede de instancia encuentra la Sala que no tuvo en cuenta el sentenciador *ad quem* que la mencionada inferencia fáctica debe entenderse desvirtuada por el hecho de que la última hija de los cónyuges nació el cinco de junio de 1994, como lo acredita el registro civil de nacimiento de folio 19, esto es, un año y seis meses antes del fallecimiento de su padre afitado, lo que descarta que los cónyuges hayan dejado de hacer vida marital durante el lapso a que se refiere la confesión deducida por el *ad quem*..."

"De esa forma se le hubiera dado al precepto de derecho una aplicación acorde con su alcance, ya explicado, encontrando que, no obstante existir una hija del matrimonio, la situación de la demandante no era susceptible de ser cubierta por la excepción para lograr el reconocimiento de la sustitución pensional.

"Así las cosas, sin que medien errores de hecho, ni de derecho, el *ad quem* le da aplicación a la norma transgredida en un alcance que ella no consagra, aplicándola a un evento no previsto, cual es reconocer el derecho a una cónyuge sobreviviente que no convivía con el pensionado para la época en que éste reunió los requisitos para la pensión de vejez, ni tampoco al momento de su deceso, y que no obstante, mediar la existencia de una hija del matrimonio, no fue procreada dentro de los dos últimos años antes de la muerte del causante.

"De habérsele dado el 'alcance' que el mismo texto enseña a la normatividad que aplicó el Tribunal, se habría necesariamente concluido que la actora no tiene el derecho a que se le reconozca la pensión de sobrevivencia de su difunto esposo, porque su situación no se acomoda a lo que la norma prevé..."

SE CONSIDERA

Los dos cargos se orientan por la vía directa y acusan la infracción de las mismas normas legales por lo que la Corte aboca su estudio de manera conjunta, por economía procesal, no sin reconocer la autonomía de cada uno de ellos pero sí previa la consideración de que ninguno de los dos estaría llamado a prosperar, ya que tanto el uno como el otro parten del supuesto de que los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 son los únicos preceptos con los cuales debe definirse la controversia, veamos:

Como lo expone el recurrente, no se controvierte que el causante José Raúl Roldán Betancur fue pensionado por vejez, por la entidad demandada, mediante Resolución N° 05105 del 17 de septiembre de 1984; que el pensionado falleció el dos de julio de 1996; que el mismo había contraído

matrimonio con la actora el 25 de diciembre de 1954, de cuya unión nació, el 11 de octubre de 1955, María Piedad Roldán Arias; y que en la fecha de su deceso el pensionado llevaba más de treinta años separado de hecho de su esposa.

Vale decir que se trata de sustituir en la pensión de vejez a quien fue pensionado antes de la vigencia del régimen general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, aduciendo el derecho originado en un matrimonio también anterior.

Bajo tales circunstancias, según lo tiene definido la doctrina jurisprudencial de esta Sala de la Corte, la normatividad anterior a la Ley 100 de 1993 consolidó derechos que persisten conforme a lo previsto en los artículos 11 y 272 de éste último estatuto; debido a que el artículo 26 del Acuerdo del ISS 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 del mismo año, diferenció la causación del derecho de la efectivización del mismo. El tenor de esta disposición es el siguiente:

"Artículo 26. Causación y percepción de la pensión de sobrevivientes. El derecho a la pensión de sobrevivientes se causa cuando se reúnen los requisitos establecidos en el presente reglamento y se reconoce y paga a partir de la fecha del fallecimiento del asegurado o del pensionado" (subraya la Sala).

A su vez, el artículo 27 del Acuerdo en alusión consagraba como derechohabiente en primer lugar "el cónyuge sobreviviente" y estableció la presunción de que éste faltaba en cualesquiera de estos eventos: a) por muerte real o presunta; b) por nulidad del matrimonio; c) por divorcio; y d) por separación legal y definitiva de bienes y de cuerpos; ninguno de los cuales se presenta en el sub examine.

Una situación jurídica similar fundó la sentencia del 17 de abril de 1998, Rad.10406, que reconoció la sustitución pensional en favor de la compañera permanente no obstante que, por haber comenzado la relación marital después del reconocimiento de la pensión, la accionante estaría excluida del derecho a sustituir a su compañero, si se cifrara a la letra la hermenéutica del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 sin armonizarla con aquellas disposiciones que consolidaron el derecho de que se trata. Entonces dijo la Corte:

"Para absolver al Instituto demandado de la pensión de sobrevivientes impetrada por la actora consideró el tribunal que para la fecha en que se inició la vida marital entre la demandante y su compañero permanente Rafael Emilio Correa Córdoba (1984), 'ya éste era pensionado'. Con base en esta aserción, aceptada por la impugnante, interpretó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de que 'lo determinante antes que cualquier otro tipo de exigencia, es que se acredite que la vida marital comenzó, por lo menos, desde el momento mismo en que el pensionado reunió los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez o de invalidez'.

"Dentro del esquema normativo de la Ley 100 de 1993, y más concretamente en el régimen de prima media con beneficio definido, son diferentes los requisitos de la pensión de sobrevivientes, según se trate de un afiliado o de un pensionado. En efecto, el 'afiliado' necesita haber cotizado un mínimo de 26 semanas sufragadas ya bien al momento de la muerte (cotizante activo) o dentro del año inmediatamente anterior al fallecimiento (no cotizante activo); en cambio, en cuanto al 'pensionado' del sistema general de pensiones, basta que al momento del deceso tenga derecho a una pensión por vejez o invalidez por riesgo común. En ambos casos son beneficiarios los miembros del grupo familiar del fallecido.

"El literal a) del artículo 47 en cuestión erige como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, al cónyuge o la compañera o compañero permanente superviviente y establece a continuación los requisitos que estas personas deben reunir a efectos de recibir ese beneficio en los siguientes términos:

"En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente superviviente, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido'.

"Aduce la censura al efecto que el artículo 47 de la Ley 100 no puede ser interpretado, sin consideración alguna a los principios generales que inspiran la referida normatividad y a la forma en que la Constitución Nacional y la Ley reconocen el derecho a la seguridad social y protegen el núcleo familiar.

"El punto debatido por la censura gira en torno a si la exigencia que hace la nueva norma, de haber hecho vida marital el presunto beneficiario con el pensionado fallecido 'por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez', es o no extensible a los pensionados que antes de la vigencia de la ley habían conformado una convivencia permanente.

"Independientemente de la conveniencia o inconveniencia de éste requisito desde el punto de vista social, no ofrece discusión su aplicación inmediata frente a quienes se hayan pensionado o se pensionen a partir del 1 de abril de 1994, fecha en que empezó a regir la Ley 100 de 1993 en el sistema general de pensiones, o habiéndose pensionado antes inicien vida marital con posterioridad.

"Sin embargo, resulta impropio entender que dicho precepto se aplica cuando, como en el sub lite, las condiciones de pensionado y de compañera permanente surgieron y se consolidaron con anterioridad a tal fecha, puesto que estas circunstancias estructuran para estos efectos un dere-

cho adquirido, toda vez que a diferencia del simple afiliado -que no puede transmitir lo que no tiene causado en su favor-, el pensionado por vejez o invalidez que tuvo la condición de compañero permanente, adquirió un derecho (pensión) que ingresó a su patrimonio y por tanto está legalmente autorizado para transmitirlo en el mismo monto a los causahabientes que la Ley determine, una vez ocurra su deceso, sin que una nueva Ley pueda desconocerlo o conculcarlo mediante la variación de las reglas normativas existentes al momento de la consolidación de esos dos presupuestos.

Cabe recordar que con arreglo al artículo 25 del Acuerdo 049 de 1990 (aprobado por el Decreto 758 del mismo año) existe derecho a la pensión de sobrevivientes por riesgo común en los siguientes casos:

a) "Cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común, y

b) "Cuando el asegurado fallecido estuviere disfrutando o tenga causado el derecho a la pensión de invalidez o de vejez según el presente reglamento".

Nótese que a diferencia de la primera hipótesis (afiliados no pensionados), en la segunda (pensionados) no militan los requisitos de número y densidad de cotizaciones, pues para acceder a la pensión referida el requisito se circunscribe a la circunstancia de que el fallecido tuviere un derecho causado a la pensión de invalidez o vejez. Y esa misma distinción aparece en el artículo 46 de la Ley 100, el cual al señalar los requisitos de la pensión de sobrevivientes prescribe que tienen derecho a ella los integrantes del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común, sin adicionar otras condiciones, como sí lo hace respecto de los asegurados que falleren sin haberse pensionado.

Así mismo, conforme al artículo 26 del Acuerdo 049 el derecho a la pensión de sobrevivientes se causa cuando se reúnen los requisitos establecidos en ese reglamento, y se reconoce y paga a partir de la fecha del fallecimiento del pensionado, con lo que se evidencia claramente la distinción normativa entre la causación del derecho y el momento en que debe reconocerse y pagarse.

De tal suerte que en el caso de los pensionados, la pensión de sobrevivientes susceptible de transmisión no configura un derecho nuevo en favor de los causahabientes, sino un derecho derivado, una verdadera 'sustitución' pensonal del mismo derecho adquirido a la pensión de vejez o invalidez causado en su favor. Tan es así que el propio artículo 48 de la Ley 100 establece que 'El monto de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba'.

En consecuencia, los pensionados antes de la vigencia de la nueva Ley, que tenían el período de convivencia permanente señalado en las disposiciones precedentes, consolidaron el derecho a transmitir la pen-

sión que devengaban en favor de su cónyuge supérstite, compañero o compañera permanente o hijos con derecho, según el caso, en el mismo monto y condiciones estatuidos en la Legislación vigente al momento en que se consolidaron las circunstancias mencionadas. Esos pensionados, al haberse definido antes de la Ley 100 una situación jurídica en su favor, originada en el derecho a la pensión y la convivencia permanente, tienen derecho a seguir amparados por la normatividad anterior.

"No puede perderse de vista que ellos mantuvieron su fidelidad al ordenamiento de seguridad social imperante durante toda su relación laboral, hasta cuando dejaron de ostentar la condición de cotizante por haber logrado la finalidad suprema de todo afiliado al sistema cual es la de adquirir el derecho a una pensión por vejez, que acorde con las normas vigentes en ese momento, después de una prolongada y real convivencia responsable, le conferían a su vez el derecho a que los integrantes de su grupo familiar pudieran gozar de la respectiva pensión, una vez ocurriera el fallecimiento.

"Obviamente la pensión de sobrevivientes no se causa en vida del pensionado. Pero conviene recordar que hasta la vigencia de la Ley 100 de 1993 el denominado seguro I.V.M. era un todo integral, conformado por las contingencias de invalidez, vejez y sobrevivientes, de forma tal que alcanzada la meta de reconocimiento pensional en alguna de estas especies, y reunidos los presupuestos de matrimonio o convivencia permanente y la densidad de cotizaciones necesaria para la pensión de sobrevivientes, no resulta acomodado a derecho que una nueva normación cambie repentinamente las reglas de juego y de manera sorpresiva haga más exigentes los presupuestos o adicione otros que no existían al momento de consolidarse la condición de pensionado y compañero permanente.

"Es que la relación jurídica que en materia de seguridad social, -para los efectos del seguro de invalidez, vejez y sobrevivientes- surge entre un afiliado y un ente de seguridad social, tiene como cometido esencial el que se obtenga el reconocimiento de la prestación respectiva una vez reunidos los requisitos exigidos por las disposiciones aplicables a estas contingencias, después de lo cual cesan las obligaciones de cotización para estos riesgos, y de ahí en adelante no puede despojarse al pensionado que cumplió con las reglas legales, del derecho a que sus beneficiarios perciban las prestaciones estatuidas en la normatividad entonces aplicable, porque precisamente satisfizo las condiciones que el propio régimen instituyó como indispensables para el efecto.

"Es menester insistir en que en casos como el presente, a diferencia de cuando se trata de un simple afiliado, el monto de la pensión de sobrevivientes del cónyuge o compañero permanente equivale a un porcentaje en relación con la que devengaba el pensionado al momento de su deceso. Por ello en cuanto a los pensionados conculca, se trasmite el mismo derecho. De suerte que si alcanzados los presupuestos de pensión y convivencia permanente la nueva normación hace más gravosa las condicio-

nes de sus causahabientes está desconociendo su derecho a continuar regidos por la normatividad existente en ese momento.

"Por todo lo dicho, ese derecho no puede restringirse al 65% del ingreso base de liquidación, como podría aparentemente entenderse del inciso final del artículo 48 de la Ley 100, que garantiza ese porcentaje cimentado en el derecho de los afiliados de "optar por una pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley ... siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto". Como se ve claramente, la propia Ley nueva prevé, aún en este caso, la aplicación de las condiciones establecidas en las disposiciones anteriores, sólo que para los pensionados, se reitera, no puede limitarse ese derecho al porcentaje indicado por este precepto, sino al 100% por tratarse de una sustitución pensional del mismo derecho.

"Fortalecen todo lo expresado los principios jurídicos superiores, especialmente los instituidos en los textos 42, 48, 53 y 58 de la Constitución Política, que protegen al núcleo familiar, los derechos irrenunciables a la seguridad social, los derechos de los trabajadores y los derechos adquiridos. Ellos impiden la aplicación automática de la nueva exigencia a los pensionados anteriores, sin que ello suponga, en manera alguna, la creación de una excepción imprevista a la norma en cuestión, pues siendo principio de derecho universal el que los efectos emanados de una condición jurídica -para el caso concreto el status de pensionado- deban regirse por la Ley sustancial vigente cuando se consolidó tal derecho, es ella, por tanto, la que debe hacerse obrar, por cuanto, además, así está expresamente consagrado en el artículo 11 de la propia Ley 100 de 1993, el cual para los efectos de aplicación del sistema general de pensiones dispone el respeto y conservación de los derechos nacidos conforme a normas anteriores, resaltando específicamente los que les asisten a 'quienes a la fecha de vigencia de esta Ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes ... del Instituto de Seguros Sociales ...'.

Lo anterior guarda plena armonía con el artículo 272 de la misma Ley, con arreglo al cual 'El Sistema Integral de Seguridad Social establecido en la presente Ley, no tendrá, en ningún caso, aplicación cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores'.

"De otro lado, como bien lo refiriera la oposición, lo que pretende el nuevo requisito introducido por la Ley 100 es evitar las convivencias precarias, fraudulentas o no inspiradas en los sólidos elementos configurantes de un verdadero núcleo familiar, las que muchas veces surgen con el exclusivo designio de acceder a gozar de la pensión de quien está a punto de fallecer, mediante procedimientos reprobables desde todo punto de vista. Estas situaciones excepcionales, desde luego, no pueden quedar cobijadas legal ni jurisprudencialmente porque no encajan dentro de una

auténtica noción de seguridad social. A diferencia de lo anterior, no puede cerrar los ojos la Corte ante la evidencia inculcable de que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se desarrollaron convivencias verdaderamente responsables y estables, acreditadas judicialmente de manera fehaciente, que aun cuando iniciadas después de la adquisición del status de pensionado, estaban protegidas por el ordenamiento jurídico entonces en vigor y tuvieron larga duración, como la del caso que ocupa la atención de la Sala de más de 11 años de vida marital, respecto de las cuales sería, además, manifiestamente inquitativo y apartado de los postulados que informan la Carta Política, la justicia, la seguridad social y el respeto de los derechos sociales consolidados antes de la vigencia de la Ley 100, desconocer la plena eficacia de los derechos de los causahabientes viudos o huérfanos desamparados por el deceso de quien era el soporte económico del núcleo familiar.

"Adicionalmente, no puede hacerse abstracción del sentido mismo y finalidad de la institución de la pensión de sobrevivientes que busca precisamente impedir que quien haya convivido permanente, responsable y efectivamente, y prestado apoyo afectivo a su pareja al momento de su muerte, se vea abocado a soportar aisladamente las cargas, tanto materiales como espirituales, que supone su desaparición.

"Debe tenerse en cuenta que el vacío de la Ley respecto de un régimen expreso de transición de las pensiones de invalidez y sobrevivencia, no sirve de pretexto para concluir que la determinación del alcance de una disposición se apoye únicamente en la fórmula literal de un texto ambiguo, sino que debe necesariamente atender a una hermenéutica sistemática del contexto jurídico, al fin social perseguido en el momento de su elaboración y a los derechos surgidos antes de su imperio, por lo que no puede hacerse caso omiso del espíritu que orienta a las normas que rigen la pensión de sobrevivientes dentro del sistema de la Seguridad Social, en cuanto busca proteger a la persona que brindó compañía duradera y prestó asistencia al causante hasta el momento de su fallecimiento...".

La interpretación que hizo la Sala en la transcripción que antecede, si bien se refiere a un caso diferente, es trasladable a la situación que se presenta en este, toda vez que en ambos se observa una aparente contradicción con lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 para lograr el reconocimiento.

De acuerdo con lo anterior, en este caso la cónyuge superviviente puede tener derecho a la sustitución demandada pero no por las razones jurídicas esgrimidas por la Sala de Instancia. Es innegable que ésta se equivocó al inferir, de la salvedad del inciso segundo del literal a) del mencionado artículo 47, que el solo hecho de la procreación en cualquier época asegura la sustitución pensional para el sobreviviente. Indudablemente que no quiso el legislador otorgarle el derecho irrestricto al cónyuge, o compañero (a) permanente, por el hecho de haber procreado con el causante; obsérvese que la aludida salvedad tiene que ver únicamente, como lo expone el recurrente,

con quien a pesar de haber convivido con él de cónyuges en el momento en que éste adquirió el derecho a la pensión y hasta su deceso, no alcanzó a completar los dos años en esa unión.

Debe insistirse por lo tanto en que el artículo 47 de Ley 100 de 1993 requiere de *hermenéutica sistemática del contexto jurídico, al fin social perseguido* en el momento de su elaboración y a los derechos surgidos antes de su imperio, efectuando su integración con aquellas normas de vigencia más antigua, que no fueron derogadas expresamente ni son incompatibles con este precepto ni en su texto ni en su espíritu.

Por lo dicho los cargos no prosperan.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia impugnada, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 9 de diciembre de 1998, en el juicio seguido por Ana Margarita Arias de Roldán contra el Instituto de Seguros Sociales.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese, publíquese y Devuélvase el expediente al Tribunal de Origen.

Luis Gonzalo Toro Correa, Francisco Escobar Henríquez, José Roberto Herrera Vergara, Carlos Isaac Náder, Rafael Méndez Arango, Germán G. Valdés Sánchez, Fernando Vásquez Bolero.

Laura Margarita Manotas González, Secretaria.

VIA GUBERNATIVA

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.- Santa Fe de Bogotá, D.C., trece (13) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Doctor *Germán G. Valdés Sánchez*

Radicación No. 12221

Acta No. 40

Resuelve la Corte el recurso de casación que interpuso el Instituto de Seguros Sociales contra la sentencia del Tribunal de Bogotá, dictada el 13 de noviembre de 1998, en el juicio ordinario laboral que promovió Carlos Eduardo Velásquez Rojas contra el instituto demandado.

ANTECEDENTES

Carlos Eduardo Velásquez Rojas demandó al Seguro Social para obtener el reconocimiento de una pensión por incapacidad permanente parcial, así como los intereses legales y moratorios.

El Seguro Social se opuso a las pretensiones, dijo que no se había agotado la vía gubernativa y propuso excepciones. Sostuvo que reconoció una pensión por incapacidad permanente total de origen profesional al demandante, pero que después, según el dictamen de la sección Nacional de Medicina Laboral del 15 de noviembre de 1994, se determinó que la incapacidad había disminuido y el asegurado dejó de estar incapacitado para desempeñar cualquier actividad de tipo remunerativo; por ello profirió la resolución 003078 del 31 de mayo de 1995, la cual se notificó en legal forma al demandante; que en tales condiciones no es cierto que la suspensión del pago de la pensión se hiciera ilegalmente; en cambio, el demandante se apresuró a demandar judicialmente al Seguro sin agotar debidamente la vía gubernativa.

El Juzgado 14 Laboral de Bogotá, mediante sentencia del 17 de septiembre de 1998, absolvió.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Apeló la parte demandante y el Tribunal de Bogotá, en la sentencia aquí acusada, revocó la del Juzgado y en su lugar condenó al Seguro Social a pagar la pensión de invalidez.

El Tribunal tuvo por demostrados estos hechos: el accidente de trabajo que sufrió el demandante el 7 de octubre de 1982 que le dejó una incapacidad permanente parcial; el reconocimiento de la pensión de invalidez a partir del 15 de septiembre de 1983, lo que se hizo por medio de la resolución 10805 del 20 de diciembre de 1984, precisando, el Tribunal, que inicialmente se cubriría hasta el mes de septiembre de 1985 y que, de persistir la incapacidad, la pensión sería definitiva; que en octubre de 1985 se practicó una nueva evaluación que refrendó la persistencia de las secuelas del accidente, pero, mediante dictamen del 15 de diciembre de 1994, el Seguro, basado en el Decreto 1836 de 1994, estableció una incapacidad del 40% y por ello expidió la resolución 903078 del 31 de mayo de 1995 que suspendió el pago de la pensión por estimar el Seguro que el actor no resultaba inválido para desempeñar cualquier actividad de tipo remunerativo.

Dijo también el Tribunal que según la normatividad actual, el estado y origen de la invalidez son determinados por el Seguro, las compañías de seguros y las entidades que asumen los riesgos de invalidez y sobrevivientes con base en el manual único para la calificación de invalidez expedido por el Gobierno Nacional; y que, en caso de controversia, ella se dirime en primera instancia por las juntas regionales de calificación de invalidez y en segunda por la junta nacional de calificación de invalidez (artículos 42 y 43 de la Ley 100 de 1993).

Agregó que conforme al artículo 38 de la Ley 100 de 1993 y 2° del Decreto 692 de 1995 se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, pierda el 50% o más de su capacidad laboral.

Advertió que la incapacidad del demandante ocurrió estando vigente el acuerdo 224 de 1966 cuyo artículo 63 dispuso que tratándose de riesgos profesionales se considera incapacitado en forma permanente total y por lo tanto con derecho a pensión de invalidez, el asegurado que por causa de enfermedad profesional o de accidente de trabajo haya perdido en forma permanente o por un tiempo no previsible la capacidad para procurarse, mediante un trabajo proporcionado a sus fuerzas, a su formación profesional y a su ocupación anterior, una remuneración equivalente a la mitad.

Observó que el demandante perdió objetivamente el 50% de su capacidad.

En seguida expresó:

"Para el momento en que ocurrieron los hechos se encontraban establecidas tablas que le da un carácter objetivo a la pérdida de un miembro y es así como en aplicación de ellas el médico laboral, establece que persiste la invalidez en un 55%, experticio que no fue objetado y que por tanto constituye prueba de la invalidez reclamada. Por esta razón considera la sala que el actor debe seguir percibiendo la pensión de invalidez, revocando la sentencia apelada".

Transcribió un pasaje de un fallo de la Corte Suprema en el cual se lee:

"El efecto ultractivo que tienen las normas derogadas no es más que la necesaria consecuencia del principio según el cual las leyes laborales, carecen de efecto retroactivo (art. 58 C.N. y 16 del C.S. del T.) y solamente se aplican a situaciones futuras o en curso. Y resultaría indudablemente retroactiva la disposición de seguridad social que pretendiera volver sobre el pasado para desconocer o modificar circunstancias consumadas o derechos adquiridos. No se pierde, entonces, el derecho consumado por que su titular no lo hubiera pedido en el lapso en que rigió la disposición que sirvió de fundamento para su causación y sólo venga a reclamarlo cuando ésta norma haya sido derogada o sustituida, puesto que la desaparición de la ley por virtud de su derogatoria no permite en forma alguna el desconocimiento de los derechos válidamente adquiridos bajo su imperio. La causación de un derecho no depende entonces, de que su titular lo solicite durante la vigencia de la norma que lo consagró".

Y después anotó el Tribunal:

"Pero aún por la nueva normatividad si se acepta que la única entidad que puede calificar la invalidez es la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, en este caso, no se cumplió el procedimiento de los artículos 41, 42 y 43 de la Ley 100 de 1993, por lo que sigue siendo eficaz el dictamen de medicina laboral y sigue siendo el estrado judicial el competente para desatar el conflicto".

Después de transcribir apartes de otra sentencia de la Corte, dijo el Tribunal:

"Como no se trata de desconocer la calificación de dicha junta por substracción de materia, la sala no tiene porque dejar de apreciar el dictamen médico del proceso y en consecuencia, revoca la sentencia para condenar a la demandada a seguir reconociendo la pensión de invalidez en los mismos términos en que lo venía haciendo. Además deberá reconocer el valor de las mesadas dejadas de pagar cuando suspendió la referida pensión".

EL RECURSO DE CASACIÓN

Lo interpuso el Seguro Social. Pretende que la Corte case la sentencia impugnada y que en instancia confirme la del Juzgado, o, en subsidio, se inhiba de conocer el fondo del asunto por no haberse agotado la vía gubernativa.

Con ese propósito presenta dos cargos contra la sentencia, los cuales fueron replicados.

Primer cargo.

Acusa al Tribunal por violar directamente, en la modalidad de interpretación errónea, los "Artículos 38, 41, 42, 43, y 47 de la Ley 100 de

1998, 1, 2, 3, 24 a 43 del Decreto 1346 de 1994, 40, 41, 42, 43, 46 y 47 del Decreto 1295 de 1994 y 2º del Decreto 692 de 1995 en relación con los Artículos 63 del Decreto Ley 433 de 1973, 15, 16, 17, 18, 20, 21 y 22 del Acuerdo 155 de 1963, aprobado por el Artículo 1 del Decreto 3170 de 1964 y 42 del Decreto 2665 de 1998, todo dentro de la preceptiva del Artículo 51 del Decreto 2651 de 1991".

Para demostrar la violación de la ley dice:

"Para el Tribunal la situación jurídica de la presente controversia se dilucida en cuanto a que el régimen legal aplicable era el anterior a la Ley 100 de 1993, haciendo mención en forma equivocada el Artículo 63 del Acuerdo 224 de 1966 (Art 1 Dcto 3041 de 1966), que regulaba el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte inaplicable al caso controvertido.

"El Artículo 63 del Decreto Ley 433 de 1973, establecía las condiciones para que un afiliado al S. S. se considerara incapacitado en forma permanente total y por lo tanto con derecho a la pensión de invalidez y en concordancia con lo dispuesto por los Artículos 15 y siguientes del Acuerdo 155 de 1963 (art 1 Dcto 3170/64), se le concedió al actor la prestación económica por invalidez de origen profesional y cuando algún tiempo después se le revisó su estado de salud se encontró que se le había disminuido la capacidad por lo cual se le suspendió el pago de la pensión de invalidez en los términos del Artículo 42 del Decreto 2665 de 1998, tal como consta en la Resolución No. 003676 del 31 de Mayo de 1995.

"Así las cosas, si las normas aplicables eran las anteriores a la Ley 100 de 1993, el Instituto demandado actuó de acuerdo con esa normalidad al inferir que se había disminuido la incapacidad del asegurado y que el porcentaje era inferior al indicado por la Ley para mantener la pensión de origen profesional, pero sin olvidar que esa actuación interna se profirió en vigencia de la nueva ley, que establece un sistema totalmente diferente para la evaluación de las incapacidades y ajena a la controversia judicial, como explícitamente lo enseña esa ilustre Corporación en la sentencia del 16 de Diciembre de 1997, transcrita en forma parcial en la sentencia acusada.

"Por tanto, la inferencia del *ad quem* fue notoriamente equivocada en cuanto a que el régimen legal que definía la presente controversia estaba ubicado dentro del llamado "efecto ultractivo" de las normas derogadas, pero que es improcedente ante una legislación vigente que lo modificó sustancialmente cuando dispuso que las controversias sobre la declaración, evaluación, revisión o determinación del grado de invalidez, serán resueltos por las Juntas de Calificación, según el trámite previsto en los Artículos 41 y siguientes de la Ley 100 de 1993.

"De tal manera, que a pesar que el Tribunal acepta que la única entidad que puede calificar la invalidez del actor es la Junta Nacional de

Calificación, interpretó en forma errónea los Artículos mencionados, al estimar que era eficaz el dictamen pericial obrante en los autos y que seguía "siendo el estrado judicial el competente para desatar el conflicto".

"Precisamente la transcripción de la sentencia del 16 de Diciembre de 1997, necesariamente debe llevar a la conclusión que la solución de la discusión jurídica planteada en este proceso, se define por las mencionadas Juntas de carácter científico ajenas a las partes y como bien lo dice esa H. Sala, "para colegir el por qué se sostiene que las controversias sobre estado de invalidez son ya ajenas a un debate y pronunciamiento judicial".

"En consecuencia, la inteligencia con que el lallador de instancia quiso definir el problema jurídico fue equivocado y no podía desconocer la ley vigente e insistir en decidir la litis a través de una decisión judicial.

"Si la H. Sala intiere que se cometió el error de puro derecho planteado deberá acoger la acusación al casar la sentencia y al actuar en instancia confirmar el fallo absolutorio del *a quo*, como se solicitó en el alcance de la impugnación".

El opositor dijo, a su turno, que el Tribunal no violó la ley y cita en respaldo de ella un número plural de providencias de la Corte.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala no encuentra que el Tribunal haya basado su decisión en la interpretación de los artículos 38, 41, 42, 43 y 47 de la Ley 100 de 1993 o en las normas de los decretos 1295 de 1994 y 1346 de 1994 que aparecen relacionados en la proposición jurídica.

Las premisas que llevaron al Tribunal a condenar al Seguro Social a proseguir con el pago de la pensión de invalidez, fueron éstas:

Uno, tuvo por demostrados los hechos del juicio, que aquí, en este cargo, no se controvierten ni se pueden controvertir.

Dos, aceptó que según la normatividad actual, el estado y origen de la invalidez se rigen por los artículos 42 y 43 de la Ley 100 de 1993, que transcribió sin agregar nada de lo que ellos regulan.

Tres, mediante expresa cita de los artículos 38 de la Ley 100 de 1993 y 2° del Decreto 692 de 1995 dijo cuando se considera inválido un asegurado.

Cuatro, advirtió que la incapacidad del demandante ocurrió estando vigente el acuerdo 224 de 1966, artículo 63, en lo cual, como lo advierte el cargo, hubo un error en cuanto a que ese estatuto no está destinado a decir si un asegurado está incapacitado en forma permanente total y por ello con derecho a pensión de invalidez, pero ese error en el escogimiento de la norma no es el fundamento del cargo, que acusa la violación de la ley por interpretación errónea.

Cinco, presentó la argumentación que en seguida se transcribe, como real fundamento de su decisión:

"Para el momento en que ocurrieron los hechos se encontraban establecidas tablas que le dan un carácter objetivo a la pérdida de un miembro y es así como en aplicación de ellas el médico laboral, establece que persiste la invalidez en un 55%, experticio que no fue objetado y que por tanto constituye prueba de la invalidez reclamada. Por esta razón considera la sala que el actor debe seguir percibiendo la pensión de invalidez, revocando la sentencia apelada".

Seis, transcribió un aparte de jurisprudencia de la Corte, que trata el tema del efecto de la ley en el tiempo.

Siete, aceptó que la única entidad que puede calificar la invalidez es la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Pero expresamente dijo (y esto es un hecho y no una cuestión de derecho) que en este proceso no se encontraba demostrado el cumplimiento del (...) procedimiento de los artículos 41, 42 y 43 de la Ley 100 de 1993, por lo que sigue siendo eficaz el dictamen de medicina laboral y sigue siendo el estrado judicial el competente para desatar el conflicto".

Ocho, expresamente dijo que no desconocía la competencia de la junta nacional de calificación de incapacidades, pero como su actuación no se había cumplido, a su juicio debía tener como prueba (...) el dictamen médico del proceso y en consecuencia, revoca la sentencia para condenar a la demandada a seguir reconociendo la pensión de invalidez en los mismos términos en que lo venía haciendo. Además deberá reconocer el valor de las mesadas dejadas de pagar cuando suspendió la referida pensión".

Como puede advertirse, en parte alguna hay una interpretación de la ley (errada o acertada) como sustento de la decisión impugnada.

Los fundamentos cardinales de la sentencia del Tribunal están en que la valoración del grado de incapacidad del demandante fue hecha bajo una reglamentación anterior a la Ley 100 de 1993; en sostener que el demandante tiene un derecho que se consolidó bajo la legislación anterior a la Ley 100 citada; en asumir, en el plano estrictamente probatorio, que el procedimiento de calificación de incapacidades de la Ley 100 no se agotó antes del juicio; en sostener, igualmente, que bajo la premisa anterior el juez del trabajo conserva la competencia para dirimir el conflicto jurídico que se suscita entre las partes; y en concluir que debía dar prelación al dictamen pericial practicado antes de la vigencia de la Ley 100. De allí concluyó que como el dicho dictamen y el régimen jurídico precedente le dan al asegurado demandante el derecho a la pensión de invalidez, procede condenar al pago de la pensión que se demandó en este juicio.

En consecuencia, el cargo no es eficaz.

Segundo Cargo

Acusa al Tribunal por infracción directa de "los Artículos 6 del C.S.T. 7 de la Ley 24 de 1947 en relación con los Artículos 28, 43, 44, 46, 47, 48, 74 y 135 del C.C.A. y consecuentemente con los artículos 38, 41, 42, 43 y 47 de la Ley 100 de 1993, 1, 2, 3, 22 a 43 del Decreto 1346 de 1994, 40, 41, 42, 43 y 46 del Decreto 1295 de 1994 y 2 del Decreto 692 de 1995".

Para la demostración dice:

"En efecto, nadie controvierte que al actor el I.S.S. le reconoció una pensión de origen profesional permanente parcial a consecuencia de un accidente de trabajo ni con posterioridad se le suspendió el pago de esa pensión al disminuirse el porcentaje de incapacidad, sino que se propone a la H. Sala es que el demandante no agotó la vía gubernativa o reglamentaria como era su obligación procesal.

"Sin lugar a dudas el Artículo 6 del C.P.L. estatuye que las acciones contra una entidad de derecho público, una persona administrativa autónoma o una institución o entidad de derecho social podrá iniciarse solo cuando se haya agotado el procedimiento gubernativo o reglamentario.

"A su vez, el Artículo 7 de la Ley 24 de 1947 enseña que se agota la vía gubernativa cuando presentada la reclamación por el presunto demandante, la entidad oficial no responde dentro del plazo de un mes contado a partir de la fecha de recibo de la misma, o sea que se está frente al fenómeno del silencio administrativo.

"No debe olvidarse que los Artículos 45, 46 y 47 del C.C.A. señalan las formas de notificación, publicidad e información sobre los recursos, los cuales fueron tenidos en cuenta por la resolución del I.S.S. que ordenó la suspensión del pago de la pensión a favor del demandante.

"De tal manera, que no son válidas las afirmaciones que se violaron los textos legales mencionados por cuanto el Instituto demandado se atemperó a esa normatividad y por lo tanto el interesado para acudir a la justicia laboral estaba en el deber procesal de dar cumplimiento a lo dispuesto por el Artículo 6° del C.S.T. (sic), el cual omitió flagrantemente.

"Así las cosas, era prematuro acudir ante la justicia ordinaria laboral para que ésta pudiera actuar válidamente porque el demandante no cumplió con ese requisito instrumental que le daba el conocimiento al juez de la causa, en éste caso concreto el 14 Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá.

"La argumentación del demandante en el libelo inicial que se había agotado la vía gubernativa dentro del entendimiento del Artículo 135 del C.C.A., no válida (sic) la omisión procesal en que incurrió y necesariamente lleva a que el Juez competente esté inhibido para conocer del fondo del asunto.

"De vieja data la jurisprudencia de esa Sala señala que al no agotarse la vía gubernativa es un factor especial de competencia, que obligaba al Juez a no conocer inicialmente del proceso respectivo, pero como no cayó en cuenta, estaba el *ad quem* en la obligación de examinar ese presupuesto procesal al dictar sentencia y al no encontrarlo ordenar una decisión inhibitoria más cuando se demostró en la acusación anterior que la justicia ordinaria no es actualmente competente para clasificar, las controversias sobre el grado de invalidez, en los términos de los Artículos 41, 43 y 47 de la Ley 100 de 1993, que regulan el derecho controvertido.

"Por tanto, al omitir el Tribunal el examen del agotamiento de la vía gubernativa, al cual estaba comprometido, infringió directamente los textos instrumentales referidos y consecuentemente las normas sustanciales que respaldan la pretensión reclamada, todas relacionadas en la formulación del cargo, por lo cual debe prosperar".

Dijo el opositor que existió el agotamiento de la vía gubernativa puesto que la entidad demandada no notificó el acto administrativo mediante el cual suspendió la pensión que inicialmente había reconocido, de modo que con ello cerró la posibilidad para que el actor pudiera recurrir esa providencia y sólo quedó la opción de la demanda judicial.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Entiende la Sala que la invocación por el censor del artículo 6° del C.S.T. corresponde a un simple error que puede tenerse por subsanado con la demostración del cargo en donde precisa que la acusación se dirige contra el artículo 6°, pero del estatuto procesal.

Aclarado lo anterior, se procede al estudio de la acusación que le formula el recurrente al Tribunal de haber infringido directamente el artículo 6° del C.P. del T., como consecuencia de no haberse pronunciado sobre el tema del agotamiento de la vía gubernativa dentro del presente asunto, siendo que estaba comprometido a ello en atención a que la entidad demandada hizo alusión a este tópico en el escrito de contestación de la demanda, y que el mismo demandante manifestó que su imposibilidad de recurrir la providencia por la que el I.S.S. le suspendió el pago de la pensión equivale al agotamiento de la vía gubernativa.

El Código de Procedimiento Laboral dispone en su artículo 6° que "Las acciones contra una entidad de derecho público, una persona administrativa autónoma, ó una institución o entidad de derecho social podrán interponerse sólo cuando se haya agotado el procedimiento gubernativo ó reglamentario correspondiente". De manera, que antes de reclamarse ante los estrados laborales de la jurisdicción ordinaria alguna pretensión de orden social u cualesquiera de las anteriores entidades, se hace necesario que el interesado formule previamente su petición de reivindicación ante éstas.

Tiene por finalidad el anterior procedimiento gubernativo que las entidades de derecho público y social con antelación a cualquier controversia ante

los juzgados laborales, tengan la oportunidad de establecer, previo el estudio fáctico y jurídico que sea del caso, la procedencia o no del derecho que se pretende por el peticionario, y que de ajustarse a la ley la respectiva reclamación, la misma sea reconocida directamente por el ente obligado, logrando así, sin la intervención del Juez Laboral, la solución de un conflicto en cierne.

De ahí que se haya dicho por la doctrina y la jurisprudencia laboral que a través del Instituto de la vía gubernativa se le da a dichas entidades, la oportunidad de ejercer una especie de justicia interna, como que la misma ley les permita conocer de manera primitiva, es decir, antes que a los propios jueces del trabajo, las inconformidades de orden laboral que tengan las personas legitimadas para formularles esta clase de cuestionamientos, para que sean tales organismos, actuando como juez de sus propias decisiones, los que definan la viabilidad de aquellas y puedan así corregir por sí mismas, cualquier error en que hayan podido incurrir en torno a las actuaciones que originaron tales desavenencias y evitar de esta manera los traumatismos propios de una controversia judicial.

De otro lado, se ha manifestado que el mecanismo procesal contemplado en el artículo 6° del C. de P.L. ofrece ventajas incomparables para los entes relacionados en dicha norma, porque al brindar a los mismos la posibilidad de autocomponer sus conflictos, se evitan los costos que implicaría para tales entidades un largo proceso laboral, lo que significa un considerable ahorro para los contribuyentes y una garantía de que no se verá afectada la buena marcha de dichos organismos como consecuencia de las vicisitudes y tropiezos que conlleva la atención de un juicio, lo que de paso asegura que todas las esfuerzos de aquellos entes se concentrarán en sus naturales cometidos estables.

En cuanto a la naturaleza jurídico-procesal de la exigencia del agotamiento de la vía gubernativa en el procedimiento laboral, si bien para explicar la misma se han construido varias tesis, tales como la de asimilarla a un requisito de la demanda, o de considerarla un presupuesto de la acción, o de calificarla como un factor de competencia, lo cierto es que la jurisprudencia de la Sala Laboral siempre que se ha ocupado del tema se ha inclinado por esta última, esto es, que la misma constituye un factor de competencia para el juez laboral, pues mientras este procedimiento preprocesal no se lleve a cabo el Juez del Trabajo no puede aprehender el conocimiento del conflicto planteado; además, esta calificación dada a la vía gubernativa encuentra sustento también en que el artículo 6° del C. de P.L. figura dentro de las normas de dicho estatuto procesal que regulan el fenómeno de la competencia en materia laboral.

Entonces, dado que la exigencia del artículo 6° del C. de P.L. es un factor de competencia, y por ende un presupuesto procesal, la misma debe encontrarse satisfecha en el momento de la admisión de la demanda. Por tanto, cuando se presenta una demanda contra alguna de las entidades públicas o sociales señaladas en la norma precitada es deber ineludible del

juez laboral constatar, antes de pronunciarse sobre la admisión de tal escrito introductorio, que se haya agotado el procedimiento gubernativo o reglamentario previsto en dicho precepto, obligación procesal que el dispensador de justicia debe cumplir con sumo cuidado y acuciosidad, ya que está de por medio nada menos que establecer si tiene competencia o no para conocer del pleito que se pone bajo su consideración, así como el cumplimiento de los imperativos que le imponen los artículos 37 del C.P.C., modificado por el D.E. 2282 de 1989, art. 1º, num. 13 y 38 *ibidem*, en relación con el deber de precaver los vicios de procedimiento, rechazar cualquier solicitud que sea notoriamente improcedente y evitar providencias inhibitorias. Y si se percata que no aparece demostrado el cumplimiento de esa etapa prejudicial, es su obligación rechazar de plano la demanda, por falta de competencia, tal y como lo prevé el artículo 85 del C. de P.L., modificado por el D. E. 2282/89, art. 1º, num. 37, norma aplicable al procedimiento laboral en virtud del principio de integración analógica consagrado en el artículo 145 del C. de P.L., toda vez que en éste ordenamiento procesal no hay disposición que regule lo atinente a las consecuencias de la falta del presupuesto procesal de la competencia al examinarse la viabilidad o no de la demanda.

Pero puede suceder que el Juez Laboral admita la demanda sin advertir la falta de cumplimiento por parte del accionante de la exigencia contemplada en el pluricitado artículo 6º del C. de P.L. En este caso es deber procesal de la parte demandada, así como un elemental ejercicio de la lealtad que se deben los sujetos procesales entre sí y que éstos le deben al Juez, alertar a éste sobre la omisión del agotamiento del procedimiento gubernativo, pero no de cualquier manera, sino mediante la proposición de los medios de defensa que en su favor consagra la ley adjetiva del trabajo en su artículo 32, cuales son las excepciones previas o dilatorias respectivas, que para el caso concreto que se examina se contrae a la de falta de competencia, por no agotamiento previo de la vía gubernativa, de conformidad con lo previsto en el numeral 2º del artículo 97 del C. de P.C., modificado por el D.E. 2282 de 1989, art. 1º, num. 46, disposición a la cual fuerza remitirnos por mandato del artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral. O también puede formularse la excepción dilatoria de no agotamiento del procedimiento gubernativo o reglamentario, que como ya ha tenido oportunidad la Corte de expresarlo, "...bien puede entenderse que constituye una excepción en el proceso laboral, propia y autónoma" (Sentencia de Julio 21 de 1981, Rad. N° 7619).

Si la parte accionada procede de esta forma, es decir, que ante la ausencia del cumplimiento de la exigencia consagrada en el artículo 6 del C. de P.L., propone oportunamente alguna de las anteriores excepciones, lo cual según las voces del artículo 32 *ibidem* bien puede hacer en la contestación de la demanda o en la primera audiencia de trámite, la decisión interlocutoria que adopte el Juez Laboral sobre este asunto, claro está, una vez ejecutoriada la misma, pone punto final a toda discusión sobre este tema, y en consecuencia cualquier vicio de procedimiento en

torno al presupuesto procesal de competencia queda debidamente saneado y, por tanto, llegado el momento de dirimir el conflicto el juzgador debe emitir un fallo que resuelva de mérito la controversia planteada.

Ahora, si la entidad demandada no utiliza en tiempo procesal oportuno las excepciones atrás indicadas para corregir o enmendar el vicio de procedimiento de la falta de competencia del Juez Laboral, surgido como consecuencia de haberse admitido por este funcionario judicial la demanda sin avistar el incumplimiento del réquerimiento consagrado en el art. 6° del Estatuto Procesal Laboral, lo que, como ya se vió, constituye no sólo una carga procesal para aquella sino un deber y una obligación en virtud del principio de lealtad procesal, la anomalía procedimental proveniente de tal falta de competencia quedará sancada a la luz de lo preceptuado en el numeral 5., del artículo 144 del C. de P.C., modificado por el D.E. 2282 de 1989, art. 1°, num. 84, norma que dispone que "La nulidad se considerará sancada... Cuando la falta de competencia distinta de la funcional no se haya alegado como excepción previa. Sancada ésta nulidad, el Juez seguirá conociendo del proceso."

Y es que la incompetencia del juez laboral, a raíz de la pretermisión de la etapa previa de reclamación del derecho requerido a la entidad pública o social demandada, no escapa al principio de saneamiento de la nulidad proveniente de la falta de competencia recogido en el Código de Procedimiento Civil de 1970, y el cual a su vez es una de las manifestaciones esenciales del postulado de economía procesal que irradia a dicha rama del derecho y con mucho más razón al procedimiento laboral, dado el carácter social de los derechos que en esta órbita de la jurisdicción ordinaria se discuten, que exige del juez del trabajo un rápido pronunciamiento, para lo cual debe evitar dentro del marco de sus poderes cualquier dilación que obstaculice ese fin. En efecto, si la jurisprudencia tradicional de la Corte ha sostenido que el procedimiento gubernativo o reglamentario es un factor de competencia para el Juez Laboral, lo cual ahora se vuelve a reiterar, no hay razón para que a esta forma especial de ella se le sustraiga de los efectos de saneamiento latente en todas las nulidades que puedan originarse en la falta de competencia, cuando no se hayan alegado como excepción previa, postulado del que solo se exceptúa la falta de competencia funcional.

Nada justifica que luego de un proceso contra una entidad oficial, donde ésta ha sido convocada oportunamente a través de la notificación de rigor y por ende ha tenido todas las oportunidades para ejercer cabalmente su derecho de defensa, se declare la nulidad de todo lo actuado ad portas de la emisión del fallo llamado a resolver de fondo el litigio iniciado, aduciendo como argumento que no se cumplió el procedimiento gubernativo tantas veces mencionado, cuando la parte demandada contando con el mecanismo procesal idóneo para remediar ese defecto, como son las excepciones previas pertinentes, ya señaladas en el curso de esta providencia, no hizo uso del mismo; mucho menos sentido tiene que se plantee una decisión de esta naturaleza en la segunda instancia o a través

del recurso extraordinario de casación. Un pronunciamiento de esta índole reñiría frontalmente con los principios de economía procesal, de saneamiento de las nulidades por incompetencia y de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, instituciones estas que constituyen soporte esencial para los propósitos del derecho procesal laboral: hacer efectiva la concepción social y tutelar del derecho laboral sustancial.

De ahí que la Corte Constitucional haya declarado exequible el numeral 5° del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, aduciendo como argumento vertebral de su decisión lo siguiente:

"El Código de 1970, en materia de nulidades, se inspiró en dos principios fundamentales: la consagración de unas causales de nulidad en forma taxativa; y el permitir el saneamiento de las nulidades en muchos casos, siempre que no se viole, en general, el debido proceso, y, en particular, el derecho de defensa. Esta orientación del Código obedeció, indudablemente, a la aplicación del principio de la economía procesal, para evitar dilaciones injustificadas. Estas eran armas preferidas de muchos litigantes, que con cualquier pretexto proponían, por ejemplo, las llamadas "nulidades constitucionales".

"Aplicando los principios mencionados, el numeral 5 del artículo 144, determina que todas las nulidades originadas en la falta de competencia se sanearán cuando no se hayan alegado como excepción previa. Esto, con la única excepción de la falta de competencia funcional. En concordancia con esta norma, dispone el artículo 100 que los hechos que configuran excepciones previas (como la competencia), no podrán ser alegados como causal de nulidad por el demandante, ni por el demandado que tuvo la oportunidad de proponer dichas excepciones, salvo cuando la nulidad sea insaneable. En lo que tiene que ver con la competencia, se considera que el demandado que no propuso la excepción previa de falta de competencia, prorroga ésta, lo cual no implica vulneración del derecho de defensa.

"Por todo lo expuesto, resulta que, dentro de la libertad de configuración del proceso que tiene el legislador, puede considerar que, por haberse prorrogado la competencia, no se ha vulnerado el debido proceso, y puede, por consiguiente, establecer el saneamiento de la nulidad."

De otro lado, como el fin último del agotamiento de la vía gubernativa es que la administración pública tenga la oportunidad de decidir de manera directa y autónoma si resulta procedente o no el reconocimiento de los derechos reclamados por el peticionario y de esta forma enmendar cualquier error que hubiera podido cometer sobre el particular, precautelando a través del instrumento de la auto Composición un eventual pleito judicial, choca contra la lógica de la razonable que habiendo tenido aquella oportunidad de llevar a cabo ese cometido durante todo el curso del proceso, aun cuando ningún interés haya demostrado en este sentido, quizás porque no encuentra viable lo solicitado, la consecuencia o el efecto inmediato del incumplimiento de la exigencia del artículo 6° del C.de P. L. sea la nulidad de todo lo actuado. Ello

resulta sumamente inconveniente, no sólo para las partes, sino para la propia administración de justicia, toda vez que luego de todo un derroche de jurisdicción, tiempo y gastos no se logró resolver de manera rápida y eficaz el conflicto.

Se tiene entonces, que como consecuencia del cambio normativo sobre el particular, se modifica la posición sentada por la Corte en su pronunciamiento del 14 de octubre de 1970 dentro del proceso de Ernesto Calderón Flórez contra la Universidad Nacional, reiterada, entre otras sentencias, en la del 21 de julio de 1981. Rad. 7619, en la cual se expresó que el no cumplimiento de la exigencia del artículo 6° del C.P.L., si no se alegaba oportunamente por la parte demandada la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción ni se proponía incidente de nulidad, conducía o traía como consecuencia la anulación de todo lo actuado en el proceso, porque la competencia en ese caso era improrrogable.

En este orden de ideas, se tiene que en el presente caso el Tribunal no infringió el artículo 6° del C. de P.L., en la modalidad de infracción directa, porque si bien es cierto que el demandante no cumplió con el requisito instrumental previsto en la norma antes citada en concordancia con lo dispuesto en la Ley 24 de 1947, que le daba el conocimiento al juez de primera instancia, el cual es independiente de la regulación del Código Contencioso Administrativo y por ello resulta inane la argumentación del demandante con la que pretende justificar su deficiencia: no es menos cierto que la nulidad que podría devenir de esa omisión, conforme lo estatuido en el numeral 5. del artículo 144 del C. de P.C., se encuentra saneada desde el momento en que el Instituto de Seguros Sociales, teniendo la oportunidad de corregir ese vicio procesal a través de la proposición de las excepciones previas de falta de competencia o de no agotamiento de la vía gubernativa, no lo hizo, prorrogándose así la competencia del fallador de primer grado para decidir de mérito el conflicto avocado, como en efecto ocurrió.

En consecuencia, no prospera el cargo.

No se condenará en costas a la demandada por ser esta decisión el resultado de una modificación en la posición de la Sala sobre el tema.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada el 13 de noviembre de 1998 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá en el proceso adelantado por Carlos Eduardo Velásquez Rojas contra el Instituto de Seguros Sociales.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Germán G. Valdés Sánchez, Francisco Escobar Henríquez, José Roberto Herrera Vergara, Carlos Isaac Nader, Rafael Méndez Arango, Luis Gonzalo Toro Correa, Fernando Vásquez Botero.

Laura Margarita Manolas González, Secretaria

REINTEGRO CONVENCIONAL

Imposibilidad jurídica

PROTECCION A LA MATERNIDAD

SUPRESION DE CARGOS

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Santa Fe de Bogotá D.C., octubre trece (13) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Radicación Nro. 12447

Acta Nro. 38

Magistrado Ponente: Doctor *Francisco Escobar Henríquez*.

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado judicial de la señora *Yenis Esther García Escobar* contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, el 16 de febrero de 1999, en el juicio promovido por el recurrente contra la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero.

ANTECEDENTES

El juicio fue iniciado con el propósito de obtener el reintegro de la demandante al cargo que desempeñaba cuando fue despedida, o a otro de igual o superior categoría, junto con el pago de los salarios, primas de servicios y de antigüedad, vacaciones, primas escolares y prestaciones sociales causadas entre la fecha de su desvinculación y aquella en que tenga lugar su reintegro efectivo; además solicitó que el reconocimiento de los conceptos reclamados se disponga con los aumentos convencionales pactados.

Los hechos que sustentan las pretensiones mencionadas indican que la accionante prestó sus servicios para la Caja Agraria inicialmente por un término de 180 días, contados desde el 3 de agosto de 1980 y que posteriormente suscribió un contrato de trabajo a término indefinido, a partir del 16 de febrero de 1989, para desempeñar el cargo de Auxiliar Subsidio Familiar Grado 1, del cual fue ascendida a Subdirectora de Servicio Grado 6.

Igualmente exponen que la entidad demandada despidió a la demandante el 29 de julio de 1994, aduciendo que su cargo fue suprimido y agregan que en ese momento la señora *Yenis Esther García Escobar* se encontraba en estado de embarazo.

En la respuesta a la demanda la Caja Agraria aceptó la existencia de la relación laboral y explicó que el despido de la trabajadora obedeció a razones legales y también que asumió las consecuencias jurídicas y económicas que se desprendían de esa determinación.

DECISION DE INSTANCIA

En primera instancia el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ciénaga, en audiencia pública de juzgamiento celebrada el 20 de octubre de 1998, condenó a la Caja Agraria a reintegrar a la señora Yenis Esther García Escobar a un cargo de igual categoría al de Subdirectora de Servicios Subsidio Familiar, Grado 06 de la oficina de Ciénaga, así como a pagarle los salarios, aumentos convencionales y prestaciones sociales que se causen entre la fecha del despido y aquella en que tenga lugar su reintegro. Además autorizó a la entidad demandada a descontar las sumas canceladas a la trabajadora por concepto de indemnización por despido injusto y en estado de embarazo, que en su orden son \$4.487.801.52 y \$1.735.306.36, respectivamente.

En segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta revocó la anterior decisión y en su lugar absolvió a la Caja Agraria de todas las pretensiones de la demanda.

En la decisión recurrida el Tribunal estimó que frente al hecho escueto del despido de la actora en estado de embarazo, por la supresión legal del cargo que venía desempeñando, es claro que su desvinculación no estuvo precedida de justa causa conforme a la cláusula 59 de la convención colectiva de trabajo vigente en la Caja Agraria.

Sin embargo, el juzgador más adelante varió su criterio al advertir que en la carta de terminación de la relación laboral se expresó que la extinción del contrato de trabajo obedeció a que la trabajadora no optó por su posible vinculación a la Caja de Compensación Familiar Campesina conforme a lo previsto en el artículo 82 de la Ley 101 de 1993, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 82. No obstante lo previsto en el artículo anterior, a los trabajadores oficiales cuyo cargo se suprima, tendrán derecho a ser incorporados, según su preparación y experiencia, a los cargos que se creen en la planta de personal de la Caja de Compensación Familiar Campesina de acuerdo con las necesidades del servicio, si satisfacen las pruebas de aptitud que adopte el Consejo Directivo de la Corporación.

"El ejercicio de la opción entre la vinculación a la Caja de Compensación Familiar Campesina y el pago de la indemnización o compensación, corresponde al trabajador oficial".

Situación que a juicio del Tribunal se traduce en la aceptación voluntaria de la trabajadora de la extinción del contrato de trabajo a cambio de una indemnización, pues ésta rechazó el ofrecimiento de la de mantener la relación laboral con la empleadora mediante su vinculación a la Caja de Compensación Campesina.

Agregó a lo anterior que mal puede hablarse de un despido sin justa causa y de reintegro, con la absurda consecuencia de concederse éste, dada la imposibilidad de que la actora pueda volver al cargo que venía desempeñando debido a la supresión del mismo, de consagrar el capricho como fuente de derechos, puesto que en últimas equivaldría a imponer a la accionada la obligación de vincular a la trabajadora al cargo que voluntariamente desechó y que le habría permitido, de haberlo aceptado, continuar laborando al menos durante el período de gestación y lactancia.

El Recurso de Casación

Reclama la casación total de la sentencia acusada, para que la Corte en sede de instancia confirme la decisión de primer grado, bajo el entendido que el reintegro se tendrá por cumplido con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir por la accionante.

Cargo Único

Apoyado en la causal primera de casación laboral prevista en el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, denuncia la violación indirecta, en el concepto de aplicación indebida de los artículos 467 y 469 del C.S. del T, 11 de la Ley 6ª de 1945, 48 y 49 del Decreto 2127 del mismo año, así como el 82 de la Ley 101 de 1993.

Quebrantamiento legal que señala el recurrente se originó al tener por establecido el juzgador *ad quem*, sin estarlo, que el contrato de trabajo de la demandante terminó por aceptación suya a cambio de una indemnización y al no tener por acreditado, estándolo, que dicho contrato finalizó por decisión de la demandada fundada en la supresión del cargo que desempeñaba la trabajadora, cuando se encontraba en estado de embarazo.

Errores que anota más adelante se debieron a la apreciación errada que el Tribunal hizo de la convención colectiva de trabajo (ffs. 85 a 137), la carta de despido (fl. 13), la comunicación visible a folio 14, los documentos que demuestran el estado de embarazo de la trabajadora (ffs. 15 a 17, repetidos a folios 58 a 60), el comprobante de folio 22, la inspección judicial (ffs. 51 a 52 y 75, del documento de folio 70), del interrogatorio de parte absuelto por la actora (ffs. 78 a 80), la demanda inicial y su contestación (ffs. 1 a 8 y 26 a 28).

La acusación inicia la demostración del ataque afirmando que el sentenciador de segundo grado en un principio admitió que la trabajadora fue despedida sin justa causa, cuando se encontraba en estado de embarazo, como consecuencia de haber suprimido en desarrollo del artículo 82 de la Ley 101 de 1993 el cargo de Subdirectora de Servicios Subsidio de Familia que ella desempeñaba, lo cual la hacía acreedora a la aplicación del artículo 59 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita por la empleadora para los años de 1994 y 1995.

Sin embargo, agrega a continuación que el Tribunal con apoyo en la negativa por parte de la trabajadora del ofrecimiento de ser vinculada a la Caja de Compensación Campesina para escoger a cambio el pago de la indemnización, conforme a la opción prevista en el artículo 82 de la ley antes citada, confundió la aceptación de dicho pago con la terminación voluntaria de su contrato de trabajo. Explica al respecto que si la accionante hubiese aceptado su nueva vinculación en la Caja de Compensación Campesina, sin recibir el pago de la indemnización, ello no podría significar que el despido sin justa causa en estado de embarazo no existió, de manera que conforme al artículo 59 de la convención colectiva era imperativo dejar sin efecto alguno el despido sin justa causa de la demandante, en este caso, por hallarse en estado de embarazo.

LA RÉPLICA

Expone que no puede prosperar por cuanto el impugnante no cuestionó la totalidad de los fundamentos del fallo desconociendo las exigencias legales al respecto y dice que tratándose de las cláusulas convencionales ambiguas compete solamente al juez de instancia desentrañar su sentido, más teniendo en cuenta que él es soberano en la apreciación de las pruebas. Sostiene también que debió dirigir el ataque por la vía directa si lo que pretendía era discutir los alcances de los artículos 81 y 82 de la Ley 101 de 1993.

SE CONSIDERA

La negativa de la trabajadora al ofrecimiento que le hizo la Caja Agraria para que se incorporara a la Caja de Compensación Familiar Campesina no puede ser apreciada como una decisión voluntaria suya de terminar el contrato de trabajo, como equivocadamente lo entendió el Tribunal, pues con ello no expresó su deseo de desvincularse de la entidad demandada, por el contrario fue la empleadora quien declaró extinguida su relación laboral en acatamiento al artículo 81 de la Ley 101 de 1993 que ordenó la supresión de la planta de cargos de la "Unidad de Negocio Subsidio Familiar", dentro de la que se encontraba incluido el empleo desempeñado por la demandante según lo informa la comunicación visible a folio 13 del cuaderno de primera instancia.

Empero la equivocación del juzgador de segundo grado referida no implica la prosperidad del cargo toda vez que el reintegro convencional reclamado no tiene lugar en este caso porque la desvinculación de la demandante no coincide con el concepto común de despido injusto, pues obedeció a un mandato legal que implicó la supresión de toda una dependencia y su reemplazo por un organismo nuevo e independiente, de manera que no se trata de una decisión abusiva de la empleadora que fuera contraria a la estabilidad de la trabajadora embarazada que proleja la cláusula 59 de la convención colectiva de trabajo vigente al momento de la desvinculación de la accionante, que textualmente dispone que "En el evento de la cancelación del contrato de trabajo sin justa causa a la trabajadora que manifieste en-

contrarse en estado de embarazo, aunque antes no haya notificado a la Caja su estado y si dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes, demuestra tal hecho mediante certificación médica, el despido quedará sin efecto alguno y la Caja reintegrará a la trabajadora al mismo cargo reconociéndole los salarios, aumentos convencionales y prestaciones sociales que se causen entre el despido y el reintegro". (ver folio 108 del cuaderno de primera instancia).

Es pertinente resaltar una vez más que la trabajadora rehusó la opción que le brindó la Caja Agraria para que se vinculara a la Caja de Compensación Familiar, en cumplimiento del artículo 82 de la Ley 101 de 1993 que prevé para los trabajadores oficiales de la institución crediticia mencionada el derecho a ser incorporados, conforme a su preparación y experiencia, en la planta de personal de la nueva entidad creada, siempre que lo permitieran las necesidades del servicio. Disposición legal que dejó en cabeza del trabajador la elección entre la vinculación a la Caja de Compensación Familiar Campesina o la indemnización o compensación prevista en el artículo 81 de la citada ley.

La circunstancia anotada corrobora que la desvinculación de la demandante no obedeció a una actitud caprichosa de la empleadora, sino que ella corresponde al sometimiento a una preceptiva legal de obligatorio cumplimiento: de manera que acorde con todo lo antes expresado la trabajadora no vio expuestos los derechos derivados de la protección a la maternidad que garantizaba la cláusula convencional invocada, habida consideración que ella rechazó la nueva vinculación laboral que igualmente le prestaba la protección especial que merece la trabajadora embarazada.

Conforme a lo precedente, el cargo no prospera. Las costas en consecuencia son de cargo de la parte recurrente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada, el 16 de febrero de 1999, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio promovido por Yenis Esther García Escobar contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

Costas en el recurso extraordinario a cargo de la parte recurrente.

Cópiase, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Francisco Escobar Henríquez, José Roberto Herrera Vergara, Carlos Isaac Nader, Rafael Méndez Arango, Luis Gonzalo Toru Correa, Germán G. Valdés Sánchez, Fernando Vásquez Botero.

Laura Margarita Mariotas González, Secretaria

EXAMEN MEDICO DE EGRESO DEL TRABAJADOR

Por regla general ya no es obligación practicarlo

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. - Santa Fe de Bogotá D.C., octubre quince (15) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: *Dr. Francisco Escobar Henríquez.*

Radicación Nro. 12424

Acta N° 40

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado judicial de la señora Elizabeth Vargas Rincón contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, el 12 de febrero de 1999, en el juicio promovido por la recurrente contra la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Telecom).

ANTECEDENTES

El proceso fue iniciado con el propósito de obtener el reintegro de la demandante al cargo que desempeñaba en el momento del despido en la Regional de Tunja o a otro de superior categoría y remuneración, junto con el pago de los salarios dejados de percibir entre la fecha del rompimiento de la relación laboral y hasta el momento en que se restablezca el vínculo contractual, incluidos los incrementos legales y convencionales, así como las prestaciones sociales compatibles con el reintegro, tales como primas semestrales, de vacaciones, saturación y navidad, vacaciones y auxilio de alimentación. También solicitó la declaración de no solución de continuidad del contrato de trabajo.

En subsidio fue reclamada la indemnización convencional por despido sin justa causa indexada, la pensión proporcional de jubilación, la liquidación y pago de los aportes a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones "Caprecom", o al Instituto de Seguros Sociales, equivalentes a 551 semanas dejadas de cotizar, la indemnización moratoria, entre otras causas por no haber ordenado los exámenes médicos de egreso. Igualmente fue solicitada la reliquidación y pago de las cesantías definitivas desde la fecha de ingreso el 10 de agosto de 1984 hasta el 31 de marzo de 1995 con el último factor salarial, así como la declaración de no solución de continuidad del contrato de trabajo, la nulidad del acta de conciliación celebrada el 14 de febrero de 1995 y las costas del proceso, incluidas las agencias en derecho.

En la primera audiencia de trámite la parte actora desistió de la pretensión tercera subsidiaria, relativa a la liquidación y pago de "los aportes a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones 'CAPRECOM', o al Instituto de Seguros Sociales, equivalentes a 551 semanas dejadas de cotizar".

Exponen los hechos que sustentan las reclamaciones enunciadas que la trabajadora prestó sus servicios personales para la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM, entre el 10 de agosto de 1984 y el 31 de marzo de 1995, aclarando que a partir de la expedición del Decreto 2123 de 1992 su vinculación pasó a ser la de una trabajadora oficial.

Además relatan que al momento de la finalización de la relación laboral desempeñaba el cargo de Jefe de Oficina I en la Regional de Tunja, con una asignación mensual de \$367.940.00 y en lo concerniente a los motivos que originaron su desvinculación de la empresa aduce que ésta se reestructuró mediante el Decreto 2123 de 1992, que desarrolló el artículo 20 transitorio de la Constitución Nacional, y que a través del Acuerdo de Junta Directiva Nro. 1664 de 1992 se aprobó el plan de retiro.

Agregan a lo anterior que como consecuencia de la reestructuración enunciada la demandante fue urgida para que se acogiera al plan propuesto por la Empresa, el que no fue voluntario al ser instigado por ésta, quien incluso elaboró todos los modelos de las cartas que debían presentar los trabajadores previa autenticación ante notario. Además resaltan que el cargo desempeñado por la actora no fue suprimido y que por el contrario su vacante fue cubierta con un nuevo empleado incluso con una asignación mayor.

Por otra parte, informan que la entidad accionada no cumplió las obligaciones especiales que tenía de dar a la trabajadora a la finalización de la relación laboral una certificación donde constara el tiempo de servicios, la índole de la labor y el salario devengado, y la referente a disponer la práctica del examen médico de egreso, que es en concreto el hecho sobre el cual gravita la indemnización moratoria en que está centrada la controversia en casación.

RESPUESTA A LA DEMANDA

El apoderado judicial de la accionada reseñó que el plan de retiro, aducido por la parte actora iba dirigido a quienes decidieran acogerse libre y voluntariamente, como fue el caso de la demandante quien se acogió y ratificó su aceptación con su firma impuesta en varios documentos.

Igualmente resaltó en lo que tiene que ver con la reclamación de la indemnización moratoria, sustentada en la falta de práctica del examen médico de egreso, que Telecom asumió la asistencia médica de la demandante, en la forma como se previó en la cartilla del plan y en el acta de conciliación.

Además propuso las excepciones de falta de jurisdicción y competencia, falta de integración del litis consorcio necesario, compensación, pago de lo no debido, cosa juzgada, prescripción, pago, inexistencia del derecho y la de causa petendi ineficaz.

DECISIÓN DE INSTANCIA

En primera instancia el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá absolvió a la empresa llamada a juicio de todas las reclamaciones de la demandante y condenó en costas a la parte actora. Decisión que en segunda instancia revocó el Tribunal Superior del mismo Distrito, para en su lugar declararse inhibido para pronunciarse sobre el reajuste de cesantía y, de otra parte, declaró probada la excepción de cosa juzgada. En lo demás absolvió a la empresa convocada al proceso de las restantes pretensiones de la demanda y dispuso las costas en ambas instancias para la parte demandante.

Al referirse el juzgador de segundo grado a la indemnización moratoria solicitada por la actora precisó que tratándose de trabajadores oficiales ésta también tiene lugar en los casos en que el empleador no hace practicar el examen médico de salida, puesto que así lo prevé el artículo primero del Decreto 797 de 1949, a pesar de ello concluyó que en este caso no es posible imponer tal sanción porque no se acreditó el cumplimiento de las exigencias previstas en el artículo 3º del Decreto 2541 de 1945 referentes a que la prosperidad de la reparación por su incumplimiento está supeditada a que el trabajador demuestre no sólo que solicitó el examen médico de salida, sino también que le fue efectuado el de ingreso o uno en cualquier momento del desarrollo del contrato.

EL RECURSO DE CASACIÓN

Pretende que se case parcialmente la decisión recurrida en cuanto absolvió a la demandada por concepto de indemnización moratoria, para que en sede de instancia ordene su pago en favor de la actora.

Cargo Único

Fundado en la causal primera de casación laboral denuncia por la vía indirecta, en el concepto de aplicación indebida, la violación de los artículos 1º de la Ley 6ª de 1945, 26-3 del Decreto 2127 de 1945, 3º del Decreto 2541 de 1945, 1º del Decreto 797 de 1949, en relación con los artículos 55, 60, 61 y 145 del C.P. del T, 177, 187, 252, 253 y 276 del C. de P.C. en concordancia con los numerales 116, 117 y 123 del ordinal 1º del D.E. 2282 de 1989. Infracción legal que anota se debió al error fáctico en que incurrió el sentenciador al no dar por demostrado, a pesar de estarlo, que la entidad demandada practicó a la accionante el examen médico de ingreso; como consecuencia de la falta de apreciación del documento auténtico visible a folio 28 del cuaderno principal donde consta el examen médico de ingreso y del acta de la inspección judicial actuante a folio 309 del mismo cuaderno.

La acusación inicia anotando que su inconformidad versa únicamente sobre la parte del fallo recurrido relacionada con la absolución por concepto de la indemnización moratoria reclamada por la carencia del examen médico de retiro y a continuación se remite a varias consideraciones del Tribunal sobre ese punto.

Expresa más adelante en relación con la indemnización aludida que el Tribunal no apreció el documento auténtico que milita en el folio 28 del cuaderno principal y 6º del cuaderno número 2 que contiene la hoja de vida de la demandante, en el que aparece acreditada la práctica del examen médico de ingreso de la trabajadora con la anotación: "certificado médico expedido por Caprecom del día 1º de octubre de 1979".

Afirma posteriormente que conforme a lo explicado está acreditado el presupuesto fáctico previsto en el Decreto 797 de 1949, en concordancia con el artículo 26 del Decreto 2127 de 1945, con lo cual entiende demuestra la equivocación fáctica señalada al Tribunal, consistente en no dar por demostrado estándolo que la entidad demandada de una parte, practicó el examen médico de ingreso y de otra dejó de practicar el examen médico de retiro.

Sostiene igualmente que para la fijación de la condena por moratoria debió apreciar y no lo hizo el sueldo básico de \$367.940.00 que se encuentra acreditado en el acta de la diligencia de inspección judicial visible a folio 309 del cuaderno principal.

SE CONSIDERA

En cuanto corresponde al punto materia de inconformidad de la acusación advierte la Sala que el Tribunal absolvió a la entidad demandada porque no encontró acreditado que el trabajador hubiere solicitado el examen médico de "salida", como tampoco que a su ingreso o durante la vigencia del contrato la empleadora le hubiese practicado uno de esa naturaleza.

Al respecto se observa que el ataque sólo se ocupó de acreditar que a la trabajadora le fue practicado el examen médico de ingreso, lográndolo demostrar con el acta de posesión que obra a folio 6 del cuaderno número 2 donde aparece que Caprecom expidió el certificado médico respectivo. Sin embargo, la censura no atacó la conclusión referente a que no está probado en el juicio que la demandante solicitara el examen médico de "salida", omisión que conduce a que la providencia recurrida se mantenga inalterable, por mantener soporte suficiente en la parte de la consideración dejada de controvertir, toda vez que sobre ella obra la presunción de acierto y legalidad que en casación laboral opera respecto de la sentencia recurrida.

Estima la Sala pertinente resaltar que aún de haberse probado por la acusación que el trabajador solicitó el examen médico de egreso en este caso no tiene lugar la indemnización moratoria, habida consideración que en sede

de instancia se encontraría que la empleadora se obligó en la conciliación que celebró con la demandante, para poner fin al contrato de trabajo de común acuerdo el 14 de febrero de 1995, que tanto el servicio médico de la trabajadora como el de sus beneficiarios sería prestado por Caprecom hasta el 31 de marzo de 1997, en las mismas condiciones en que venía siendo prestado, de manera que de existir cualquier deterioro en la salud de la accionante al final de la relación laboral su atención sería por cuenta de la empleadora en los términos del acuerdo conciliatorio referido.

A lo anterior se suma que el criterio de la Sala reiterado en la sentencia del 22 de julio de 1999, radicada con el número 12108, en relación con el examen médico de egreso es el que éste era justificable tanto en el sector privado como en el de los trabajadores oficiales cuando el empleador tenía a su cargo las obligaciones de suministrar las prestaciones asistenciales en salud; sobre este particular se expresó en la decisión referida, lo siguiente:

"El artículo 65 del CST dice que el empleador tiene la obligación de hacer practicar el examen médico al trabajador al que se le ha practicado uno anterior y que lo solicite. Una reglamentación similar tiene la legislación del trabajador oficial. Esos estatutos tenían su razón de ser cuando el régimen legal fijaba en el empleador la obligación de dar a sus trabajadores asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria, es decir, cuando las prestaciones asistenciales de la salud e incluso las de vejez estaban a su cargo. Pero ahora, cuando en el sector oficial y en el privado la asistencia médica se presta a través de organismos especializados y el empleador ha sido liberado de esa carga prestacional, el examen médico de egreso como obligación patronal debe considerarse desaparecida o innecesaria y parcialmente subrogada la norma legal, pues para esa asistencia el trabajador debe recurrir, no al médico del patrono, como decía el Código, sino a los organismos de asistencia. La obligación legal del artículo 65 del CST y la del sector oficial, se conservará para aquellos casos en que el trabajador, por razones de ubicación geográfica o por otra causa, no reciba asistencia médica de entes especializados."

El cargo, en consecuencia, no prospera. Sin lugar a costas dado que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de fecha 12 de febrero de 1999, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, en el juicio seguido por Elizabeth Vargas Rincón contra La Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Telecom).

Sin costas en el recurso.

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

Francisco Escobar Henríquez, Carlos Isaac Náder, Rafael Méndez Arango, Luis Gonzalo Toro Correa, Germán G. Valdés Sánchez, Fernando Vásquez Botero.

Laura Margarita Manotas González, Secretaria.

INTERROGATORIO DE PARTE

PRUEBA CALIFICADA

REINTEGRO

Inconveniencia

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.- Santa Fe de Bogotá D.C., diecinueve (19) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Doctor *Luis Gonzalo Toro Correa*

Radicación No.12103

Acta No.39

Se resuelve por la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado del Banco Popular contra la sentencia del 23 de noviembre de 1998, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, en el juicio adelantado por Martha Lucía Liévano de Beltrán contra la entidad recurrente.

ANTECEDENTES

Demandó al Banco Popular la señora Liévano de Beltrán, ante el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá, para que se le condenara a reintegrarla al cargo de "oficinista 4º de cambios" o a otro de igual o superior categoría y a pagarle los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el despido hasta la fecha del reintegro, entendiéndose que el contrato de trabajo no sufrió solución de continuidad.

Subsidiariamente, que se le condene a pagarle la indemnización por despido prevista en el artículo 8º de la convención colectiva del 6 de marzo de 1990; la prima de Navidad proporcional, correspondiente a los tres últimos años (art 11 D.3135 / 68); los salarios ilegalmente deducidos de su liquidación por valor de \$13.285.06 por cada uno de dos días; la remuneración de una hora extra diaria nocturna a partir del día en que empezó a laborar en las oficinas de El Dorado; reajuste de cesantías e intereses sobre las mismas; la indemnización moratoria; la pensión sanción prevista en el art 27 del D. 3135/68 y D. 1848/69; la indexación. Además a concederle un préstamo para vivienda por valor de \$6'500.000.00 conforme al artículo 14 de la mencionada convención colectiva; y las costas del proceso. (fs 1 a 10 del primer cuaderno)

Funda sus pretensiones en que trabajó para el Banco del 11 de junio de 1979 al 19 de marzo de 1993, mediante contrato de trabajo a término indefinido. Que su último cargo fue el de oficinista 4^a de cambios, con salario promedio mensual de \$305.174.53. Que el contrato de trabajo terminó por decisión unilateral del empleador sin justa causa y ocasionando a la actora graves perjuicios de orden moral y económico. Que era beneficiaria de la contratación colectiva en la cual se estipuló el reintegro o la indemnización especial por despido. Afirma "enfáticamente" que las funciones correspondientes a su último cargo "jamás le fueron entregadas" ni por la Zona ni por la gerencia de la oficina; y que de su liquidación definitiva se le dedujo el valor de dos días de salario sin orden judicial ni autorización de la trabajadora. Expresa además otras circunstancias relacionadas con la forma insegura cómo le tocaba desempeñarse en la oficina de El Dorado. (fls 1 a 10 del primer cuaderno).

Al contestar la demanda el Banco sólo admite la vinculación laboral de la actora durante el lapso indicado en la demanda, que su último cargo fue el de oficinista 4^a de cambios y que el contrato de trabajo terminó por decisión unilateral del empleador pero agrega que el despido estuvo fundado en justa causa; niega deber suma alguna a la demandante y haber hecho el descuento de la liquidación que indica la demanda. Dice que el último salario fue de \$227.353.00 mensuales; en lo demás se atiene a la prueba. Propone las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago y prescripción. (fls 81 a 84 del primer cuaderno).

Surtido el trámite de la primera instancia, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá profirió sentencia con fecha 31 de julio de 1998, mediante la cual condenó al Banco conforme a las peticiones principales del accionante; le impuso las costas del proceso y le autorizó para que, de las sumas adeudadas a la actora, descuente lo pagado a la misma por concepto de cesantías "por ser incompatible con el reintegro"; declaró no probadas las excepciones (fls 285 a 300). Apeló el Banco y el Tribunal, mediante el fallo recurrido en casación, confirmó el de primer grado con la modificación de que es el salario fijo de \$227.353.00 el que se toma como base para calcular lo dejado de percibir por la actora desde el despido hasta el reintegro y no el salario promedio; impuso al recurrente las costas de la segunda instancia. (fls 319 a 330).

EL FALLO DEL TRIBUNAL

Acogió la convención colectiva firmada por el Banco con la Unión Nacional de Empleados Bancarios el 28 de mayo de 1992 (fls 37 a 57) y la certificación del sindicato sobre la calidad de afiliada al sindicato de la demandante (fl 60), para establecer el derecho al reintegro consagrado en el artículo 4^o del aludido acuerdo colectivo.

Para interpretar la carta de despido (fl 135) se dio a la tarea de establecer "si evidentemente a la actora se le había señalado cuáles eran los trámites a seguir en el proceso de manejo de divisas, así como si había sido noticiada acerca de las normas del Manual de Caja", y si realmente la demandante incurrió en negligencia; para tal cometido analizó los siguientes medios de prueba: a) interrogatorios absueltos por la demandante y por el representante legal del Banco (fls 102-103 y 105-106), b) hoja de vida de la trabajadora aportada en la diligencia de inspección judicial, c) testimonio del señor Pablo Eduardo Castro (fl 107 a 109), d) informe del asesor regional de seguridad del Banco (fl 275), e) informe suscrito por el Asistente Administrativo Fernando Andrade II (fl 183), g) informe de Edna Liliana Hernández, oficinista 4 (fl 175), h) informe de Oswaldo Acosta también oficinista 4 de cambios (fl 177), i) las razones aducidas por la misma demandante en el escrito de fls 163-164.

Y luego del análisis probatorio indicado concluyó:

"... es claro que a la demandante no se le entregó de manera escrita las funciones inherentes a su cargo" no obstante que ella solicitó el correspondiente manual de funciones; ni se demostró que la actora "hubiese recibido instrucción suficiente o los aludidos manuales". La clave de la puerta principal de las bóvedas en donde la demandante tenía que guardar las tulas con las divisas, era conocida por funcionarios de la oficina de cambios. No se le suministraron los sobres para que ella misma los lacrara, como tampoco los candados para cerrar las tulas; por lo tanto que "en honor a la verdad" no aparece acreditado que el actuar de la actora hubiese sido descuidado ni que hubiese incurrido en violación de sus obligaciones legales, contractuales y reglamentarias.

En cuanto a la inconveniencia del reintegro, consideró que "no se observan en la historia probatoria situaciones que conduzcan a dejar entrever algún hecho o circunstancia que haga desaconsejable el reintegro", sino que la demandante fue diligente y de sus funciones no se infiere "que ella era proptamente responsable de la vigilancia de las divisas": que el hecho de la pérdida de las divisas no justifica la desconfianza del empleador en la accionante ya que no le suministró a esta última las adecuadas medidas de seguridad y no puede ahora beneficiarse de su propia culpa u omisión.

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Lo interpuso el apoderado de la parte demandada. Concedido por el Tribunal y admitido por ésta Sala de la Corte, se procede a decidir, previo el estudio de la demanda correspondiente, así como del escrito de réplica oportunamente introducido a la actuación.

ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Dice:

"Se pretende mediante este recurso que la H. Corte case en todas sus partes la sentencia impugnada con el fin de que, una vez constituida en sede de instancia, revoque el fallo del *a quo* y, en su lugar, absuelva al Banco Popular de todas las pretensiones de la demanda.

"En subsidio, y solo en el evento de considerar la H. Corte que el despido de la actora hubiese sido injustificado, se pretende con este recurso que esa H. Sala case la sentencia impugnada en cuanto confirmó las condenas proferidas por el *a quo*, con el fin de que, una vez constituida en sede de instancia, revoque las condenas al reintegro de la actora y al pago de los salarios dejados de percibir y, en su lugar, condene al Banco Popular a pagar a la señora Martha Lucía Liévano de Beltrán la indemnización por despido injusto por existir circunstancias que hacen desaconsejable el reintegro."

Para el efecto y con apoyo en la causal primera del recurso de casación laboral, el recurrente plantea el siguiente:

Unico Cargo

Por la vía indirecta acusa el fallo del Tribunal por aplicación indebida de los arts 3°, 4°, 467, 468 del CST; 1° y 11 de la Ley 6ª de 1945; 37, 40, 43, 47 literal g) y 51 del Decreto 2127 de 1945; 37 y 38 del Decreto 2351 de 1965.

Atribuye al sentenciador los siguientes errores de hecho los cuales califica de evidentes:

"1.- No dar por demostrado, estándolo, que la señora Martha Lucía Liévano de Beltrán incurrió en violación de sus obligaciones legales, contractuales y reglamentarias al registrar un faltante por la suma de US\$10.000,00, correspondiente a las operaciones de compra y venta de divisas sin dar justificación alguna al respecto.

"2.- No dar por demostrado, estándolo, que siendo las divisas a su cargo de su exclusivo manejo y responsabilidad, las dejó por iniciativa propia, en poder de otros funcionarios, sin ninguna supervisión de su parte.

"3.- No dar por demostrado, estándolo, que el Banco Popular dio por terminado el contrato de trabajo existente con la señora Martha Lucía Liévano de Beltrán por justa causa.

"4.- No dar por demostrado, estándolo, que existen circunstancias que hacen desaconsejable el reintegro de la señora Martha Lucía Liévano de Beltrán."

Considera que los yerros fácticos se originaron en la apreciación equivocada de las siguientes pruebas:

1. Carta de despido (fls 135 y 136)
2. "Inspección judicial y los documentos incorporados en la misma" (fls 134 a 218)
3. "Los interrogatorios de parte absueltos por el representante legal de la demandada y la actora" (fls 101 a 104 y 105 a 106)
4. La convención colectiva de trabajo suscrita el 28 de mayo de 1992 (fls 37 a 57)
5. El testimonio de Pablo Eduardo Castro López (fls 111 112)

DESARROLLO

Se remite a la carta de despido para señalar que la terminación del contrato se fundó en el faltante que presentó la actora de US\$10.000, sin presentar justificación atendible, ya que se originó en los siguientes errores de ella: a) dejó las divisas en poder de otros funcionarios para su recuento y se ausentó sin supervisar esa función; b) le entregó al señor Fernando Andrade, asistente administrativo, las claves de su caja fuerte en sobre sin lacrar; c) depositó los valores en una tula sin candado.

Para la demostración de la negligencia atribuida a la accionante, señala el interrogatorio de parte absuelto por esta última en el cual, según la apreciación del impugnante, la actora reconoció el faltante y admitió que ella era una de las personas responsables del manejo de divisas y que acostumbraba depositar valores en la caja fuerte dentro de tulas sin candados; y que trató de justificarse por el hecho de que sólo llevaba 20 días en el cargo. Pero que "del examen de los documentos incorporados en la diligencia de Inspección judicial que obran a folios 134 a 218 del expediente, también se evidencia que la demandante tenía conocimiento de las funciones propias de su cargo pese a no existir documento que permita concluir que hubiese recibido el Manual de Funciones correspondiente al mismo".

Por último critica la valoración dada por el *ad quem* al testimonio de Pablo Eduardo Castro López, que no le permitió ver la inconveniencia del reintegro; insiste en que la empresa perdió toda confianza en la actora debido a que no presentó justificación con respecto al aludido desfalco y a que, "siendo las divisas a su cargo de su exclusivo manejo y responsabilidad", las dejó por iniciativa propia en poder de otros funcionarios sin ninguna supervisión de su parte. (fls 15 a 19 del cuaderno de la Corte)

LA RÉPLICA

Considera que el cargo debe desestimarse debido a que incurrió en la falencia de orden técnico de que no se refiere a todas las pruebas que sirvieron de sustento a la decisión acusada. Además de que no puede prosperar porque el fallador no incurrió en los yerros fácticos que predica la censura. Observa que para el despido el Banco imputa a la actora el

haber incumplido obligaciones legales, contractuales y reglamentarias, pero el empleador no se tomó el trabajo de precisar esas obligaciones incumplidas; fuera de que se estableció en el proceso que a la inculpada no se le había proporcionado el manual de funciones.

Advierte que la censura no señala un medio de convicción que demuestre que la actora hubiese sido responsable del faltante, pues, la carta de despido no es prueba de las faltas que allí se relacionan en contra de la trabajadora sino que incumbía la demostración a la entidad empleadora; y que "lo cierto es que tal faltante se presentó en la bóveda que estaba a cargo no de la actora, sino del secretario de la Oficina del Banco (Fl. 105), cuyas claves, eran igualmente conocidas por los señores Oswaldo Acosta y Juan Carlos Pedraza".

Observa que del interrogatorio absuelto por la actora no se infiere confesión y que el recurrente invoca los documentos agregados en la diligencia de inspección judicial pero no indicó cuál es "el que demuestra su aserto".

Recalca en que la impugnación para nada se refirió a la apreciación del Tribunal de la convención colectiva, ni a la certificación de atilación y de paz y salvo visible a folio 60 en virtud de la cual el *ad quem* aplicó el reintegro previsto en la mencionada convención, por lo que el fallo se mantiene sobre esos elementos. En cuanto al testimonio de Pablo Eduardo Castro, contrario a lo afirmado por la censura, dice que tal prueba permite demostrar la viabilidad del reintegro. (Fs 24 a 32 del cuaderno de la Corte)

SE CONSIDERA

En efecto, como lo observa la oposición, el recurrente, no obstante que cita los documentos de folios 134 a 218 como indebidamente valorados por el sentenciador, no dice cuál fue la estimación errada ni se refiere a alguno de ellos, singularizándolo, como era su deber, según lo exige el literal b) del artículo 90 del CPL, quedando, por tanto, inatacados, medios de convicción que fueron determinantes en la decisión de segundo grado como son los informes de folios 175-176, 177-178, 179 a 184 y 275.

Para demostrar que la demandante sí incurrió en violación de las obligaciones legales, contractuales y reglamentarias, el impugnante se remite al interrogatorio de parte absuelto por ella para decir que en tal diligencia admitió el faltante que por US\$10.000 presentó; que era una de las personas encargadas del manejo de divisas y que acostumbraba depositar valores en la caja fuerte dentro de tulas sin candados. Pero no señala cómo fue que admitió tales supuestos, ni cuáles fueron las respuestas en las que se produjo la confesión. Y como es sabido, el interrogatorio de parte por sí no constituye prueba idónea para demostrar el yerro fáctico del sentenciador, sino la prueba de confesión que pueda singularizarse dentro de tal interrogatorio. Lo cierto del caso es que la actora dijo en

esta diligencia que las divisas le fueron sustraídas de la bóveda en la cual guardó la tula sin candado porque nunca se le suministró este elemento y, que la clave de la bóveda estaba sin lacrar porque lo solicitó y no le fue entregado el sobre.

Respecto a que "tenía conocimiento de las funciones propias de su cargo pese a no existir documento que permita concluir que hubiese recibido el Manual de Funciones correspondiente al mismo", la censura, como ya se expresó, señala los documentos de folios 134 a 218, pero, a excepción de la carta de despido, no singulariza ninguno de ellos, ni expone cuál fue el error del Tribunal en el análisis de tales instructorios; y, como es sabido, no puede la Corte de manera oficiosa entrar a establecer si el fallador incurrió en algún defecto de valoración que le hubiese conducido a los errores de hecho indicados por el recurrente, quien tampoco concreta cuál fue la equivocación del fallador al analizar la inspección judicial como tenía que hacerlo, porque una cosa es lo aportado dentro de la aludida diligencia y otra distinta es la apreciación directa que sobre los hechos del proceso percibe el funcionario que la practica.

En el desarrollo de la acusación, y no obstante que al enunciar las pruebas erróneamente valoradas, la censura menciona el interrogatorio de parte absuelto por la demandada, no hace relación a la interpretación dada por el Tribunal a ésta prueba, cuyas respuestas No. 5 y No. 11 constituyeron en parte el sustento de las razones del *ad quem* para exonerar de culpa a la accionante en el extravío de los dólares.

Lo anterior es inadmisible porque, como deberá recordarse, el ataque tiene que comprender todos los pilares del proveído acusado pues de lo contrario este permanece incólume sobre los soportes inatacados; a más de que el recurrente nada expresó respecto a la deducción que hizo el fallador colegiado de que el culpable del desfalco que originó el despido de la promotora del juicio lo fue el descuido "del empleador o sus agentes", pues a la accionante no le fueron suministrados los adecuados elementos de seguridad como serían los candados para cerrar las tulas que contenían los valores que se depositaban en la caja fuerte, ni el sobre para que pudiera lacrar las claves, ni se le dio instrucción respecto del procedimiento que debería cumplir en el manejo de las divisas; y como precisamente en esas omisiones de la entidad demandada, ignoradas por la impugnación, fundó el Tribunal su apreciación de que no existen circunstancias que desaconsejen el reintegro, la conclusión es que no hay lugar tampoco a la modificación que, de manera subsidiaria, propone el acusador.

Es de observar además que el reintegro se funda en una norma de carácter convencional a la cual no se refiere en particular el impugnante quien en la demostración del cargo no alude al convenio colectivo.

Fuera de lo anterior, como reiteradamente lo ha dicho esta Sala de la Corte, cuando el proveído gravado aparece fundado en pruebas calificadas y en pruebas no aptas, en casación laboral para estructurar error de hecho

conforme a lo estipulado en el artículo 7° de la Ley 16 de 1989, la impugnación solo resulta procedente si el ataque se efectúa respecto de ambas categorías de pruebas, como quiera que el fallo aparece estructurado sobre los dos soportes anotados. Es así como el fallo del Tribunal en este caso se respalda en los documentos de carácter declarativo de folios 175-176, 177-178, 183 y 275, así como en la versión de la actora que aparece a folios 163-164, para deducir que la demandante no incurrió en violación de sus obligaciones ni en conducta negligente que le haga responsable del faltante que se presentó en las divisas; y la censura no manifestó reparo alguno frente a la valoración de tales medios de convicción, de donde bien puede afirmarse que el fallo atacado se mantiene en estas deducciones respecto de las cuales obra la presunción de acierto.

En resumen:

1) La apreciación del Tribunal de que no existió justa causa para el despido se basa en pruebas no atacadas por la impugnación cuales son: a) respuestas 5 y 11 del interrogatorio absuelto por el representante legal de la demandada a folios 103-104; b) informe de Edna Liliana Hernández, Oficinista 4ª a folios 175-176; c) informe de Oswaldo Acosta, Oficinista 4º de Cambios a folios 177-178; d) informe de Fernando Andrade, Asistente Administrativo a folio 183; e) informe de Edgar Roza, Asesor Regional de Seguridad a folio 275; f) versión de la demandante a folios 163-164.

2) Los medios de convicción citados por la impugnación no pueden estudiarse por la Corte porque no singulariza la prueba documental; no expresa en qué consistió el defecto de valoración de la inspección judicial, ni de cuáles respuestas del interrogatorio absuelto por la actora resulta la confesión que le endilga.

De acuerdo con lo anotado, el cargo no prospera en cuanto al despido sin justa causa, pero en lo que hace con el reintegro no puede perderse de vista que, si bien la demandada no demostró culpa de la actora en el desfallecimiento de los US\$10.000, es lo cierto que tampoco esta última logró aclarar plenamente los hechos como para que pueda calificarse de injustificada la desconfianza que, por razones obvias, asaltaría a la empleadora si tuviera que mantener la vinculación de la accionante en un oficio relacionado con el manejo de valores.

Es evidente, por tanto, el error de la Sala de Instancia al disponer el restablecimiento del contrato por el solo hecho de que la conducta descuidada del Banco contribuyó indudablemente al extravío de los dólares, pasando por alto que el cargo de la actora es de entera confianza no sólo respecto de la honradez y honorabilidad, que conforme a la prueba del proceso asisten a la accionante, sino en cuanto a la habilidad para asumir el cuidado de los dineros y valores que el cargo implica, por lo que las aludidas circunstancias destacan la inconveniencia del reintegro. En ese solo aspecto prospera la acusación. Para las consideraciones de instancia es menester que el Departamento Nacional de Estadística certifique sobre el índice de precios al consumidor a partir del mes de abril, inclusive, de 1993, con tal fin se dispondrá oficiar a dicha entidad.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA PARCIALMENTE** la sentencia impugnada, en cuanto confirmó las condenas de la de primer grado así como la autorización allí contenida para descontar la cantidad pagada por cesantías. No la casa en lo demás. Sin costas en el recurso extraordinario. En sede de instancia y para mejor proveer dispone que por la secretaría de la Sala se oficie al Departamento Nacional de Estadística "DANE" para que certifique sobre el índice de precios al consumidor desde el mes de abril, inclusive, de 1993. Evacuado lo anterior se proferirá el fallo de instancia.

Costas en el recurso extraordinario a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Gonzalo Toro Correa, Francisco Escobar Henríquez José Roberto Herrera Vergara, Carlos Isaac Náder, Rafael Méndez Arango, Germán G. Valdés Sánchez, Fernando Vásquez Botero.

Laura Margarita Manotas González, Secretaria

FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LA EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA
Establecimiento Público. Naturaleza Jurídica de carácter especial

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.- Santa Fe de Bogotá, Distrito Capital, diecinueve (19) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999)

Magistrado Ponente: Doctor Rafael Méndez Arango

Radicación 12158

Acta 40

Se resuelve el recurso de Nelly Castro Moreno contra la sentencia dictada el 11 de diciembre de 1998 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en el proceso que le sigue a la Empresa Puertos de Colombia.

I. ANTECEDENTES

En lo que al recurso concierne debe decir la Corte que, aun cuando de la sentencia de primera instancia únicamente apeló la demandante, mediante el fallo impugnado en casación el Tribunal revocó la condena dispuesta por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buga, que había condenado a la Empresa Puertos de Colombia a pagarle a Nelly Castro Moreno \$1'461.139,65 como indemnización por enfermedad profesional y la había absuelto de las otras pretensiones, entre ellas de la indemnización por mora, por haber considerado que procedía el grado de jurisdicción de la consulta respecto de dicha condena.

II. EL RECURSO DE CASACIÓN

Conforme lo declara al fijar el alcance de la impugnación en la demanda mediante la cual sustenta el recurso extraordinario (folios 6 a 13), que fue replicada (folios 24 a 30), la recurrente pretende que la Corte case la sentencia del Tribunal de Buga en cuanto revocó la sentencia del Juzgado para absolver a la Empresa Puertos de Colombia, hoy Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, "sobre indemnización por pérdida de capacidad laboral" (folio 8) y confirmó la absolución por concepto de la indemnización por mora, para, en su lugar, como tribunal de instancia, la condene a pagarle \$1'461.139,65 por concepto de la indemnización por enfermedad profesional y \$9.153,90 desde el 31 de diciembre de 1991 "hasta el día en que la entidad demandada pague las acreencias solicitadas" (folio 9).

Con tal propósito le formula dos cargos que se estudiarán en el orden propuesto junto con lo replicado.

Primer cargo.

Con fundamento en la segunda causal de casación acusa al fallo de haber hecho más gravosa su situación de apelante, aduciendo que con su recurso no pretendió que se modificara o revocara la sentencia "en lo relativo al derecho ganado sobre indemnización por pérdida de capacidad laboral, pues es el único punto del fallo de primera instancia que le favorece, concedido conforme a derecho y a las pruebas, y el cual no podía ser objeto de estudio por parte de la Sala" (folio 10), ya que, según ella, del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo se desprende que sólo serán consultadas las sentencias de primera instancia totalmente adversas a las pretensiones del trabajador o adversas a la Nación, a un departamento o a un municipio, si no fueren apeladas.

Arguye que es equivocada la interpretación que el Tribunal hace del 3° inciso del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo, "cuando por virtud del artículo 16 del Decreto 36 de 1992, considera erradamente que la consulta, hace parte de los privilegios y exenciones de gravámenes que reconocidos a la Nación, se le deben reconocer al Fondo de Pasivo Social como establecimiento público" (folio 11), pues afirma que la norma procedimental es taxativa y la consulta únicamente procede cuando se trata de la Nación, de un departamento o de un municipio, mas no de establecimientos públicos.

El Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, actuando como opositor, en la réplica plantea que la Nación es la única y directa responsable de las obligaciones establecidas en los artículos 35 y 36 de la Ley 1ª de 1991; que sólo por encargo expreso del Decreto 36 de 1994 le corresponde el pago "en nombre y representación del ente central" (folio 28), con recursos del presupuesto nacional; y que la situación jurídica que asume como "unidad pagadora" es lo que explica que, según los artículos 16 y 14 de dicho decreto, se le reconozcan los mismos privilegios y prerrogativas aplicables a la Nación.

SE CONSIDERA

Como acertadamente lo explica el Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, al ordenarse en la Ley 1ª de 1991 la liquidación de la Empresa Puertos de Colombia, se dispuso en su artículo 35 de manera expresa que "la Nación asumirá el pago de las pensiones de jubilación de cualquier naturaleza, de las demás prestaciones sociales y de las indemnizaciones y de las sentencias condenatorias ejecutoriadas o que se ejecutorien a cargo de Puertos de Colombia, así como su deuda interna y externa"; y al revestirse de facultades extraordinarias en la misma ley al Presidente de la República, se precisó que debía crear un fondo, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, "cuyo objeto consis-

trá en atender, por cuenta de la Nación, los pasivos y obligaciones a los que se refieren los artículos 35 y 36 de esta ley¹.

En desarrollo de dichas facultades se expidió el Decreto Ley 36 de 1992, por medio del cual se crea el Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, establecimiento público cuyo objeto, según el artículo 2º del decreto, es el manejo de las cuentas relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones señaladas en los artículos 35 y 36 de la Ley 1ª de 1991, el reconocimiento y pago de las prestaciones asistenciales de los empleados y pensionados de la empresa en liquidación y la administración de los bienes que le transfiera la extinguida Empresa Puertos de Colombia o la Nación, en desarrollo del artículo 33 de dicha ley.

Dispone el decreto que entre las funciones del Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia se cuentan las de ejercitar o impugnar las acciones judiciales y administrativas necesarias para la defensa y protección de los intereses de la Nación, de la Empresa Puertos de Colombia, en liquidación, y del propio fondo, y "convenir a nombre de la Nación con entidades de previsión o seguridad social la conmutación de las obligaciones asumidas en razón de la liquidación de la Empresa Puertos de Colombia".

Todo lo anterior muestra claramente que al haber asumido la Nación directamente el pago de las deudas de la Empresa Puertos de Colombia por efecto de su liquidación, dando para su cumplimiento origen a la creación del Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, resulta innegable que aun cuando creado como un establecimiento público se trata de una entidad sui generis, por su carácter especial, en el cual la persona jurídica obligada es la Nación, por lo que el fondo se constituye en un medio técnico para manejar las cuentas relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones señaladas en los artículos 35 y 36 de la Ley 1ª de 1991, manejar y organizar el reconocimiento y pago de las prestaciones asistenciales a que tengan derecho los empleados y pensionados de la desaparecida Empresa Puertos de Colombia y administrar los bienes que ella o la Nación le transfieran.

Es por esto que para un cabal desarrollo de su objeto, debe realizar las funciones necesarias para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por la Nación; pero asimismo debe gozar de todos los privilegios, prerrogativas y exenciones de gravámenes que se reconocen a la Nación, entre los cuales debe considerarse incluido lo atinente a la prohibición de ser condenada al pago de costas judiciales.

Ello explica el porqué de haberse establecido la inembargabilidad de los bienes del Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, inembargabilidad consagrada únicamente respecto de los bienes de la Nación, y que, además, se dispusiera expresamente en el artículo 16 del Decreto 36 de 1992 que "dada la naturaleza de sus funciones y la proveniencia de sus recursos gozará de los mismos privilegios, exenciones y gravámenes que se reconocen a la Nación".

Por sus funciones y el origen de sus recursos, y dado que la directamente obligada es la Nación, resulta imperativo entender que el Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, si bien es un establecimiento público, su naturaleza jurídica es de carácter especial, por lo que se justifica que las prerrogativas establecidas directamente en el decreto de creación se extiendan aún al grado jurisdiccional de consulta, cuando la providencia le fuere total o parcialmente adversa, porque en este caso se está hablando de obligaciones contraídas por la Nación. Máxime que dentro de sus funciones se le ordena "ejercitar o impugnar las acciones judiciales y administrativas necesarias para la defensa y protección de los intereses de la Nación, de la Empresa Puertos de Colombia, en liquidación y del Fondo".

Esas prerrogativas concedidas al Fondo de Pasivo Social de Puertos de Colombia, no pueden confundirse con aquellas que de manera general y para todas las entidades públicas establece el artículo 43 del Decreto Ley 3130 de 1968, porque, como se desprende de la misma normatividad, tales prerrogativas son de carácter administrativo.

Esto significa que el Tribunal no se equivocó al conocer del grado de jurisdicción denominado "consulta", porque siendo parcialmente adversa la sentencia de primera instancia al Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, el pago de la obligación estaría a cargo de la Nación, que para efectos de la Ley 1ª de 1991 y el Decreto Ley 36 de 1992, es la única deudora como responsable de las obligaciones asumidas por la liquidación de la Empresa Puertos de Colombia, y quien, además, se vería afectada en sus intereses por la sentencia condenatoria en su contra.

Se sigue de lo anterior que por ser procedente la consulta en este caso, la acusación de haber incurrido en reformatio in pejus el Tribunal no es fundada y, de consiguiente, el cargo no prospera.

Segundo Cargo

Por la vía directa de violación de la ley acusa al fallo de aplicar indebidamente los artículos 11 de la Ley 6ª de 1945 y 1ª del Decreto 797 de 1949, aduciendo en la demostración del cargo que el Tribunal nada dice sobre la indemnización por mora, por lo que "deberá entenderse que las mismas razones que llevaron al a quo para absolver a la entidad demandada de la indemnización moratoria son las mismas que el Tribunal acepta implícitamente para confirmar la absolución que el juez de primera instancia hace de la sanción moratoria" (folio 12).

Para confutar el cargo el opositor replica que "al ser negado el incremento prestacional, por sustracción de materia, nace improcedente la referida indemnización" (folio 29).

SE CONSIDERA

Como acertadamente se explica en la réplica por el opositor, si el Tribunal revocó la única condena dispuesta por su inferior, por "sustrac-

ción de materia" se imponía confirmar la absolución por concepto de la indemnización por mora, ya que el artículo 1° del Decreto 797 de 1949 parte del supuesto de que exista deuda por concepto de salarios, prestaciones sociales o indemnizaciones.

No es más lo que debe decirse para desestimar el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el 11 de diciembre de 1998, en el proceso que Nelly Castro Moreno inició contra la Empresa Puertos de Colombia

Costas en el recurso a cargo de la recurrente.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase al Tribunal de origen.

Rafael Méndez Arango, Francisco Escobar Henríquez, José Roberto Herrera Vergara, Carlos Isaac Náder, Luis Gonzalo Toro Correa, (con permiso); Germán G. Valdés Sánchez, Fernando Vásquez Botero.

Laura Marganta Manotas González, Secretaria

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO

Justa causa por parte del empleador

CONVENCION COLECTIVA

Procedimiento para despidos

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Santa Fe de Bogotá, D.C., octubre veinte (20) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Fernando Vásquez Botero.

Radicación Nro. 12348

Acta Nro. 039

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el Banco Andino S.A. contra la sentencia del 11 de noviembre de 1998, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio promovido por María Doris Cardona Gómez a la recurrente.

ANTECEDENTES

María Doris Cardona Gómez demandó al Banco Andino S.A. en aras de la prosperidad de estas pretensiones: que se declare que el despido del que fue objeto es nulo, por haberse pretermitido el trámite convencional; que como consecuencia de lo anterior se ordene su reintegro al cargo que desempeñaba cuando fue despedida y a pagarle los salarios dejados de percibir desde el momento de la terminación del contrato y hasta cuando sea restablecida en su empleo, así como las prestaciones sociales, legales y extra legales, causadas en dicho lapso.

En subsidio reclamó: que la empleadora le pague jubilación sanción proporcional al tiempo de servicio, así como cotización sanción al ISS hasta cuando complete las aportaciones necesarias para acceder a la pensión de vejez, y que en todo caso se le imponga a la demandada las costas del juicio.

Como fundamento de sus pretensiones expuso: que mediante un contrato de trabajo a término fijo se vinculó con la demandada desde el 1 de mayo de 1985, transformándose su atadura contractual en a término indefinido a partir del 1º de diciembre de 1985, condiciones en las que laboró hasta el 13 de septiembre de 1996, fecha en la cual fue despedida sin

justa causa; que inicialmente hubo en la demandada un sindicato de base, que posteriormente se fusionó con otro de industria denominado Unión Nacional de Empleados Bancarios (Unieb), de los cuales formó parte; que los entes sindicales mencionados han celebrado con la empleadora convenciones colectivas de trabajo; que desde el acuerdo colectivo pactado en 1981 existe en la demandada una cláusula de estabilidad para sus trabajadores, la cual ha seguido vigente con posterioridad; que la cláusula 9ª de la convención colectiva de trabajo de 1981 tiene establecido un procedimiento especial para los casos en que el banco vaya a despedir un empleado, el cual fue desconocido en su caso, lo que hace nula su desvinculación y procedente su reintegro; que el Banco Andino giró anteriormente con las siguientes razones sociales: Banco de Crédito y Comercio de Colombia, Banco Mercantil, Banco Franco Colombiano y Banque Nationale de Paris; que sus prestaciones sociales le fueron liquidadas con un salario promedio mensual de \$411.152.00, mientras la indemnización por despido se le tasó con una remuneración mes de \$417.044.00; que al momento del despido se desempeñaba como auxiliar.

La entidad bancaria llamada al proceso contestó la demanda con oposición a sus pretensiones y manifestó: que el extremo inicial del vínculo con la demandante fue el 1º de diciembre de 1985; que es cierto lo del despido, lo de la fusión sindical, la afiliación gremial de la actora y lo de los acuerdos colectivos de trabajo que ha celebrado; que desde 1973 tiene pactada una cláusula de estabilidad, sin que esta palabra tenga el sentido gramatical que ella encierra; que la cláusula 9ª de la convención de 1981 también alude a la estabilidad, pero que éste es un término caprichoso que no significa "inamovilidad (sic) en el puesto de trabajo"; que no es cierta la connotación que la demandante pretende darle al procedimiento de la cláusula 9ª convencional; que el despido es válido, pues se dio cumplimiento al artículo 64 del C. S. del T. modificado por el artículo 6º de la Ley 50 de 1990, así como al artículo 10 de la convención colectiva; que es cierto lo de sus diversas razones sociales, lo de los salarios reportados en la demanda y lo del cargo que desempeñaba la demandante cuando se le terminó su contrato laboral.

La demandada, también, propuso las excepciones de: validez del despido, falta de legitimación por activa para la demandante para instaurar acción de reintegro, temeridad y mala fe, e inexistencia de la causal invocada.

El conflicto jurídico lo dirimió en primera instancia el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia del 24 de julio de 1998, en la que absolvió al banco demandado "de todos los cargos formulados en su contra".

De la aludida decisión apeló la parte actora, y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con sentencia del 11 de noviembre de 1998, aclarada por providencia del 4 de diciembre siguiente, la revocó y, en su lugar, condenó al ente bancario demandado a

reintegrarla al cargo de auxiliar que desempeñaba el 13 de septiembre de 1996, con el pago, a título resarcitorio, de los salarios dejados de percibir mientras permaneció cesante, en cuantía de \$411.152.00 mensuales. Además, autorizó al empleador para deducir de los salarios a pagar lo que le sufragó a la actora por concepto de cesantías e indemnización por despido.

En sustento de su determinación el Tribunal argumentó: que en torno a los extremos del vínculo y la asignación salarial promedio de la demandante no hay lugar a modificar el primer fallo; que de acuerdo con los documentos de folios 6 y 7 la demandada dio por terminado unilateralmente el contrato de trabajo con la demandante, a partir del 13 de septiembre de 1996, reconociéndole una indemnización de \$6.323.813.00; que las pretensiones de la accionante se fundamentan en una convención colectiva de trabajo, la cual está legalmente incorporada al expediente y de la que ella es beneficiaria; que en la convención colectiva laboral, en su cláusula novena, está previsto un procedimiento para aplicar sanciones y efectuar despidos; que el mencionado precepto estipula que "No producirá ningún efecto la sanción o el despido que se efectúe sin el lleno de los requisitos señalados anteriormente"; que esta norma del acuerdo busca proteger el derecho de los trabajadores de la demandada a permanecer en ella, permitiéndoles ejercer su defensa cuando se les formulen cargos que pudieran constituir para la empleadora causales de despido; que como la cláusula convencional en comento establece que no producirá ningún efecto la sanción o el despido que se produzca sin observar la plenitud, formas y términos que determina, el reintegro demandado es procedente, pues el banco reclamado no satisfizo a cabalidad dichos requisitos frente a la decisión unilateral que tomó respecto a la accionante; que sobre asunto semejante ya se había pronunciado en su sentencia del 18 de abril de 1997.

EL RECURSO DE CASACIÓN

Fue propuesto por la parte demandada, concedido por el Tribunal respectivo y admitido por esta Corporación, la cual procede a resolverlo, previo estudio de la demanda que lo sustenta y de su réplica.

El alcance de su impugnación lo fijó de la siguiente manera el acusador:

"Pretendo con esta demanda se case totalmente la sentencia proferida por el Honorable Tribunal del Distrito Judicial de Medellín el 11 de noviembre de 1998 en el juicio seguido por María Doris Cardona Gómez contra el Banco Andino S.A., en cuanto condenó a mi representada a reintegrar a la demandante al cargo de Auxiliar que tenía el 13 de septiembre de 1996 con el pago a título de indemnización resarcitoria de perjuicios, de los salarios dejados de percibir mientras permanezca cesante, esto es, entre la fecha de el despido y aquella en que sea real y efectivamente reintegrada al servicio, en cuantía de \$411.152.00 mensuales, así

mismo en cuanto autorizó a mi representado para deducir de los salarios a pagar las sumas de dinero cubiertas a título de cesantía e indemnización por despido, la absolvió de los demás cargos formulados por la demandante, condenó en costas de primera instancia y dejó sin costas la segunda" (cdno cas flo 13).

Y más adelante, a folio 16 *ibidem*, precisó el acusador:

"[...] y convertida esa H. Corporación en Tribunal de Instancia, debe confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín el 24 de julio de 1968, por la cual se absolvió al Banco Andino S.A. de todos y cada uno de los cargos formulados por el demandante"

Contra la sentencia del Tribunal, el recurrente en casación presentó el siguiente

Cargo Único

La acusa por violación indirecta de la ley sustantiva de orden nacional, en la modalidad de aplicación indebida, del artículo 67 del CST, en relación con lo señalado en el artículo 6º de la Ley 50 de 1990, que hoy se encuentra involucrado en el artículo 64 del CST.

Tal infracción normativa la atribuye el censor a que el *ad quem* incurrió en los siguientes errores de hecho, que califica de evidentes y manifiestos:

"1. Dar por demostrado sin estarlo, que la terminación del contrato de trabajo de la señora María Doris Cardona Gómez fue ilegal por no haberse cumplido con el procedimiento convencional establecido en la Cláusula Novena de la convención colectiva de trabajo suscrita el 20 de noviembre de 1981 entre el sindicato del Banco Mercantil y el Banco Mercantil, la cual se halla vigente por no haber sido modificada en ninguna otra convención.

"2. No dar por demostrado estándolo, que no era aplicable la Cláusula Novena de la convención colectiva de trabajo suscrita el 20 de noviembre de 1981 entre el Sindicato Nacional de Trabajadores del Banco Mercantil y el Banco Mercantil, a la terminación del contrato de trabajo de la señora María Doris Cardona Gómez, por cuanto no existía justa causa que acreditara el cumplimiento del procedimiento a que se refiere la cláusula mencionada"

Los yerros fácticos señalados con antelación los hace depender el recurrente de que el Tribunal apreció equivocadamente la convención colectiva de trabajo suscrita entre el demandado y el sindicato de sus trabajadores el 20 de noviembre de 1981, visible entre folios 11 y 22, específicamente en su cláusula novena.

DEMOSTRACIÓN DEL CARGO

Aduce el censor para fundamentar su acusación: que el Tribunal apreció equivocadamente la convención colectiva de trabajo, pues interpretó

erróneamente su cláusula novena, acogiendo para ello una sentencia suya del 18 de abril de 1997; y desembocando en una "apreciación injurídica" de dicho precepto; que la lectura atenta del inciso segundo de la cláusula novena en comento, indica claramente que la voluntad de las partes que suscribieron la convención laboral de 1981, fue establecer un procedimiento para cuando el contrato de trabajo terminaba por justa causa, razón por la cual se habla de "trabajador inculcado", de incorporación de pruebas y de audiencia de descargos, expresiones que indican que el procedimiento es válido y debe aplicarse cuando el banco decida terminar un contrato laboral con justa causa, más si ejerce es la potestad de extinguirlo sin esa causa, pagando la indemnización correspondiente, como aconteció con la demandante, la única interpretación correcta de la cláusula implica la no aplicación del procedimiento convencional, pues el mismo carece de razón de ser al no argumentarse ningún hecho que deba ser probado por el empleador, ni el trabajador tener que presentar descargos de alguna clase.

LA RÉPLICA

El opositor cuestiona el cargo, explicando: que el alcance de la impugnación es deficiente por cuanto el acusador no indica que debe hacerse, en sede de instancia con la sentencia de primer grado; que no obstante el fallo impugnado tener como fundamento una norma convencional que establece la procedencia del reintegro de los trabajadores despedidos, el recurrente omite citar como indebidamente aplicadas las disposiciones legales que regulan la convención colectiva de trabajo, las cuales son normas fundamentales que sirven de sustento al derecho reconocido en la sentencia atacada, tanto así que toda la acusación gira en torno al alcance del precepto convencional en que se apoyó el Tribunal para acceder a la pretensión de reintegro; que si lo anterior no fuera tenido en cuenta por la Corte, no es posible casar la sentencia gravada por cuanto cuando el ataque se dirige por la vía indirecta, es menester que el error de hecho sea evidente y en el presente caso la discusión se centra en la interpretación de una norma convencional y la que le dio el *ad quem* no puede tenerse por absurda; ni contraría el tener del precepto del acuerdo colectivo, pues al establecer una garantía para la estabilidad laboral urge al empleador para que cumpla con el procedimiento previsto cuando va a sancionar a un trabajador, o va a despedirlo, sin efectuar distingo entre el despido sin justa causa y el con causa justa; que a diferencia de lo afirmado por el acusador, la norma convencional en cita no resiste una sola interpretación lógica, y que así lo dejó sentado la Corte en su sentencia del 3 de noviembre de 1998, radicación 11105.

SE CONSIDERA

No tiene razón el opositor en la crítica que esgrime contra el alcance de la impugnación presentado en la demanda extraordinaria, pues su examen íntegro permite concluir que el acusador sí cumplió con el com-

udo que le era imperativo de indicarle a la Corporación cuáles son sus pedimentos a ella, en su eventual función de *ad quem*, en relación con la primera sentencia de las instancias. Así se deduce de los folios 13 y 16 del cuaderno de casación.

Y tampoco merece reparo la proposición jurídica del cargo, en punto de las normas que gobiernan la convención colectiva de trabajo, y que el replicante echa de menos en tal elemento de la demanda extraordinaria, pues siendo cierto que el impugnante no hace referencia expresa al artículo 467 del C.S. del T. que es la norma que según la jurisprudencia de la Corte es la habilitada para ser enlistada en el compendio jurídico normativo del ataque, cuando se discute en casación preceptos convencionales se trata, no lo es menos que si se analiza desprevenidamente el discurso de su demostración, que se desarrolla por el acusador en función de prohibir su lectura del artículo 9º convencional de 1981, en desmedro de la acogida por el *ad quem*, se colige que cuando en la componente normativa de la impugnación se refirió al artículo 67 del C.S. del T, incurrió en un simple error mecanográfico que le impidió designar completamente la norma de cuya violación pretendió acusar el proveído gravado.

Tanto es más claro lo afirmado si se tiene en cuenta que el artículo 67 del C. S. del T hace referencia a la figura de la sustitución de patronos, que ninguna trascendencia tiene en la solución al conflicto jurídico entre las partes.

Por lo tanto, tampoco encuentra la Corte estigma en la proposición jurídica del cargo, que desate su desestimación.

En lo que es de fondo en este asunto, cuestiona el acusador la intelección que el *ad quem* otorgó a la cláusula novena de la convención colectiva de trabajo suscrita en la demandada el 21 de noviembre de 1981, relativa a la estabilidad laboral de sus beneficiarios, a partir de la cual dedujo que por no haberse ceñido el empleador al procedimiento contenido en ella para efectuar despidos, la terminación unilateral y sin justa causa del contrato laboral de la demandante, así fuera con indemnización, conduce a la prosperidad de su pedimento de reintegro, con las demás consecuencias conexas.

En relación con lo anterior, debe la Sala empezar por puntualizar que no desconoce ni recoge su inveterada tesis de que frente a dos lecturas razonables de una norma convencional, el acogimiento por parte del juzgador de una de ellas, no configura yerro fáctico con capacidad de anular la sentencia gravada. Circunstancia que, en principio, podría sostenerse que se da en este asunto al recordar el opositor lo expresado por la Corte en su fallo del 3 de noviembre de 1998, radicación 11105.

Empero, ocurre que esta Corporación reexaminando el texto de la mencionada cláusula 9ª de la convención colectiva de trabajo suscrita el 9 de noviembre de 1981, visible a folios 14 y 15 del cuaderno de las instancias, concluye que la misma solo admite una lectura racional y, por ende, posible,

como es que el trámite previsto en su inciso 2º, únicamente debe cumplirse en el evento de que el despido se origine en la imputación al trabajador de conductas censurables que a juicio del empleador imposibilitan la continuidad en la ejecución del contrato.

Así se afirma porque la cláusula convencional de que se trata, en su redacción incluye términos que imponen colegir que el procedimiento allí previsto es consecuencia que al trabajador se le está imputando un hecho (acción u omisión) que puede dar lugar a sanción disciplinaria o el rompimiento unilateral del contrato por el empleador. Esto es lo que explica, entonces, que en su texto se aluda "al trabajador inculcado", vocablo este último al que debe dársele el significado de "culpar, acusar a uno de una cosa", pues de otra manera no se entiende que también el precepto convencional le exija al empleador anexar "pruebas que motivaron el hecho", como asimismo, prevea la celebración de una "audiencia de descargos". Todas estas circunstancias son indicativas que el objeto de este precepto es que el servidor inculcado pueda ejercer su derecho de contradicción y defensa.

Por lo tanto, si ninguna increpación tiene que hacerle el dador del empleo al usuratado, como en el sub lite, razón por la cual reconoce que la extinción contractual carece de causa justa, no se ajusta a la lógica y al sentido común que se le reclama, como lo hace el Tribunal, el agotamiento de un procedimiento que por sustracción de materia en lo absoluto no tiene justificación y explicación.

En este orden de ideas, concluye la Corte, que el Tribunal sí apreció equivocadamente la convención colectiva de trabajo suscrita en la demandada el 20 de noviembre de 1981, e incurrió en los yerros fácticos que le endilga la acusación.

En consecuencia, el cargo prospera.

Como el recurso sale adelante, no se impondrán costas en razón del mismo.

En sede de instancia y sin necesidad de consideraciones adicionales a las ya expuestas para despachar el cargo, habrá de confirmarse la sentencia de primer grado, imponiendo las costas de segunda al demandante al tenor del numeral 3º del artículo 392 del C.P.C.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del 11 de noviembre de 1998, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio promovido por María Doris Cardona Gómez al Banco Andino S.A., en cuanto halló legal el despido de la ex trabajadora y condenó al ente demandado a reintegrarla a su empleo. En sede de instancia confirma la sentencia de primer grado.

Sin costas por el recurso extraordinario, y las de segunda instancia serán a cargo de la parte demandante.

Cópiase, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

Fernando Vásquez Botero, Francisco Escobar Henríquez, José Roberto Herrera Vergara, Carlos Isaac Náder, Rafael Méndez Arango, Luis Gonzalo Toro Correa, Germán G. Valdés Sánchez.

Laura Margarita Manotas González, Secretaria

PENSION SANCION DE TRABAJADORES OFICIALES

COTIZACION SANCION

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.- Santa Fe de Bogotá, D.C., veinte (20) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Doctor *José Roberto Herrera Vergara*

Referencia: Expediente No. 12517

Acta No. 41

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado Alcallis de Colombia Limitada Alco Ltda En Liquidación- contra la sentencia de fecha 23 de marzo de 1999, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en el juicio seguido contra la recurrente por Fortunato Mogollón Franco.

I. ANTECEDENTES

Fortunato Mogollón Franco demandó a Alcallis de Colombia - Alco Ltda En Liquidación, para que previo trámite del proceso ordinario se desataran favorablemente, como pretensiones principales, el reintegro al cargo que desempeñaba al momento del despido o a otro de iguales o mejores condiciones de trabajo y remuneración; el reconocimiento y pago de los salarios con incrementos legales y convencionales desde el retiro hasta la efectividad del reintegro, con declaración expresa sobre la no solución de continuidad del contrato de trabajo. De manera subsidiaria, el pago de la pensión restringida de jubilación o el pago de la cuota de afiliación al I.S.S. hasta que se reconozca la pensión al demandante y las costas del proceso.

Afirmó el extrabajador que laboró para la demandada del 15 de marzo de 1972 al 26 de febrero de 1993, con asignación promedio mensual de \$484.571,00. Que el artículo 129 de la convención colectiva estableció una tabla indemnizatoria por los despidos sin justa causa, el literal c) del citado artículo adicionalmente estipuló que si el despido ocurre después de 5 años de servicios, el trabajador tiene derecho al reintegro si el comité de relaciones laborales así lo decide; que para ello debe mediar reclamo escrito del trabajador presentado ante el comité dentro de los 15 días siguientes al despido; por escrito presentado el 8 de marzo de 1993 solicitó al comité que reconsiderara su despido y el reintegro, pero el comité no se pronunció dentro del término establecido para esos efectos.

La entidad demandada en tiempo dio respuesta al libelo demandatorio aceptando ser ciertas las afirmaciones relacionadas con el vínculo laboral, los extremos temporales del mismo y el salario; como excepción previa planteó la de inopia demanda, desahada adversamente en la primera audiencia de trámite y las perentorias de pago, prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, falta de título y de causa del demandante, compensación, inexistencia del derecho a demandar e inexistencia del derecho pensional.

El juzgado de conocimiento, que lo fue el Cuarto Laboral del Circuito de Cartagena, mediante fallo del 23 de junio de 1998 condenó a la demandada a seguir cotizando al Instituto de los Seguros Sociales hasta que el demandante adquiriera, a plenitud los requisitos para disfrutar de la pensión de vejez y absolvió de las demás pretensiones.

II. SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Por apelación de la parte demandada conoció el Tribunal Superior de Cartagena, que mediante sentencia del 23 de marzo de 1999, confirmó en todas sus partes la impugnada.

Consideró el *ad quem* que los cinco requisitos previstos en el artículo 129 de la convención colectiva, para considerar un despido como injusto, se daban en el sub júdice pero que el reintegro no era aconsejable dados los plantamientos que sobre el tema había sentado la Corte Suprema de Justicia; en cambio encontró viable la petición subsidiaria del reconocimiento del valor de las cotizaciones dada la justa causa comprobada y la fecha de egreso del actor, con soporte en el Acuerdo 029 de 1985, que solamente dejó de tener vigencia con la Ley 100 de 1993.

III. RECURSO DE CASACIÓN

Inconforme la parte demandada interpuso el recurso de casación el cual una vez concedido por el Tribunal y admitido por esta Sala, se procede a resolver con la anotación de no haberse presentado escrito de réplica.

Pretende el recurrente la casación parcial de la sentencia impugnada, en cuanto al confirmar la del *a quo* se condena a la demandada a seguir cotizando al I.S.S., hasta cuando el actor adquiriera el derecho a la pensión de vejez, para que en su lugar, en sede de instancia revoque la del juzgado y absuelva a la demandada de todas las pretensiones de la demanda.

Para tal efecto formuló tres cargos. Por razones metodológicas se estudia previamente el segundo.

Segundo Cargo.— Acusó la sentencia por violación directa en la modalidad de aplicación indebida de "... los artículos: 37, con su parágrafo 1º de la Ley 50 de 1990, 8º con su parágrafo único de la Ley 171 de 1961; 3º y 4º del C.S.T., 1º de la Ley 33 de 1985, 7º de la Ley 71 de 1988, 6º del

Acuerdo 029 de 1985 del I.S.S. aprobado por el Decreto 2879 de 1985, 17 del acuerdo 049 de 1990 del I.S.S. aprobado por el Decreto 0758 de 1990; artículos 72 y 76 Ley 90 de 1946, 2º del Decreto 433 de 1971 y 133 de la Ley 100 de 1993".

En la demostración del cargo se adujo que la discrepancia jurídica radica en que al confirmar la sentencia de primer grado, se tiene que el *a quo* aplicó indebidamente el parágrafo 1º del artículo 37 de la Ley 50 de 1990, y los acuerdos del I.S.S., al imponer la sanción al empleador, prevista en el parágrafo del artículo 37, que modificó el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, porque ésta no procede para los afiliados particulares u oficiales que han tenido afiliados al I.S.S. a sus trabajadores; máxime si se tiene en cuenta que estos preceptos son de interpretación restrictiva; que además la sanción es en proporción al tiempo de servicios y con relación a la pensión plena y por tal razón se denomina "pensión restringida", por eso no puede haber sanción cuando el trabajador pasa los 20 años de servicios.

Anota además, que las normas sancionatorias son de interpretación restrictiva y que invoca disposiciones propias del régimen del Seguro Social dada la orientación jurisprudencial sobre ese tópico.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La vía directa seleccionada en este cargo por la acusación le impone a la Corte entender que el impugnante comparte las conclusiones fácticas de la sentencia acusada, que a su vez fueron tomadas del *a quo*, a saber: que el vínculo laboral estuvo vigente entre el 15 de marzo de 1972 y el 26 de febrero de 1993 (fecha en que se produjo el despido injustificado) y que el demandante estaba afiliado y cotizando al I.S.S.

La motivación de la sentencia acusada indica que el Tribunal dio por establecido que el actor fue despedido injustificadamente el 26 de febrero de 1993 por Alcañis de Colombia Ltda. En Liquidación. Consideró el *ad quem* que al entrar en vigencia la Ley 50 de 1990, era viable la sanción consistente en seguir cotizando al I.S.S. hasta cuando adquiriera el derecho a la pensión, porque solo a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 dejó de tener aplicación.

El parágrafo 1º del artículo 37 de la Ley 50 de 1990 prescribe:

"En aquellos casos en que el trabajador esté afiliado al Instituto de Seguros Sociales pero no alcance a completar el número mínimo de semanas que le da derecho a la pensión mínima de vejez, bien porque dicho Instituto no hubiere ampliado su cobertura en la zona respectiva o por omisión del empleador desde el inicio o durante la relación laboral, el empleador pagará las cotizaciones que faltaron al Instituto de Seguros Sociales para que el trabajador adquiera el derecho proporcional a la pensión de vejez".

La norma en cita efectivamente le hizo actuar el *ad quem* para un caso no regulado por ella, por cuanto en primer lugar esta disposición suplió el

original artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual según prescripciones de los artículos 3° y 4° *ibidem*, solamente es aplicable a relaciones laborales de naturaleza privada y no a las del sector oficial, como lo ha entendido siempre la jurisprudencia de esta Sala que con ese fundamento ha mantenido incólume la pensión sanción de los trabajadores oficiales aún después de la vigencia de la citada Ley 50 y hasta la entrada en vigor de la Ley 100; en segundo término el demandante estuvo afiliado y fue cotizante del seguro social, como se encuentra probado en el plenario, sin que ello constituya motivo de litigio, razón por la cual aún para quienes sí se les aplica la mencionada Ley 50, es improcedente la sanción de pago de cotizaciones fulminada por el fallador.

Entonces, no existiendo normativa expresa que imponga obligación al ex empleador del sector oficial de seguir cubriendo "cotización-sanción", se corrobora el quebranto normativo endilgado a la sentencia impugnada.

En las anteriores condiciones, prospera el cargo y en consecuencia se casará la sentencia recurrida, sin que sea necesario el estudio de los restantes ataques, por cuanto ellos persiguen idéntico objetivo.

V. CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

Basta lo expresado en sede de casación, razón por la cual se revocará la sentencia del juzgado en cuanto condenó al pago de las cotizaciones.

Por lo demás, como también se impetró la pensión sanción, cabe anotar que la filosofía de la Ley 171 de 1961, al consagrarla, fue prever y solucionar eventos diferentes a cuando no se tenía el requisito de tiempo completo de labores para la adquisición de la pensión plena, para evitar que se frustrara esta pensión por no alcanzarse el lapso mínimo legalmente requerido; pero ocurre que en el sub júdice se está frente a una prestación de más de 20 años de servicios al mismo empleador, por lo que una vez anulado el fallo recurrido tampoco procedería la pensión restringida por despido.

Las costas de las instancias serán a cargo de la parte demandante. No habrá lugar a ellas en el recurso extraordinario por no presentarse oposición.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE: CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida, dictada el 23 de marzo de 1999 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en cuanto al confirmar la de primer grado, condenó a la demandada Alcahis de Colombia Limitada - Alco Ltda - en liquidación, al pago de cotizaciones con destino al Seguro Social; y en sede de instancia, REVOCA la proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cartagena, el 23 de junio de 1998, en cuanto condenó por el mismo concepto, y en su lugar, absuelve a la demandada de todas las pretensiones incoadas.

Costas de las instancias a cargo de la parte demandante. Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiase, notifíquese, publíquese y cúmplase.

José Roberto Herrera Vergara, Francisco Escobar Henríquez, Carlos Isaac Náder, Rafael Méndez Arango, Luis Gonzalo Toro Correa, Germán G. Valdés Sánchez, Fernando Vásquez Botero.

Laura Margarita Manotas González, Secretaria

HOMOLOGACION DE LAUDOS DE TRIBUNALES ESPECIALES

ARBITROS

Facultad para decidir aspectos denunciados solo por el Empleador

CONVENCION COLECTIVA

Denuncia

NEGOCIACION COLECTIVA

REGIMENES CONVENCIONALES DE SEGURIDAD SOCIAL

Ley 100 de 1993

RECURSO DE HOMOLOGACION

Control de legalidad

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. - Santa Fe de Bogotá, Distrito Capital, veinte (20) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrados Ponentes: *Rafael Méndez Arango*

Radicación 13404

Acta 40

Resuelve la Corte los recursos de homologación interpuestos contra el laudo proferido el 7 de septiembre de 1999 por el tribunal de arbitramento constituido para que decidiera el conflicto colectivo existente entre el Sindicato de Trabajadores de la Clínica Medellín y la Clínica Medellín, S.A.

I. ANTECEDENTES

Debido a que el pliego de peticiones presentado por el Sindicato de Trabajadores de la Clínica Medellín no fue resuelto en la etapa de arreglo directo, atendiendo la solicitud del representante de la Clínica Medellín, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social con la Resolución 523 de 26 de marzo de 1999 ordenó constituir un tribunal de arbitramento obligatorio, por considerar que las actividades desarrolladas por dicha sociedad eran de servicio público esencial, de conformidad con el artículo 4º de la Ley 100 de 1993. El tribunal se integró mediante las Resoluciones 945 de 10 de marzo y 1610 de 9 de julio de este año, habiendo actuado como

árbitros Juan Guillermo Londoño, León Ovidio Medina y Orlando Mora Patiño, quien lo presidió.

El 5 de agosto del año en curso se instaló el tribunal y el siguiente 7 de septiembre profirió el laudo, en el cual resolvió sobre las peticiones del pliego no decididas en la etapa de arreglo directo relacionadas con "vigencia del laudo", "incremento salarial", "fondo rotatorio de vivienda", "deportes", "exámenes médicos de ingreso y egreso", "asistencia médica", "favorabilidad de la convención" y "vigencia de normas".

Conforme está textualmente dicho en el fallo arbitral:

"Las peticiones del pliego y de la denuncia de la empleadora, que no resultan consignadas en la parte resolutoria del laudo, se entiende que fueron negadas" (folio 76).

Como ambas partes interpusieron el recurso de homologación, para resolver lo procedente se estudiará cada uno de ellos por separado.

II. EL RECURSO DEL SINDICATO

Pide el sindicato que "no se homologue el laudo arbitral parcialmente, en cuanto al acápite de asistencia médica y la abolición de la cláusula vigésima cuarta de la convención relativa a: semana con destino al sindicato" (folio 91), pues, para igualmente decirlo con las textuales palabras empleadas en el memorial, "el fallo arbitral en estos dos aspectos, está afectando derechos reconocidos por las normas convencionales aludidas" (ibídem).

Circunscribirá la Corte el control de legalidad que ejerce sobre el laudo profirido a las decisiones que el sindicato específicamente solicita sean anuladas, y a fin de lograr una mayor claridad en las razones que tiene para resolver, separará los argumentos expresados en el memorial en el que sustenta el recurso.

1. Asistencia médica.

En lo que hace a la petición de que no se homologue el laudo "en cuanto al acápite de asistencia médica", el alegato del sindicato, en suma, lo constituye el aserto de imponerle a los árbitros el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo "limitaciones precisas al momento de emitir el fallo o laudo arbitral en cuanto a que no pueden afectar derechos o facultades de las partes reconocidas por la Constitución Nacional, por las leyes o por las normas convencionales vigentes" (folio 91).

Pero, no obstante su afirmación inicial de tener origen legal las "limitaciones precisas" que tienen los árbitros al profirir el laudo, seguidamente agrega que "jurisprudencialmente se han señalado otras restricciones" (folio 91), las que para el sindicato están expresadas en la sentencia de 19 de julio de 1982 y que serían las siguientes: a) imposibilidad de modificar situaciones jurídicas laborales o contratos individuales de trabajo expirados legalmente antes de iniciarse el conflicto colectivo; b) im-

posibilidad de variar situaciones jurídicas subjetivas que se consolidaron conforme a las normas de la convención o laudo denunciados hasta el día señalado para su duración; c) imposibilidad de revisar situaciones jurídicas subjetivas o contratos de trabajo que se liquidaron y terminaron válidamente después de la presentación del pliego; d) imposibilidad de variar derechos y facultades de origen convencional fundados en estipulaciones de la contratación colectiva respecto de las cuales no se propuso revisión en el pliego de peticiones; y e) imposibilidad de variar derechos y facultades consagrados en la convención o la ley "cuya normatividad autónoma conserva su vigencia independientemente de la solución que tenga el conflicto colectivo, que tiene por objeto regular la contratación laboral en distintas empresas vinculadas a determinada región por oficios o ramas de actividad económica" (folio 93).

Aunque para el sindicato el fallo arbitral "es un acto de naturaleza eminentemente jurisdiccional" (folio 93), afirma que respecto de los puntos que no han sido materia de acuerdo en las etapas precedentes, puede "llenar el objetivo de una convención colectiva", por cuanto impone la paz social entre las partes en conflicto y "crea impersonalmente para ellas la nueva normatividad, esto es, verdadero derecho objetivo que mejorando el mínimo de la ley, habrá de regular dentro de su vigencia los contratos individuales en la empresa" (*ibidem*).

Manifiesta que acoge "el planteamiento del jurista Ernesto Pinilla Campos", quien, al decir de la organización sindical, "con otros doctrinantes colombianos" sostiene que "lo pactado en una convención colectiva constituye un derecho adquirido por los trabajadores y que por lo tanto los patronos no tienen la posibilidad de denunciarlo con el objeto de disminuir o suprimir lo allí pactado" (folio 93), para concluir aseverando que "es evidente que la decisión mayoritaria de los árbitros respecto a modificar la cláusula decimocuarta sobre asistencia médica (...) deberá ser anulada por afectar de un lado derechos y facultades de origen convencional, variando situaciones jurídicas subjetivas que se consolidarán conforme a las citadas normas convencionales y cuya revisión no se propuso en el pliego de peticiones presentado por los trabajadores, razones por las cuales, son norma(sic) que no pueden ser objeto de sustitución o de cambio" (folios 93 y 94).

Aduce la organización sindical que un conflicto económico debe solucionarse en equidad, esto es, "en igualdad de ánimo o justicia natural en oposición a la letra de la ley positiva" (folio 94) y que, por consiguiente, "es la justicia del caso concreto la que debe prevalecer en la decisión arbitral y no la argumentación jurídica que adujo el tribunal para modificar la cláusula decimocuarta (...), afirmando en el primer caso que tales servicios incumben prestarlos a la E.P.S. a la que cada trabajador esté afiliado y a la que tanto él como la empleadora esté cotizando" (*ibidem*); y dice que si se aceptara como argumento para modificar la cláusula convencional sobre servicios médicos la alusión que hizo el tribunal a la Ley 100 de 1993, en el sentido de que la misma entró a regular tal aspecto,

habría que concluir que todas las convenciones colectivas son injustas porque otorgan beneficios que no tienen los trabajadores a quienes no ampara la convención, camino por el que se llegaría a desconocer la posibilidad de obtener beneficios superiores al mínimo de derechos consagrados en la legislación laboral colombiana, por medio de tales convenios.

Sostiene que "en términos económicos", la única motivación de la Clínica Medellín para que se modificara dicha cláusula de la convención fue la de entrar en el negocio de vender sus servicios a diferentes empresas prestadoras de salud, por lo que afirma que la solución dispuesta por los árbitros no es equitativa porque "la mayor ganancia económica que la Clínica obtendría conlleva el desmejoramiento del servicio de salud para la familia de los trabajadores y el mantener la cláusula convencional no afecta la estabilidad económica de la Clínica quien ha estado recuperando los costos de esta(sic) prestándole al trabajador el valor de la cuenta para que esta(sic) una vez con la factura cancelada, reclame al I.S.S. su reembolso" (folio 95).

Finaliza esta parte de su argumentación con el párrafo que a continuación se copia textualmente: "La esencia de esta cláusula de Servicio Médico, no es solamente destinar una cuantía de descuento sobre los copagos que se pagan por la atención de los beneficiarios, sino que los trabajadores de la clínica tengan alguna prerrogativa por laborar allí y esta sería: Que la prestación del servicio de salud para sus familiares sea real y eficaz y no esté sujeta a las limitaciones que se presentan por el cambio frecuente que adelanta la Clínica Medellín en cuanto a forma de contratación con las EPS y la escasa cobertura de algunas que sólo atienden las 'urgencias vitales' esto es, sólo cuando se corre el riesgo inminente de muerte" (folio 95).

CONSIDERA LA CORTE

Dado que la argumentación del sindicato recurrente para sustentar la inexecutable del fallo arbitral en cuanto modificó lo regulado en la convención colectiva sobre la "asistencia médica" a los familiares de los trabajadores, se contrae a la afirmación de haber afectado derechos reconocidos en normas convencionales vigentes, desconociendo la jurisprudencia sentada en sentencia de 19 de julio de 1982, para responder a dicho planteamiento bastaría invocar el artículo 230 de la Constitución Política, que claramente dispone que la jurisprudencia es apenas un criterio auxiliar y no tiene el imperio de que está dotada la ley.

Sin embargo, considera pertinente la Corte reiterar que el artículo 143 del Código Procesal del Trabajo, de manera expresa, establece que la competencia que tiene la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en tanto es el órgano jurisdiccional que asumió la competencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, dentro del denominado por la ley recurso de homologación, se limita a verificar la regularidad del laudo y a declararlo executable, "confinándole fuerza de sentencia, si el tribunal de ar-

bitramento no hubiere extralimitado el objeto para el cual se le convocó, o lo anulará en caso contrario", para decirlo con las propias palabras de la ley.

Y es más, tampoco del artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo, cuyo texto no es claro, a diferencia del anterior, resulta que la "jurisprudencia" tenga carácter imperativo para los árbitros al decidir sobre los puntos respecto de los cuales no se haya producido acuerdo entre las partes en la etapa previa de arreglo directo, lo preceptuado por la norma es que el fallo de los árbitros "no puede afectar derechos o facultades de las partes reconocidos por la Constitución Nacional, por las leyes o por las normas convencionales vigentes".

No huelga anotar que jurisprudencialmente se ha precisado el genuino sentido y significado de dicha norma, puesto que una interpretación de la disposición con estricta sujeción a su tenor literal haría nugatorio el proceso de negociación colectiva y dejaría sin competencia práctica alguna el tribunal de arbitramento; pero por ser este un punto de derecho sobre el cual existe ya una doctrina pacífica, a ella se remite en esta ocasión la Sala sin necesidad de reproducir alguno de los fallos en los que se ha puntualizado el verdadero alcance del artículo 458.

Aun cuando lo dicho sería suficiente para desestimar una solicitud de anulación del laudo que se basa en una supuesta violación de lo resuelto en la sentencia de 19 de julio de 1982, conviene precisar que al regular lo atinente a la asistencia médica para familiares de los trabajadores el tribunal de arbitramento no modificó situaciones jurídicas laborales o contratos individuales de trabajo que hubieran expirado antes de iniciarse el conflicto, como tampoco alteró situaciones jurídicas subjetivas consolidadas de acuerdo con normas convencionales vigentes antes de proferirse el laudo.

Y en cuanto a la alegada imposibilidad de modificar mediante un laudo derechos o facultades de origen convencional fundados en estipulaciones de la contratación colectiva respecto de las cuales no se propuso revisión en el pliego de peticiones, es pertinente destacar que con posterioridad a la sentencia de 1982, invocada por el Sindicato de Trabajadores de la Clínica Medellín, la Corte adoptó un criterio diferente, como quedó plasmado en el fallo de homologación de 4 de marzo de 1997 (Rad. 9687), sentencia en la que se abrió la posibilidad de que los tribunales de arbitramento examinaran aspectos de la convención colectiva de trabajo sobre los cuales el patrono hubiera presentado y concretado denuncia "cuando la agremiación sindical, sin razones válidas, se abstiene de discutir tal denuncia".

Para responder al argumento del sindicato sobre este específico punto de derecho, resulta pertinente reproducir aquí la orientación jurisprudencial acogida en la sentencia de 4 de marzo de 1997, en la que respecto del tema de las facultades de un tribunal de arbitramento obligatorio, dijo la Corte lo siguiente:

"Significa lo anterior, que en sentido estricto la jurisprudencia ha reconocido efectos concretos a la denuncia que de la convención colectiva hace el

empleador y ello es consecuente con la naturaleza jurídica de tal figura, que corresponde a un derecho de las partes intervinientes en la contratación colectiva, y a la esencia de dicha contratación que supone básicamente la negociación sobre las condiciones que han de regir los contratos de trabajo de los trabajadores vinculados a la misma.

"Se trata de un proceso, regulado por la ley, con objetivos de interés para todos los intervinientes en la negociación, dentro del marco de conservar y mejorar la fuente de trabajo y las condiciones dentro de las cuales se ha de desarrollar el mismo durante la vigencia del pacto o la convención correspondiente, alimentado por el aporte que con tal propósito hagan empleadores y trabajadores durante las conversaciones que deben desarrollar en procura de depurar un acuerdo.

"Corresponde entonces a un proceso de diálogo que se inicia formalmente solo con la presentación del pliego de peticiones por parte de los trabajadores consecuente con la denuncia que deben hacer para señalar su propósito de finalizar el acuerdo vigente, proceso dentro del cual resultan legítimas y admisibles las consideraciones y posturas que el empleador expresa tanto sobre el conjunto de peticiones de los empleados como sobre el convenio vigente susceptible de modificaciones y adiciones, respecto de lo cual debe orientar su postura partiendo de la denuncia a la que tiene derecho y en la que debe señalar en forma concreta y sustentada los aspectos pertenecientes al régimen convencional vigente que estima necesario reestudiar.

"Aunque el empleador con su denuncia de la convención o pacto no genera el inicio del conflicto colectivo, le asiste derecho a vincular sus inquietudes al desarrollo del mismo y a que sean atendidas por su interlocutor razonablemente sus aspiraciones y argumentaciones para que esa relación dialogal alcance la dimensión bilateral, o plurilateral en ocasiones, que es propia de una relación contractual en la que los intervinientes tienen claramente la condición jurídica de sujetos para la misma.

"La negociación colectiva se nutre del aporte de los intervinientes en ella y se materializa con el acuerdo que de allí surja, por lo que las otras soluciones, huelga o arbitramento, deben concebirse solo como medidas extremas".

Dicha orientación fue reiterada en la sentencia de homologación de 8 de febrero de 1999 (Rad. 11672).

En relación con este tema de la denuncia por parte del empleador y las facultades de los tribunales de arbitramento, también resulta pertinente anotar que en providencia de 4 de julio de 1997 se explicó por la Corte que el artículo 11 de la Ley 100 de 1993 facultó a los árbitros "para articular y armonizar el nuevo sistema con la contratación colectiva, aun cuando solamente en la denuncia del empleador se hubiera hecho referencia a esos puntos" (Gaceta Judicial, Tomo CCL, pág. 42). Criterio ya expresado en sentencias de 4 de diciembre de 1995 (Rad. 6974) y 8 de julio de 1996 (Rad. 8989).

Como razones adicionales para desestimar la solicitud del sindicato de que se anule en esta parte el fallo arbitral, cabe anotar que tratándose de conflictos económicos entre patronos y trabajadores, de cuya tramitación se excluyó a la jurisdicción del trabajo, el fallo arbitral que pone fin al conflicto no debe ser asimilado a una sentencia judicial, pues, por ministerio de la propia ley, "tiene el carácter de convención colectiva en cuanto a las condiciones de trabajo", conforme textualmente lo establece el artículo 461 del Código Sustantivo del Trabajo y como igualmente lo dispuso en su momento el artículo 46 de la Ley 6a. de 1945, que con similar redacción estatuyó que "las decisiones arbitrales sobre conflictos colectivos de trabajo tienen la misma fuerza de las convenciones colectivas".

Es por ello que debe entenderse que lo previsto en el Código Procesal del Trabajo, especialmente en los artículos 136, 137 y 140, sólo es aplicable a los laudos proferidos por tribunales de arbitramento voluntario surgidos de una cláusula compromisoria para resolver conflictos jurídicos, porque en tal clase de controversias los litigantes sustraen al conocimiento del juez natural el asunto para que la decisión sea tomada por árbitros que están obligados a fallar en derecho. Es por este motivo que el laudo debe "acomodarse en lo posible a las sentencias que dictan los jueces en los juicios del trabajo"; y cuando fuere el caso se "aplicará el artículo 1219 del Código Judicial", que corresponde al ordinal 5º del artículo 670 del Código de Procedimiento Civil; y que el fallo hace tránsito a cosa juzgada. Todo ello porque se trata de un conflicto jurídico en el cual los árbitros no crean nuevas normas jurídicas sino que aplican las vigentes.

En cambio, cuando se trata de conflictos de intereses o naturaleza económica, el fallo arbitral se equipara a una convención colectiva, y, por lo mismo, tiene la naturaleza de una norma objetiva que regula hacia el futuro las relaciones contractuales. Es por eso que el "arbitrador" --así llamado por alguna parte de la doctrina para distinguirlo del "árbitro"-- sustituye a las partes en conflicto en la creación y manifestación de una voluntad contractual, estableciendo una norma de carácter general y no particular. Y precisamente porque se trata de crear una norma jurídica para regular en abstracto y de manera genérica situaciones futuras, y no de un fallo dictado para zanjar un concreto y específico pleito, no puede considerarse que la convención colectiva de trabajo o el fallo arbitral (que se lo equipara en cuanto regula de manera general las condiciones que regirán los contratos de trabajo en la empresa durante su vigencia) constituyan, como normas objetivas que son, un "derecho adquirido".

Se sigue de lo anterior que carece de fundamento la solicitud del sindicato de que se anule lo decidido en el laudo arbitral sobre "asistencia médica".

2. Semana con destino al sindicato.

Para el Sindicato de Trabajadores de la Clínica Medellín el laudo arbitral abolió la cláusula vigésima cuarta de la convención colectiva suscrita el 22 de abril de 1997.

Dos son los argumentos que expresa en relación con este específico punto, y el primero es del siguiente tenor: "...sin conocer en el laudo arbitral cuáles fueron las razones de los árbitros para acceder a abolir la cláusula vigesimocuarta: semana con destino al sindicato, tratándose de una norma convencional que sólo aparece en la denuncia patronal y no en el pliego de peticiones y que en términos de justicia y equidad no afecta para nada el patrimonio de la empresa puesto que esos dineros salen de los salarios de los trabajadores. La norma abolida afecta gravemente los intereses de la organización sindical en cuanto se ve privada de unos recursos necesarios para su funcionamiento" (folio 94); y el segundo, que es una reiteración del primer planteamiento, lo constituye el aserto de que "...no debió ser objeto de la denuncia patronal porque económicamente en nada los afecta y mucho menos debió ser abolida por el tribunal de arbitramento, quien está obligado a proferir el laudo arbitral en justicia y equidad y no puede violar derechos adquiridos convencionalmente. Además, el laudo reemplaza materialmente la convención colectiva y si tenemos en cuenta que esa norma convencional no podía ser denunciada por los patronos y no fue incluida en el pliego de peticiones de los trabajadores se entiende que sigue vigente como ocurre con todas las demás normas convencionales que no fueron incluidas en el pliego ni en la denuncia" (folio 95).

CONSIDERA LA CORTE

Para responder los argumentos del recurrente basta decir que el laudo no abolió expresamente la cláusula vigesima cuarta de la convención colectiva suscrita el 22 de abril de 1997, y con vigencia para el bienio comprendido entre ese año y 1999, pues la única consideración del tribunal de arbitramento al respecto fue la de "haberse agotado su vigencia" (folio 76), conforme quedó textualmente dicho en el fallo arbitral.

Si en una convención colectiva de trabajo cuya vigencia temporal corresponde al bienio comprendido entre los años de 1997 y 1999, se estipula como una obligación del empleador con la organización sindical la de entregarle el "valor de la primera semana de aumento de salarios pactado (...) como contribución de todos los beneficiados de la convención colectiva de trabajo" y que de igual manera "procederá respecto de la primera semana del aumento de salarios pactado en la convención colectiva que se haga por el segundo período de vigencia de la convención colectiva", es apenas razonable concluir que se trató de un compromiso que no puede ser visto como la consagración de un derecho intemporal en favor del sindicato.

Por lo demás, debe tenerse en cuenta que habiendo sido necesario resolver el conflicto económico mediante un tribunal de arbitramento obligatorio, porque las partes enfrentadas no pudieron llegar a un acuerdo que les permitiera celebrar el convenio normativo de condiciones generales de trabajo, se mostraba discutible que esa cláusula conservara su vigencia.

Empero, lo que verdaderamente interesa a los efectos del recurso es el hecho de que el tribunal de arbitramento no hizo otra cosa distinta a considerar que la cláusula vigesima cuarta de la convención colectiva "se encuentra desaparecida por haberse agotado su vigencia", sin que específicamente se hubiera ocupado en el fallo arbitral del punto, por lo que se impone concluir que se muestra totalmente infundada la solicitud del Sindicato de Trabajadores de la Clínica Medellín de que se anule el laudo por la supuesta abolición de dicha cláusula convencional.

III. EL RECURSO DE LA EMPLEADORA

Al igual que con la impugnación del sindicato, se estudiarán cada uno de los cargos específicos que la Clínica Medellín le hizo al fallo dictado el 7 de septiembre de 1999, tomando en consideración para ello tanto los argumentos que expresó al interponer el recurso de homologación como los que expuso aquí ante la Corte.

Lo pretendido por esta recurrente es la anulación de lo dispuesto en el laudo sobre incremento salarial, deportes, exámenes médicos de ingreso y egreso, asistencia médica y favorabilidad de la convención. También pide la Clínica de Medellín que se "declare la ilegalidad de la cláusula segunda de la convención colectiva de trabajo, en lo referente a los contratos de trabajo" (folio 102) y que se "remita el proceso a los árbitros para que se resuelva el tema de los antojos y auxilio al sindicato" (ibídem), tal cual está solicitado en el correspondiente memorial.

1. Deportes

Los argumentos de la sociedad anónima recurrente para solicitar la anulación del fallo arbitral por este aspecto son dos, a saber: el primero, que lo relacionado con los "deportes" no fue un tema objeto de discusión durante la etapa de autocomposición del conflicto; el segundo, que "la redacción es ambigua" por no haberse tenido en cuenta que "no hay norma anterior en la convención, en el reglamento interno de trabajo, ni en los contratos laborales, creando así una prestación abstracta frente a la cual no hay referencia para su cumplimiento, la costumbre no es norma jurídica vinculante" (folio 37), conforme está textualmente dicho por la Clínica Medellín.

En el memorial en que amplía las razones que sustentan el recurso de homologación la recurrente reitera estos mismos argumentos, agregando que "surgen demasiadas inquietudes en esta cláusula ilegal", relacionadas con el número de equipos, la calidad del uniforme, el tiempo para el entrenamiento, el pago de la inscripción al torneo "u otra inquietud que nazca al intérprete de la norma".

CONSIDERA LA CORTE

En cuanto hace al argumento de no haber sido discutido el asunto en la etapa del arreglo directo, para desestimarlos es suficiente anotar que

Este fue un expreso reclamo de la organización sindical en el pliego de peticiones, por lo que la circunstancia de que no se haya discutido expresamente el punto durante la etapa de arreglo directo no hace anulable el laudo, en la medida en que al no haberse logrado un acuerdo en torno a la petición, quedó el asunto incluido dentro de las divergencias que enfrentaban al sindicato y a la empleadora que debían obligatoriamente ser resueltas por el tribunal, pues para ello precisamente fue convocado.

Y en lo que hace a la supuesta o real oscuridad de la cláusula y las inquietudes que pueda suscitar la defectuosa redacción del fallo arbitral argüida por la clínica, bastará decir que las controversias sobre aplicación de normas generan conflictos de índole jurídica sometidos al conocimiento de los jueces del trabajo, y, por consiguiente, excluidos del limitado control de legalidad que ejerce la Corte en este recurso extraordinario.

En consecuencia, se homologará por este aspecto el laudo impugnado.

2. Favorabilidad de la convención

Argumenta la Clínica Medellín que la convención colectiva de trabajo no es "contrato para repetir la ley" (folio 94), debiendo las partes celebrantes interpretar lo convenido "para cumplirlo de manera espontánea" (ibídem), por lo que la favorabilidad de la aplicación de normas no resulta de lo consagrado en la convención sino de lo dispuesto por el Código Sustantivo del Trabajo en los artículos 1º, 18, 19, 20 y 21.

CONSIDERA LA CORTE

Aun cuando es cierto que la convención colectiva de trabajo no tiene porque repetir la ley, de dicha premisa verdadera no puede lógicamente concluirse que sea ilegal una cláusula que se limita a repetir algo que expresamente ha previsto el legislador.

A lo sumo puede calificarse de superflua la cláusula convencional que repite la ley; mas, por obvias razones, no podría ser ilegal; como no lo es un fallo arbitral que innecesariamente consagra algo que de manera explícita dispone el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo. Se homologará entonces lo decidido en el laudo respecto de la favorabilidad de la convención.

3. Aumento de salarios

La única razón aducida por la empleadora es la de haber asumido los árbitros una competencia que no tenían, porque, según ella, no fue discutido durante la etapa de arreglo directa el "párrafo segundo" que dispone que "devengarán el salario correspondiente al nuevo cargo a partir del día de terminación del período de prueba" los trabajadores que sean ascendidos a nuevos cargos, "según lo establece la cláusula de carrera administrativa".

CONSIDERA LA CORTE

Para redargüir el argumento de la Clínica de Medellín basta con leer la copia del pliego de peticiones que obra al folio 7 del expediente, pues allí figura pedido como parágrafo de la 'cláusula decimaséptima - aumento salarial' exactamente lo concedido por el tribunal de arbitramento.

Ello significa que, con independencia de que se haya o no discutido durante la etapa de arreglo directo el tema, sin lugar a dudas se trataba de una cuestión propia del conflicto colectivo y cuya solución correspondía resolver al tribunal, que fue convocado para que dirimiera los aspectos del conflicto que no habían sido solucionados por las partes durante la etapa de arreglo directo.

Habrá de homologarse por consiguiente esta decisión del fallo arbitral.

4. Asistencia médica.

Para la Clínica Medellín los árbitros al decidir este tema no cumplieron con el deber de armonizar la convención colectiva de trabajo con la legislación de la seguridad social, "ya que --asi está dicho-- en la forma como lo acogen los mandatos de los(sic) artículos(sic) 187 de la Ley 100 de 1993, los Acuerdos del Consejo de Seguridad Social en Salud, 30 de 1996, 57 de 1997, y el Decreto Reglamentario 806 de 1998" (folio 98).

Según la recurrente, las cuotas moderadoras a cargo del afiliado cotizante y los "copagos" están consagrados como un aporte a cargo del usuario por el servicio de seguridad social de forma general y no, como lo hicieron aquí los árbitros, "parcelando para cada servicio una cuota moderadora" (folio 98), por lo que afirma que esta determinación antes que una fuente formal de derecho clara para las partes, "lo que logró fue crear polarización y confusión en la administración de esta prestación social" (ibidem).

También asevera que se está estableciendo un costo adicional para ella y para el trabajador, beneficiando exclusivamente a la empresa prestadora de salud a la cual se encuentre éste afiliado, subidiándola a ella al asumir los gastos y costos que le corresponden, además de haber olvidado los árbitros que a las tarifas del plan obligatorio de salud y de la seguridad social en general "no se aplica ningún tipo de descuentos" (folio 99).

CONSIDERA LA CORTE

Respecto de lo resuelto en el laudo sobre la asistencia médica a familiares de los trabajadores, interesa anotar que el sindicato igualmente pidió que no se homologara en esta parte el fallo del tribunal de arbitramento aduciendo el carácter de derecho adquirido de la cuestión y el desconocimiento de las restricciones señaladas en una sentencia de 19 de julio de 1982.

Por su parte la Clínica Medellín solicita que se anule el laudo porque los árbitros no cumplieron con el deber de armonizar la convención colectiva con la legislación de seguridad social, afirmación que resulta insubsistente por ser cierto que sobre la cuestión se pronunció expresamente el tribunal.

En efecto, en el fallo arbitral aparece dicho lo siguiente:

"En cuanto a los temas de la denuncia presentada por la empresa, se convino por mayoría acoger el relacionado con la asistencia médica que contempla la convención colectiva en la cláusula decimocuarta, en consideración a que no se justifica que en la actualidad la Clínica esté obligada a suministrar tales beneficios en la forma que consagra la mencionada norma convencional, pues de quedar vigente ésta se produciría una protuberante injusticia si se tiene en cuenta que de conformidad con las normas que sobre el particular contempla la Ley 100 de 1993, tales servicios incumbe prestarlos a la EPS a la que cada trabajador esté afiliado y a la cual tanto él como la empleadora están cotizando; en este sentido los representantes de la Clínica en la audiencia celebrada con el Tribunal, propusieron cambiar la disposición convencional por la creación de un fondo, no acumulable, para contribuir al pago de las cuotas moderadoras y de los copagos causados por la atención a los usuarios del sistema de salud, por lo tanto en la parte resolutive se incorporará la norma que entre a sustituir la convencional..." (folio 71).

Y consecuente con esta motivación decidieron el punto mediante la fórmula que a continuación se copia al pie de la letra:

"Los trabajadores de la Clínica Medellín S.A., inscribirán a sus familiares a una E.P.S. y la clínica cubrirá el monto de los copagos y de las cuotas moderadoras que se lleguen a causar por los servicios prestados a dichos familiares en los porcentajes y para los eventos que allí se contemplan:

"a- El 85% de los copagos o de las cuotas moderadoras, por hospitalización, hasta por doce (12) días, en pieza individual sencilla con baño. El 80% del copago por derechos de cirugía y por recuperación. El 50% del copago por materiales de curación (incluyendo todos los materiales que se requieran para la aplicación de drogas y procedimientos de cirugía, tales como: guantes, jeringas, jabón, sondas, equipos etc.) [sic] gasa y droga.

"En caso de que el trabajador prefiera la hospitalización en pieza individual más costosa, pagará el excedente a que haya lugar.

"b- El 55% del copago o de la cuota moderadora, por concepto de la droga (equipos, material de curación, y otros materiales que se requieran para la aplicación de la droga) que se le suministre durante la hospitalización.

"c- El 100% de la cuota moderadora por la consulta de servicio de urgencias. El 70% del copago por el valor de las drogas (se incluye la

sangre y oxígeno, equipos, material de curación y otros materiales que se requieran para la aplicación de la droga que se suministre en la consulta.

"d- El 55% del copago o la cuota moderadora en laboratorio, rayos X y consulta de especialista (urgencias, hospitalización y consulta).

"e- El 55% del copago o de la cuota moderadora, en escanografía incluyendo medios de contraste y en medicina nuclear (exámenes). El 35% del copago o la cuota moderadora, en resonancia magnética, incluyendo también el medio de contraste.

"f- El 35% del copago del valor de la cama día en unidad de cuidados intensivos (incluida la conexión a aparatos), con un máximo de hasta por cinco (5) días.

"g- El 30% del copago o de las cuotas moderadoras por exámenes y procedimientos de cardiología, hemodinamia, cirugías cardiovasculares, incluyendo medios de contraste, aparatos, drogas, equipos, materiales, exámenes, transfusiones(sic) etc.

"h- El 30% del copago o de las cuotas moderadoras en hospitalización en las unidades de cuidados coronarios y unidad de cuidados cardiovasculares incluyendo todos los aparatos, drogas, equipos, materiales, exámenes, transfusiones etc.

"i- El 30% del copago o de las cuotas moderadoras en los cargos de anestesia que se generen de cualquier procedimiento y/o(sic) cirugías.

"Parágrafo 1º: En caso de enfermarse un trabajador estando dentro de su jornada laboral tendrá derecho a ser atendido en el servicio de urgencias de la Clínica Medellín S.A., la consulta no tendrá ningún costo para el trabajador. La Clínica Medellín concederá un descuento del 50% en los medicamentos utilizados en dicho servicio.

"Parágrafo 2º: Para la hospitalización se excluyen los servicios de psiquiatría y maternidad. Se entiende por hospitalización los días de cama paciente.

"Parágrafo 3º: Los descuentos se harán sobre el excedente que le corresponda pagar al trabajador, después de efectuado cualquier otro descuento por cualquier razón o concepto que tuviese derecho. En caso de abonos a la cuenta efectuados por terceros, si hay lugar a la distribución de una cifra global, esta se hará proporcionalmente entre todos los conceptos contenidos en el documento donde consten los copagos o las cuotas moderadoras.

"Parágrafo 4º: En caso de que al momento del ingreso del paciente beneficiario, la clínica no disponga de la habitación sencilla, se efectuará la hospitalización provisional en otra habitación y se trasladará a la habitación correspondiente, una vez se disponga de la misma" (folios 74 a 76).

El texto de la cláusula decimocuarta de la convención colectiva era el siguiente:

"La Clínica Medellín reconocerá por asistencia médica a los padres de los trabajadores que dependan económicamente de ellos, a su cónyuge o compañero (a) permanentemente reconocido (a) legalmente, uno de estos beneficiarios excluye al otro, hijos, o a los hermanos solteros que dependan económicamente de ellos, lo siguiente:

"a. 85% de descuento del valor de la habitación hasta por doce (12) días, en pieza individual sencilla con baño en la Clínica Medellín S.A.; 80% de descuento del valor de los derechos de cirugía y también 80% de descuento del valor de recuperación. En materiales de curación (incluyendo también todos los materiales que se requieran para la aplicación de drogas y procedimientos de cirugía, tales como: guantes, jeringas, jabón, sondas, equipos, etc.) y gasa y droga en cirugía, se reconocerá también un descuento del 50%.

"En caso de que el trabajador prefiera la hospitalización en pieza individual más costosa, pagará el excedente, una vez efectuado el descuento, como si hubiera estado en pieza individual sencilla.

"b. El 55% de descuento en el valor de la droga (equipos, material de curación, y otros materiales que se requieran para la aplicación de droga) que se suministre en la Clínica Medellín durante la hospitalización.

"c. El 100% de descuento en la consulta del servicio de urgencias y el 70% en el valor de las drogas (se incluye la sangre y oxígeno, equipos, material de curación y otros materiales que se requieran para la aplicación de la droga) que se le suministre en la consulta. Se entiende que sean servicios de urgencias y prestados en la Clínica Medellín.

"d. El 55% de descuento en laboratorio, rayos X y consulta de especialista (urgencias, hospitalización y consulta), siempre y cuando se trate de médicos socios de la clínica y/o (sic) médicos que presten servicios de urgencias autorizados por la Clínica.

"e. En escanografía incluyendo medios de contraste y en medicina nuclear (exámenes) un 55%. En resonancia magnética un 35% incluyendo también el medio de contraste.

"f. En el valor de la cama día en la unidad de cuidados intensivos (incluida la conexión a aparatos) un descuento del 35% con un máximo de hasta por cinco (5) días.

"g. Para los exámenes y procedimientos de cardiología, hemodinamia, cirugías cardiovasculares un descuento del 30% incluyendo medios de contraste, aparatos, drogas, equipos, materiales, exámenes, transfusiones, etc.

"h. El 30% de descuento en hospitalización en las unidades de cuidados coronarios y unidad de cuidados cardiovasculares incluyendo todos los aparatos, drogas, equipos, materiales, exámenes, transfusiones, etc.

"i. El 30% de descuento en los cargos de anestesia que se generan de cualquier procedimiento y/o(sic) cirugías.

"j. En caso de enfermarse un trabajador estando dentro de su jornada laboral tendrá derecho a ser atendido en el servicio de urgencias de la Clínica Medellín S.A. la consulta no tendrá ningún costo para el trabajador. La Clínica Medellín concederá un descuento del 50% en los medicamentos utilizados en dicho servicio.

"Parágrafo Primero: Para la hospitalización se excluyen los servicios de psiquiatría y maternidad. Se entiende por hospitalización los días de cama paciente.

"Parágrafo Segundo: Los descuentos se harán sobre el excedente que le corresponda pagar al trabajador, después de efectuado cualquier otro descuento por cualquier razón o concepto que tuviese derecho. En caso de abonos a la cuenta efectuados por terceros, si hay lugar a la distribución de una cifra global, esta se hará proporcionalmente entre todos los conceptos contenidos en la factura.

"Parágrafo Tercero: En caso de que al momento del ingreso del paciente beneficiario, la clínica no disponga de la habitación sencilla, se efectuará la hospitalización provisional en otra habitación y se trasladará a la habitación correspondiente, una vez se disponga de la misma" (páginas 27 a 32 de la convención colectiva de trabajo 1997-1999 -folio 1).

Con un simple cotejo se advierte que los árbitros modificaron la cláusula para cambiar la previsión de conceder un descuento porcentual del valor a cargo exclusivo de la Clínica Medellín, por la expresión "copago o de las cuotas moderadoras" en igual porcentaje; debiendo los trabajadores inscribir a sus familiares en una empresa prestadora de servicios de salud para que la empleadora cubra "el monto de los copagos y de las cuotas moderadoras que se llegaren a causar por los servicios prestados a dichos familiares".

Aun cuando bien podrían haber realizado la labor de armonización adoptando la propuesta de la Clínica Medellín, no existe ningún fundamento legal para concluir que la fórmula adoptada en el laudo contraría lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 100 de 1993.

Síguese de lo anterior que habrá de homologarse el fallo arbitral por el aspecto relacionado con la asistencia médica.

5. Exámenes médicos de ingreso y egreso

Funda su solicitud de anulación de esta parte del laudo en el argumento de ser irrelevante "para efectos de responsabilidades económicas de atención o la de renuncias", los exámenes médicos de ingreso y de retiro, pues, según la recurrente, la seguridad social asumió lo relativo a los riesgos profesionales y de salud, así como las pensiones, "por lo que sólo queda como integrante del plan de seguridad industrial u ocupacional en los términos de los artículos 343(sic) a 352 del C.S.T. y Decreto

Reglamentario 614 de 1984 y la Resolución 1016 de 1989" (folio 99), por lo que dice que en este punto "los árbitros antes de(sic) resolver la denuncia sobre la seguridad social lo que hicieron fue imponerle otra carga a la administración del recurso humano, máxime que el tema hoy es inocuo, tal y como acaba de expresar en reciente jurisprudencia la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia" (ibidem).

CONSIDERA LA CORTE

Que no cause daño la práctica de los exámenes médicos de ingreso y retiro del trabajador --o como lo dice la recurrente, que hoy el tema sea "inocuo"-- es asunto ajeno a los alcances del control del laudo que realiza la Corte, y el cual, en los expresos términos del artículo 143 del Código Procesal del Trabajo, está restringido a verificar su regularidad para declararlo exequible, confiriéndole fuerza de sentencia, si el tribunal no hubiere extralimitado el objeto para el cual se convocó, o para anularlo en caso de que haya decidido cuestiones no indicadas en el "decreto de convocatoria".

Esta razón sería suficiente para no atender los reparos que al fallo arbitral hace la Clínica Medellín; pero adicionalmente cabe anotar que la obligación de entregarle copia del examen médico al comenzar a trabajar o al retirarse el trabajador, dependerá de que la misma empleadora "decida practicar examen de ingreso". Esto significa que si para ella el examen médico es innecesario, le bastará con decidir que no lo hace practicar al trabajador dicho examen cuando lo vincula inicialmente.

Sin embargo, el verdadero motivo para no acceder a la solicitud de anulación se funda en la circunstancia de no ser ilegal bajo ningún respecto la determinación de obligar a la clínica a entregarle copia del examen de ingreso al trabajador, al igual que del examen médico de retiro "a todos aquellos trabajadores a quienes se les haya practicado examen de ingreso" (folio 74).

6. Contratos de trabajo

En los textuales términos del memorial en que se sustenta el recurso, la inconformidad de la recurrente se funda en el hecho de que "nada dijeron los árbitros para dejar la cláusula como estaba en la convención colectiva de trabajo que fue denunciada" (folio 100); determinación del tribunal de arbitramento que se basa, al decir de la Clínica Medellín, en "la creencia o formación(sic) en los árbitros que lo escrito en la convención es algo inamovible(sic), hacia el futuro" (folio 100), lo que califica como "una gran equivocación ya que la convención colectiva de trabajo, --así está dicho-- es una ley de aplicación especial y temporal, que tiene como finalidad fijar las condiciones que rigen los contratos de trabajo durante su vigencia" (ibidem).

También arguye la recurrente que "no es facultad de la voluntad colectiva al celebrar la convención colectiva de trabajo derogar o subrogar las normas que rigen la modalidad de cada contrato de trabajo, como aquí

se realizó por quienes suscribieron la anterior convención, pues derogaron la regulación del contrato a término fijo para esta empresa, y limitan la autonomía individual de contratación laboral (artículos 1º, 5º, 11, 13, 14, 37 y 46 del C.S.T. modificado éste por la Ley 50 de 1990 artículo 3º) (folio 100).

CONSIDERA LA CORTE

Debe la Corte precisar que el control de legalidad que ejerce por razón del llamado recurso de homologación no se extiende a las cláusulas contenidas en las convenciones colectivas de trabajo, pues está restringido únicamente a lo que se haya resuelto en el laudo impugnado; de manera que la petición que hace al sustentar la impugnación de que sea "declarada ilegal la cláusula segunda de la convención colectiva de trabajo vigente en la Clínica Medellín" (folio 101) carece de fundamento legal.

No significa lo anterior que una norma contenida en una convención colectiva de trabajo que pudiera ser lícita o ilegal por cualquier aspecto sea intangible y deba por fuerza ser cumplida: ocurre, empero, que la declaración judicial de ineficacia o ilegalidad de la cláusula convencional debe ser el resultado de un proceso ordinario laboral, dada la índole jurídica del conflicto, y no consecuencia del control de legalidad que la Corte realiza en el recurso de homologación.

7. Antejos

En cuanto a este específico punto la Clínica Medellín aduce que "ningún razonamiento efectuaron los árbitros para concederlo o negarlo y no dicen si queda como estaba en la anterior convención o lo regulan de nuevo" (folio 101), cuando ella al denunciar la cláusula solicitó que se armonizara con en el artículo 11 de la Ley 100 de 1993, pues el cubrimiento de la seguridad social debe ser integral, porque, de lo contrario, "se estaría pagando dos veces por un mismo hecho, no sólo por parte de la empresa, sino también por el trabajador, pues aunque esta cláusula consagra un auxilio, parte del mismo es por el trabajador" (folio 101), con lo que se estaría subsidiando a las entidades de la seguridad social encargadas de cubrir este tipo de operaciones.

Fide que se devuelva el expediente para que se resuelva el punto, porque afirma que se trató de un tema "frente al cual guardaron total silencio los árbitros creadores de derecho" (folio 101) y "el silencio no es la solución" (Ibídem).

CONSIDERA LA CORTE

Es infundado el aserto de la recurrente de haber guardado silencio el tribunal de arbitramento sobre el punto, por cuanto de manera expresa en el fallo arbitral se dispuso que "las peticiones del pliego y de la denuncia de la empleadora, que no resulten consignadas en la parte resolutive del fallo, se entiende que fueron negadas" (folio 76).

Y dado que los árbitros no estaban obligados a modificar todos los puntos de la convención colectiva a los que se refirió la empleadora en su denuncia, como tampoco debían forzosamente acoger sus planteamientos, se impone concluir que la decisión adoptada en el fallo arbitral debe ser homologada.

3. Auxilio al sindicato

Alega la clínica que según lo expresado en sentencias de 8 de febrero y 30 de junio de 1999, al resolver los conflictos colectivos los árbitros deben estudiar las condiciones económicas planteadas por el empleador "para que exista equilibrio en las decisiones mejorando las condiciones del trabajador sin menoscabar la vida de la actividad empresarial" (folio 102), por lo que debieron tomar en consideración su situación económica y la crisis financiera por la que atraviesa, conforme se los presentó y demostró; y es por ello que en este caso el tribunal de arbitramento ha debido tener en cuenta el proceso de acuerdo privado que trata de concretar con los acreedores y concluir que no se encuentra en capacidad económica y financiera de otorgar dineros u otorgar auxilios económicos.

Aduce igualmente que debe entenderse que no se trata de una cláusula esencial, ni de un derecho adquirido en el contrato colectivo porque en años anteriores se haya concedido.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Que en los fallos de homologación aludidos por la recurrente se haya asentado que es deber de los árbitros "buscar mejorar las condiciones de los trabajadores sin menoscabar la viabilidad de la actividad empresarial del empleador", que fue lo textualmente explicado en la sentencia de 30 de junio de 1999 a la que se refiere la Clínica Medellín, no constituye argumento suficiente para concluir que en este caso concreto el tribunal de arbitramento haya violado la ley, pues no existe el menor elemento de juicio para considerar que el "acuerdo privado que se está tratando de concretar con los acreedores, denominado en ese ámbito reestructuración de la obligaciones" (folio 102), para decirlo utilizando las propias palabras utilizadas en la sustentación del recurso, permita establecer por sí solo que la Clínica Medellín "no se encuentra en capacidad económica para otorgar auxilios económicos".

Por lo anterior debe concluirse que habrá de homologarse el laudo en cuanto dispuso que las normas de la convención colectiva que no resultaran modificadas continuarían vigentes.

Quedan así resueltos los recursos interpuestos, dado que lo manifestado por el Sindicato de Trabajadores de la Clínica Medellín en el escrito recibido el 11 de octubre de 1998 "para darle a conocer algunas situaciones que resultan de interés para el recurso", no puede ser tenido como un argumento adicional que deba ser tomado en consideración por la Corte, ni al resolver la solicitud para que se verifique la regularidad del laudo le

corresponde conocer de las actuaciones posteriores a la expedición del fallo arbitral de cualquiera de las partes enfrentadas en el conflicto.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Homológase el laudo proferido el 7 de septiembre de 1999 por el tribunal de arbitramento obligatorio convocado para dirimir el conflicto colectivo laboral existente entre la Clínica Medellín, S.A. y el Sindicato de Trabajadores de la Clínica Medellín, confirniéndole fuerza de sentencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y envíese el expediente original al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para lo de su cargo.

Rafael Méndez Arango, Francisco Escobar Henríquez (Aclaración de Voto); José Roberto Herrera Vergara, Carlos Isaac Náder, Luis Gonzalo Toro Correa, Germán G. Valdés Sánchez, Fernando Vásquez Botero.

Laura Margarita Manólas González, Secretaria

ACLARACION DE VOTO

ARBITROS

Facultades

REGIMEN LEGAL COLOMBIANO DE DERECHO COLECTIVO

CONVENCION COLECTIVA

Denuncia del empleador

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO VOLUNTARIO

Negociación colectiva

ARBITRAMIENTO OBLIGATORIO

Teoría de la imprevisión

HOMOLOGACIÓN

Radicación No. 13404

Santa Fe de Bogotá, D.C., octubre veinte (20) mil novecientos noventa y nueve (1999).

Comparto la decisión de la mayoría en tanto parte del supuesto de que los árbitros están facultados para "articular y armonizar el nuevo sistema (de seguridad social) con la contratación colectiva, aun cuando solamente en la denuncia del empleador se hubiera hecho referencia a esos puntos"; sin embargo, estimo necesario aclarar mi voto, en vista de que la decisión de la Sala acepta en términos generales la denuncia de la convención por parte de la empleadora, como vinculante para el Tribunal de Arbitramento, en temas diferentes a la seguridad social, cosa que no comparto. En este sentido me permito remitirme al salvamento de voto correspondiente a la sentencia 11672 del 8 de febrero del presente año, el cual figura en los siguientes términos:

"Con el mayor respeto nos permitimos disentir de la tesis mayoritaria sostenida en el presente proceso, en el sentido de que los árbitros están facultados para conocer de aspectos denunciados por la empresa, no negociados por las partes, y que no tienen relación con los puntos del pliego de peticiones; las razones son las que a continuación expresamos:

I. La sentencia aprobada por la mayoría se apoya en lo manifestado por la Sala en el fallo de homologación del 4 de marzo de 1997 (Rad.No.9687). Es lo cierto, sin embargo, que la tesis de esta última providencia se orientaba a darle posibilidad al empleador de discutir puntos que estuvieran relacionados con el pliego de peticiones o con respecto al tema pensional. En efecto, allí, luego de asentar el parecer de la jurisprudencia en torno a que la vocación del conflicto colectivo sólo corresponde a los trabajadores, por medio de la denuncia de la convención y concretándose específicamente en el pliego de peticiones se dijo que "el Tribunal de Arbitramento llamado a dirimir total o parcialmente los temas que no hubieren sido solucionados directamente por las partes está facultado para solucionar los asuntos que guarden consonancia con el pliego y no lo está para asumir la resolución de temas convencionales denunciados por el empleador que no coincidan con los del pliego" (énfasis agregado por nosotros, folio 30 del fallo). Se reconocieron, acorde con la jurisprudencia vigente, dos excepciones:

La primera, derivada de que "si durante la negociación colectiva el sindicato convino en discutir la denuncia del empleador, el objeto denunciado se torna controvertible, puede ser negociado directamente, y si no hay acuerdo, queda facultado el tribunal de arbitramento para resolverlo."

Y la segunda, proveniente de que la Ley 100 de 1993 en su artículo 11 "significó una apertura adicional que condujo a concebir el pronunciamiento arbitral sobre temas de dicha ley aunque a ellos solo se llegara en virtud de la denuncia patronal..." (ibidem).

Consecuente con este criterio, la Sala consideró que era del caso devolver el expediente al Tribunal de arbitramento, para obtener de éste el pronunciamiento sobre el "tema pensional", "como quiera que se trata de una materia regulada por la Ley 100 de 1993 y con cuyas disposiciones debe armonizar el régimen pensional de orden convencional..." (folio 33, ídem).

De manera que en el entendido cierto de que la excepción a que se concretaba el punto del fallo en referencia, era a la de la materia pensional de la Ley 100 de 1993, suscribimos el dicho proveído.

II. Independientemente de si ello es o no conveniente, a nuestro modo de ver no se remite a duda que el Régimen Legal Colombiano de Derecho Colectivo, no contempla siquiera la posibilidad de que la denuncia patronal de la convención colectiva, sea susceptible de ser sometida a la consideración del Tribunal de Arbitramento, sin la autorización expresa de los trabajadores mediante la suscripción de un convenio de compromiso, de manera que discrepamos abiertamente del actual criterio mayoritario de la Sala.

El nuevo punto de vista de la mayoría extiende sin miramientos la posibilidad de que los arbitradores se apliquen al estudio de todos los puntos de orden colectivo contenidos en la denuncia del empleador, no

obstante se reitera que en parte alguna del Código Sustantivo del Trabajo o de las leyes y decretos que lo reglamentan o desarrollan, se faculta a los árbitros para tratar temas que no estuvieren relacionados o contemplados en el pliego de peticiones.

III. Una vez revisado el tema hemos llegado a la conclusión de que igualmente disintimos de la postura anterior de la Sala en cuanto entendía que aún contra la voluntad de los trabajadores, podía someterse la denuncia patronal a la decisión arbitral si durante la negociación colectiva el sindicato convino en disentrarla. En efecto, esta postura condujo a que los representantes de los trabajadores asumieran un absurdo mutismo sobre el punto de vista patronal, que necesariamente afectó la fluidez de la negociación colectiva. Reiteramos que en nuestro sentir solo el Tribunal de Arbitramento voluntario, esto es acordado en virtud del convenio compromisorio explícito, podría conocer de la denuncia patronal.

IV. Estimamos que la única excepción legal a este planteamiento está en el artículo 11 de la Ley 100 de 1993 y que, aunque ello no aparece claro en la norma, debía explorarse la viabilidad de un arbitramento obligatorio, para el evento de que se den los supuestos de la teoría de la imprevisión, bien sea que ello sea declarado judicialmente o por reconocimiento de las mismas partes, cuando estas no logren ponerse de acuerdo acerca de la pertinente revisión del convenio.

V. La tesis mayoritaria pretende ser morigerada al aclarar que ella "no implica en manera alguna la obligación de los árbitros de desquiciar por simples razones de equidad alguno de los puntos convencionales por ser esa una atribución excepcional en casos de protuberante inequidad o cuando se hayan alterado de manera drástica y notoria las circunstancias económicas o sociales existentes al momento de convenirse un beneficio o cuando su manutención amenace de forma grave y evidente la vida de la empresa, la fuente de trabajo o la continuidad de sus actividades esenciales entre otras causas."

Con todo, estas razones no alteran el hecho de que la legislación vigente no contempla que los árbitros puedan resolver la denuncia patronal, fuera de que el concepto de "protuberante inequidad" tiende a ser subjetivo, de suerte que en últimas permitiría a los Tribunales de Arbitramento pronunciarse en su arbitrio acerca de temas que, por ausencia de atribución legal, tienen vedado.¹

Dejo entonces, en estos términos aclarado mi voto.

Francisco Escobar Henríquez

PENSION DE JUBILACION

Por riesgos de salud

CONVENCION COLECTIVA

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Doctor José Roberto Herrera Vergara

Referencia: Expediente No. 12502

Acta No. 41

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, contra la sentencia de fecha 30 de noviembre de 1998, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, en el juicio seguido por Gilberto de Jesús Aguilar Fernández contra la recurrente.

I. ANTECEDENTES

Ante el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá, Gilberto de Jesús Aguilar Fernández demandó a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero para que previo el trámite del proceso ordinario laboral de primera instancia fuese condenada a pagarle la pensión de jubilación por riesgos de salud que consagra la convención colectiva de trabajo, al igual que las mesadas pensionales con los reajustes de Ley, desde la fecha de su retiro de la entidad hasta cuando se haga efectivo dicho pago, lo mismo que las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año; el reconocimiento y pago del auxilio por pensión de jubilación de que trata la convención colectiva de trabajo; la indemnización moratoria por el no pago de los conceptos anteriores y las costas.

Las afirmaciones del demandante se sintetizan así:

Prestó sus servicios a la empresa demandada desde el día 16 de junio de 1975 hasta el 15 de noviembre de 1991, en los cargos de almacenista y vendedor, con un sueldo básico mensual de \$153.121 y un salario prome-

dio de \$257.885.92; sus labores las desempeñó en el Almacén de Provisión Agrícola de Quibdó (Chocó) y durante más de 15 años estuvo expuesto a productos nocivos para la salud, de conformidad con el concepto del Director del Instituto de Medicina Legal. El Ministerio de Trabajo concluyó que el cargo desempeñado por el actor estaba dentro de aquellos que tenía riesgo para la salud, en atención a que los elementos que debía manipular eran altamente tóxicos; como consecuencia de lo anterior la empresa reconoció a 20 trabajadores que se encontraban en iguales condiciones, la pensión de jubilación por riesgos de salud, según la norma convencional. Se le debe reconocer la pensión solicitada a partir del momento de su retiro de la empresa, pues ya había cumplido con los requisitos para tener derecho a ella, liquidada con los mismos factores que se tienen en cuenta para el auxilio de cesantía. A pesar de sus reiterados requerimientos, no ha obtenido respuesta favorable, por lo cual no se puede afirmar que la empresa ha procedido de buena fe, por lo que debe ser condenada al pago de la indemnización moratoria.

La demandada en la contestación de la demanda se opuso a todas las pretensiones: en cuanto a los hechos aceptó como ciertos el tiempo de servicios y el sueldo básico, negó el derecho a la pensión de jubilación por riesgos de salud y en cuanto a los demás manifestó no constarles, los calificó como apreciación subjetiva del apoderado o solicitó su prueba. Propuso las excepciones de cosa juzgada, prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia jurídica de lo demandado, buena fe, compensación y las demás que resultaren probadas en el curso del proceso.

El juzgado del conocimiento, mediante sentencia de fecha 20 de febrero de 1998, condenó a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, a reconocer y pagarle al demandante Gilberto de Jesús Aguilar Fernández, una pensión de jubilación equivalente a \$193.414,44 pesos mensuales, a partir del 15 de noviembre de 1991, con sus reajustes legales anualmente; al igual que la suma de \$8.396,19 pesos diarios por concepto de indemnización moratoria, a partir de los noventa días siguientes a la fecha de presentación de la reclamación de la pensión de jubilación; declaró probada la excepción de cosa juzgada con relación al auxilio convencional por pensión de jubilación y condenó en costas a la demandada.

II. SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Por apelación del apoderado de la demandada, conoció el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, que mediante sentencia del 30 de noviembre de 1998 confirmó la sentencia apelada en lo que fue materia del recurso, y la adicionó declarando probadas las demás excepciones propuestas por la demandada, referidas a las condenas que prosperaron, condenó en costas de la segunda instancia a la parte demandada.

Consideró el tribunal que la petición de jubilación por riesgos de salud, tiene su fundamento en norma convencional. Agregó que la entidad

demandada se opuso a la prosperidad de dicha petición argumentando que el demandante durante el tiempo de servicios no demostró inconformidad con el cargo desempeñado y sus funciones como riesgos para su salud, que además el vínculo laboral terminó por mutuo acuerdo y en dicha acta de conciliación tampoco manifestó inconformidad alguna. Pero anotó que los anteriores planteamientos no son de recibo pues consta el agotamiento de la vía gubernativa, expresamente sobre la pensión de jubilación por riesgos de salud.

Señaló que de conformidad con la certificación visible a folio 11 se acreditó que el señor Gilberto de Jesús Aguilar Fernández, laboró como almacenista y luego como vendedor durante más de 16 años, por lo tanto cumple con los requisitos del artículo 43 de la convención colectiva de trabajo, cuyo sentido literal y expreso no exige, como lo entiende la entidad demandada, que se presente de manera efectiva la enfermedad en el trabajador como consecuencia de los productos tóxicos que tenía a su cargo. Además, no le corresponde a la demandada calificar si el cargo es de aquellos que generan el riesgo, para tener derecho a la pensión, sino que dicha facultad la tiene es el Ministerio de Trabajo en cada caso concreto, según mandato de la norma convencional.

Resaltó que en el dictamen rendido por el Ministerio de Trabajo, se dijo que las funciones de almacenista y vendedor implican la exposición a productos plaguicidas, que traen aparejados riesgos para la salud; por ello no era necesario valorar de manera independiente al demandante, pues la pensión convencional solo busca proteger el riesgo, independientemente si dejó o no secuelas en la salud.

En cuanto a la indemnización moratoria, ratificó lo dicho por el juzgado, en el sentido de que la entidad demandada no obró de buena fe al negarle la pensión de jubilación por riesgos de salud, pues extrajudicialmente estaba reconociéndosela mediante actas de conciliación a otros trabajadores.

Anotó que no se puede desconocer el tenor literal de la norma convencional, mucho menos con el argumento de que el actor no había demostrado inconformidad con el cargo y funciones por los problemas de salud que podría generar, pues tal cosa no lo exige la norma convencional; como tampoco lo referente a la falta de reclamación dentro del acta de conciliación, pues esta solo hace relación a la forma de terminación del contrato de trabajo.

III. RECURSO DE CASACIÓN

Inconforme el apoderado de la demandada interpuso recurso de casación, el cual concedido por el tribunal y admitido por esta Sala, se procede a resolver, previo estudio del escrito de réplica.

Pretende el recurrente se case parcialmente la sentencia impugnada en cuanto confirmó la del juzgado que había condenado a la pensión de jubilación con sus reajustes anuales y al pago de la indemnización mora-

toría, y en cuanto dispuso adiciónar la sentencia declarando no probadas las demás excepciones propuestas referidas a las condenas que prosperaron y en cuanto a la condena en costas. En sede de instancia impetra la revocatoria del fallo del A quo en los aspectos desfavorables y la absolución de la totalidad de las pretensiones de la demanda inicial.

Como petición subsidiaria solicitó que se case parcialmente la sentencia impugnada en cuanto confirmó la sentencia del juzgado que había condenado a pagar la indemnización moratoria, y en sede de instancia se revoque el fallo del A quo en cuanto condenó a la indemnización moratoria y se absuelva a la Caja de dicha sanción.

Para ello formuló dos cargos así:

"LA ACUSACIÓN- Primer cargo.: "Acuso la sentencia impugnada de violar indirectamente, en la modalidad de aplicación indebida, las siguientes normas legales: artículo 467, 468 y 469 del Código Sustantivo del Trabajo; 37 y 38 del Decreto Ley 2351 de 1965; y 11 de la Ley 6ª de 1945; 3 de la Ley 48 de 1968; 61, 60 y 145 del Código Procesal del Trabajo; 8 de la Ley 153 de 1887; 174 a 179, 187, 251 a 254 y 268 del Código de Procedimiento Civil, tal y como fueron modificados por el artículo 1º del Decreto Extraordinario 2282 de 1989, todo ello a consecuencia de los evidentes errores de hecho en que incurrió el sentenciador *ad quem* por haber apreciado equivocadamente y dejado de apreciar las pruebas allegadas al proceso que se singularizan más adelante.

"El error de hecho consistió en no dar por demostrado, estándolo, que para acceder a la pensión convencional de jubilación por riesgos de salud a cualquier edad, el Director del Instituto de Medicina e Higiene Industrial del Ministerio de Trabajo tenía necesariamente que definir, mediante calificación en cada caso concreto, si el empleado estuvo expuesto a riesgos para su salud.

PRUEBAS ERRADAMENTE APRECIADAS:

"DOCUMENTOS.

"1.- Convención Colectiva de trabajo vigente durante los años de 1990 a 1999 (fs. 170 a 223).

"2. Liquidación final de derechos laborales del actor (fl. 35).

"3. Certificación expedida por el profesional IV (E), sobre los cargos desempeñados por el actor que obra a folio 11.

"4.- Petición que formula la Caja Agraria al Ministerio de Trabajo sobre determinación de la aplicación de los artículos 42 y 43 de la convención colectiva 90-92 y calificación de los cargos a los cuales son aplicables tales normas (fs. 225 y 226).

"5.- Concepto emitido por la División de Medicina Laboral del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, sin fecha, distinguido con el número 21802 (fl. 224 y vuelto).

"6.- Funciones correspondientes a los cargos de Vendedor y Almacenerista (fls. 247 a 249).

"PRUEBAS NO APRECIADAS:

I. DOCUMENTOS

a.- Respuesta al memorando 08861 de 30 de septiembre de 1996 que da el Director de la Vicepresidencia de Servicios administrativos a la Coordinadora Judicial del BCH (fl. 119).

II.- CONFESION:

a.- Que hace el representante legal al absolver las preguntas 2, 3, 5, 6 y 7 del interrogatorio de parte (fls. 74 a 77).

b.- Contestación de la demanda de los hechos 16 y 17 (fls. 17 y 18).

Se trata de confesión indivisible dada la conexidad entre lo que confesó el representante legal y las aclaraciones favorables que realizó al contestar el interrogatorio de parte."

En la demostración del cargo resaltó que en el artículo 43 de la convención colectiva de trabajo se dispone que para la calificación de cada caso se solicita la definición de la Oficina Nacional de Medicina e Higiene Industrial del Ministerio de Trabajo. Es decir, que se requería que el Ministerio estudiara el medio en el cual se desempeñó el demandante, pues su concepto dentro del proceso es genérico y abstracto, como lo explicó el representante legal de la demandada en el interrogatorio de parte.

Agregó que el tribunal apreció equivocadamente el texto de la norma convencional, al considerar que el actor cumplió con los requisitos de la misma, la cual no exige la presencia efectiva de la enfermedad, ni es la misma empresa la entidad llamada a calificar las características del cargo y funciones desempeñadas por el actor, pues en cada caso concreto se solicitará la definición al Ministerio de Trabajo, haciendo énfasis en que el mismo fallador de segunda instancia, anotó que la calificación que realiza el Ministerio debe referirse a cada caso particular. Por lo tanto, si el tribunal hubiere apreciado correctamente la norma convencional pertinente, en la forma que se expuso en la contestación de la demanda, hechos 16 y 17, habría concluido que el actor no tenía derecho a la pensión de jubilación por riesgos de salud.

Precisó que además, se apreció equivocadamente la liquidación final de derechos laborales del demandante (Folio 35), pues su retiro se produjo voluntariamente y sin haber formulado cuestionamiento alguno a dicha liquidación.

Lo mismo ocurrió con relación a la certificación expedida por el Profesional IV (E), acerca de los cargos desempeñados por el actor, la cual no cumple con las exigencias de la calificación que debe realizar el Ministerio de Trabajo sobre el caso concreto en cuanto a los riesgos para su salud.

La petición formulada por la empresa y el concepto emitido por la División de Medicina Laboral del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, son en abstracto, y por lo tanto no aluden a las funciones correspondientes a los cargos de vendedor y almacenista, y mucho menos con relación al actor, pues dicha solicitud se hizo en el año de 1994 para otras personas, dentro de las cuales no figuraba él.

Tampoco se apreció debidamente lo dicho por el Director de la Vicepresidencia de Servicios de la entidad empleadora, cuando manifestó que los funcionarios de los Agropuntos o Zonas de Distribución, solo se limitaban a cargar y entregar a los usuarios los productos que adquirían, pues en ningún caso ellos los manipulaban o preparaban los productos para su aplicación, y en los depósitos se guardaban en los empaques originales y en sitios libres de luz y agua.

Sostuvo que el *ad quem* incurrió en equivocada apreciación de la confesión indivisible del representante legal de la demandada en el interrogatorio de parte, cuando manifestó que no todos los productos se expendían en los almacenes de provisión agrícola de la Caja, sino solo algunos de ellos de acuerdo a las necesidades y características de cada región, como tampoco estuvieron en los inventarios de los almacenes durante todo el tiempo que los funcionarios laboraron en los almacenes. Tampoco se tuvo en cuenta, que las pensiones de jubilación que se le otorgaron a algunos trabajadores, por decisión de la Junta Directiva de la empresa, en uso de su autonomía, no incluía al actor, y en las facultades concedidas al Presidente de la Caja para conciliar, se mencionaron unos cargos de trabajadores que los desempeñaban en esos momentos.

El opositor por su parte, sostuvo que la interpretación que hizo el *ad quem* del artículo 43 de la convención colectiva de trabajo, es absolutamente posible y razonable, no admite el calificativo de equivocada y mucho menos de manera manifiesta como lo exige el recurso extraordinario de casación para que prospere la acusación.

Además, el término "caso" no está referido a cada trabajador en particular, sino al simple riesgo para su salud por las funciones cumplidas por el actor en los sitios contentivos de productos tóxicos. Y por ello la consulta elevada al Ministerio de Trabajo no se refería en concreto a determinados trabajadores en particular para su examen médico; sino al caso de los trabajadores que en los Almacenes de Provisión Agrícola desempeñaron los cargos mencionados, con remisión de sus funciones y la lista de los plaguicidas que en ellos permanecían para su venta. Y por consiguiente el Ministerio de Trabajo al rendir su concepto concluyó que dichas personas estuvieron expuestas, no que tuvieron contacto estrecho o que manipularon, como lo pretende el censor, los productos tóxicos, lo cual representó un riesgo para su salud.

Anotó que tal concepto del Ministerio debió servir no solamente para las conciliaciones del año de 1995, con algunos trabajadores, sino de la propia manera para los restantes, quienes también prestaron su colabo-

ración en los mismos cargos y por lapsos superiores a 15 años como el demandante.

Resaltó que la interpretación dada por la demandada al artículo 43 de la convención colectiva de trabajo, incluye exigencias que el texto no contiene. Y en cuanto a las afirmaciones, no confesiones de su representante legal, en cuanto a los productos tóxicos que se almacenaban y expendían, y a las funciones que debían cumplir los trabajadores, entre ellos el actor, requerían de prueba.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Examinará la Sala las pruebas relacionadas por la acusación:

1.- El artículo 43 de la convención colectiva de trabajo vigente durante los años de 1990 a 1992 prevé que "Para la calificación de cada caso se solicita la definición de la Oficina Nacional de Medicina e Higiene Industrial del Ministerio de Trabajo." (Folio 187 cuaderno principal).

Aun cuando la interpretación que la recurrente da a la norma convencional transcrita no es del todo descartada, pues la cláusula no es unívoca, dado que se trata de una pensión por "riesgos de salud" también es razonable pensar que lo que se protege no es propiamente la patología adquirida en determinados oficios, sino el riesgo que entrañan esas actividades, como lo pregonaba la réplica. Si ello es así no sería absolutamente necesario frente a cada trabajador en particular que se requiera la intervención de la dependencia respectiva del Ministerio de Trabajo, pues bastaría, como ocurre en el caso presente, que de manera anticipada, a la reclamación respectiva, el Ministerio del ramo previa solicitud de la misma empresa haya determinado la toxicidad de determinados productos y las consecuencias nocivas para la salud de los empleados que desempeñen o hayan desempeñado los cargos y funciones precisados en su concepto.

Si los cargos de vendedor y almacenista figuran, como en realidad aparecen en el concepto rendido por el Ministerio de Trabajo y además se acreditó que el actor desempeñó dichos cargos, es también entendible colegir que cumplía con los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por riesgos de salud.

Por lo tanto, no encuentra la Sala que la interpretación dada por el ad quem a la norma convencional constituya un error evidente u ostensible.

2.- Respecto de la liquidación final de derechos laborales del actor considera la Sala que la forma de terminación del vínculo laboral y el no haber manifestado inconformidad alguna con la liquidación, no tienen ninguna relación con el punto central de esta controversia, pues como ya se precisó la norma convencional solo exige un determinado tiempo de servicios y el haber desempeñado funciones que impliquen riesgos para la salud, sin que interese para nada la forma de terminación del vínculo laboral. Y en cuanto al hecho de no haber manifestado inconformidad con la liquidación definitiva, bastaría señalar que el silencio del trabajador

frente a determinados derechos no significa su abandono, pues el carácter de irrenunciables permite su reclamo posterior. Además, como lo señala el tribunal existió agotamiento de la vía gubernativa, es decir el demandante reclamó previamente a la entidad el derecho que creía tener.

No se configura, pues, la equivocada apreciación de la liquidación definitiva por parte del tribunal.

3. Certificación expedida por el Profesional IV (E), sobre los cargos desempeñados por el actor.

Del mencionado documento no se desprenden otras conclusiones, sino las que de su claro y preciso tenor literal dedujo el fallador de segunda instancia, es decir, el tiempo de servicios y los cargos desempeñados por el demandante. En dicho documento no tenía por qué constar la calificación que debe realizar el Ministerio de Trabajo sobre el caso concreto del actor respecto de su exposición a riesgos de salud, como lo exige el censor, por la sencilla razón que este documento lo expide un funcionario de la entidad demandada, y como se vio anteriormente, para efectos de la calificación era suficiente la realizada por el Ministerio de Trabajo de manera previa.

Se descarta, pues, cualquier error de apreciación al respecto.

4. Petición que formula la Caja Agraria al Ministerio de Trabajo sobre la aplicación de los artículos 42 y 43 de la convención colectiva de trabajo 90-92 y la calificación de los cargos a los cuales son aplicables tales normas.

5. Concepto emitido por la División de Medicina Laboral del Ministerio de Trabajo.

En atención a la estrecha relación entre esas dos pruebas, procede la Sala a su estudio de manera conjunta. Es cierto que tanto la solicitud como el concepto tienen aspectos de carácter general o en abstracto como afirma la censura, pero por lo atrás visto ello no impide, que razonablemente el concepto sirva para decidir en un caso concreto, donde concurren tanto la presencia de los productos generadores de riesgos para la salud, como el desempeño de cargos relacionados en el mismo.

Por ello si el tribunal, frente al tiempo de servicios y cargos desempeñados por el actor, concluyó que tenía derecho a la pensión especial, no se puede afirmar que interpretó de manera ostensiblemente equivocada los documentos citados.

6. Funciones correspondientes a los cargos de vendedor y almacenista.

Como en el cargo no se dice en qué consistió la equivocada apreciación de este documento, no se aprecia cómo puede incurrirse en desatino valorativo.

También en este cargo se afirma que no se apreciaron el memorando del director de la vicepresidencia de servicios administrativos y la confesión del representante legal al contestar el interrogatorio de parte y la demanda.

Tales pruebas provienen de la entidad demandada y por ese solo hecho no acreditan lo afirmado en ellos. Además, los falladores de instancia dentro de sus facultades legales, pueden, sin que por ello incurran en error manifiesto, darle mayor valor o credibilidad a determinadas pruebas que a otras.

Por todo lo expuesto el cargo no prospera.

"Segundo Cargo: CAUSAL PRIMERA DE CASACIÓN: Con relación a este cargo se invoca la causal primera de casación laboral a que se refieren los artículos 60 del Decreto 328 de 1964, 87 del Código Procesal del Trabajo y 7 de la Ley 16 de 1969. Este cargo funciona con relación al alcance subsidiario de la impugnación.

Acusa la sentencia impugnada de violar indirectamente, por aplicación indebida, el artículo 1° del Decreto 797 del 1949, con relación a los artículos 1 y 11 de la Ley 6ª de 1945; 3, 4, 467 a 469 y 492 del Código Sustantivo del Trabajo, 5 del Decreto 3135 de 1968; 1 a 3 y 47 del Decreto Reglamentario 2127 de 1945; 37 y 38 del Decreto 2351 de 1965, todo ello debido a los ostensibles y manifiestos errores de hecho en que incurrió el fallador de segunda instancia al apreciar en forma equivocada los acuerdos de conciliación contenidos en las actas que obran a folios 227 a 236, la convención colectiva de trabajo vigente para los años 1990 a 1992 (fls. 170 a 223) y al no apreciar la confesión indivisible hecha por el apoderado de mi mandante al contestar los hechos dieciséis y diecisiete de la contestación de la demanda (fl. 7 17 y 18) respuesta al memorando 08861 de 30 de septiembre /96 (fl. 119) y la confesión indivisible que hace el representante legal de la Caja Agraria al responder las preguntas 2, 3, 5, 6, 7 (fls. 74 a 76).

ERRORES EVIDENTES DE HECHO

"1. Dar por demostrado, sin estarlo, que la Caja Agraria incurrió en una conducta de mala fe que la obliga a pagar la indemnización moratoria a que se refiere el artículo 1° del Decreto 797 de 1949.

"2. Dar por demostrado, en contra de lo establecido con las pruebas allegadas al proceso, que la Caja Agraria no presentó razón, argumento o conducta plausible para acreditar su proceder de buena fe, que la eximiera de reconocer y pagar la indemnización moratoria.

"3. No dar por demostrado, estándolo, que mi mandante se comportó de buena fe al abstenerse de pagar lo reclamado por el demandante, dado que según su interpretación del artículo 43 de la convención colectiva 90-92 no creyó deber la pensión por riesgos de salud, por cuanto no se daban los requisitos allí establecidos, razón por la cual se le debe absolver de la indemnización moratoria."

En la demostración del cargo sostuvo que acepta la condena a la pensión de jubilación por riesgos de salud, pero se debió examinar si la conducta de la empresa con relación a dicha petición era o no de buena fe, pues la condena a la indemnización moratoria no es inexorable y automática, sino que se deben tener en cuenta los hechos.

Reitera lo dicho en cuanto a la interpretación del artículo 43 de la convención colectiva de trabajo, la contestación de la demanda, el memorando del Director de la Vicepresidencia de Servicios, el interrogatorio de parte al representante legal de la empresa; todo lo cual permite afirmar que la Caja expuso razones atendibles al interpretar como lo hizo la mencionada norma convencional.

En cuanto a las conciliaciones observó que tales acuerdos se contracen siempre a derechos inciertos y discutibles, y por lo tanto el tribunal las interpretó equivocadamente, al entender que tienen fuerza demostrativa en el caso presente.

Finalmente señaló que de conformidad con el artículo 43 de la convención colectiva de trabajo, la calificación de la Oficina Nacional de Medicina e Higiene Industrial, debe efectuarse en cada caso en concreto, lo cual no ocurrió con el señor Gilberto de Jesús Aguilar Fernández.

Por todo lo anterior la empresa demandada obró con la más absoluta buena fe cuando negó el reconocimiento y pago de la pensión convencional de jubilación por riesgos de salud, pues siempre creyó que el trabajador, hoy demandante no cumplía con los requisitos para ese tipo de pensión.

Por los errores evidentes de hecho demostrados, el tribunal violó las normas sustantivas señaladas en el cargo y por consiguiente condenó a la indemnización moratoria, cuando debió haber absuelto por ese concepto.

El opositor por su parte señaló que el cargo peca gravemente contra la técnica del recurso, al incluir en la proposición jurídica únicamente la norma reglamentaria de la Ley que consagra el derecho a la indemnización moratoria.

A pesar de lo anterior, anotó, que las razones, no confesiones, aducidas por la demandada, en interpretación del artículo 43 de la convención colectiva de trabajo, para justificar su negativa al reconocimiento de la pensión solicitada, no son justificativas de esa renuencia, y menos las restricciones y salvedades, no comprobadas, con relación a las funciones y al acopio y expendio de los plaguicidas introducidas por los representantes de la empresa.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

No le asiste razón al opositor en cuanto al reparo técnico con relación a la norma sustancial citada, puesto que al menos desde la reforma in-

Introducida por el Decreto 2651 de 1991, esta Sala de la Corte ha considerado que basta con citar cualquiera de las normas que constituyendo base esencial del fallo sea invocada por el recurrente. Si bien el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945 es disposición general en materia de indemnizaciones de trabajadores oficiales, el específico derecho a la indemnización por falta de pago de salarios o prestaciones sociales está instituido en el invocado artículo primero del Decreto 797 de 1949, siendo su denuncia suficiente para los propósitos perseguidos con la proposición jurídica.

Entrando en el análisis de este cargo, observa la Sala que en esencia dos fueron los fundamentos del sentenciador para la condena a la indemnización moratoria: el reconocimiento de la empresa de la pensión por riesgos de salud a través de actas de conciliación y el tenor literal de la cláusula convencional que la contempla.

En lo que concierne con el primer soporte, en aras de la claridad conviene elucidar que ninguna de las referidas actas de conciliación fue suscrita entre las partes trabadas en esta litis, por lo que mal puede entenderse que la demandada haya pretendido retractarse unilateralmente de un compromiso que en verdad no contrajo con el aquí demandante sino con otros trabajadores en circunstancias que no son idénticas a las del caso bajo examen; y en segundo lugar, en cuanto al otro soporte de la condena moratoria, como ya se anotó en las consideraciones al cargo precedente, la cláusula convencional en mención no reviste una claridad meridiana que conduzca fatalmente al sentido unívoco que extrajo de ella el tribunal, porque como lo anota la impugnante, aun cuando se exhibe razonablemente acertada la deducción del Ad quem, era también plausible la apreciación del acuerdo colectivo impartido por la empresaria, lo que evidencia que el error enrostrado resulta axiomático.

Así surge palmarmente, por lo atrás visto, tanto de las pruebas relacionadas como incorrectamente apreciadas: las actas de conciliación y el artículo 43 de la convención 1990-1992, como del memorando 08861 de 30 de septiembre de 1996, en el que la accionada con razones válidas explicó al actor el porqué de la negativa al pago de la pensión reclamada, puesto que "los funcionarios que laboran en los agropuntos o zonas de distribución, se limitaban a cargar y entregar a los usuarios el producto que adquirían. En ninguno de los casos ellos manipulaban o preparaban los productos para su aplicación y en los depósitos se guardaban en los empaques originales y en estillos libres de luz y agua".

Adicionalmente, en la contestación de la demanda y en decurso del proceso la demandada expuso suficientemente las razones para su decisión, lo que pone de presente un proceder equivocado frente a la interpretación de la cláusula convencional dada por el tribunal, pero en todo caso denota la convicción fundada de un proceder legítimo y no caprichoso, por lo que la valoración probatoria del Ad quem para fulminar la sanción moratoria fue abiertamente desacertada.

Por las consideraciones anteriores el segundo cargo prospera. En consecuencia, se anulará el fallo gravado.

No es menester incrementar las consideraciones en instancia, pues lo dicho en casación es suficiente para, a su turno, revocar la condena que por el mismo concepto de indemnización por falta de pago impuso el juzgador de primer grado y absolver a la demandada de la misma ya que obró con manifiesta buena fe en lo atinente al pago de las acreencias laborales del demandante.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia de fecha 30 de noviembre de 1998, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá en el juicio seguido por Gilberto de Jesús Aguilar Fernández contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, en cuanto condenó a dicha entidad al pago de la indemnización por falta de pago de la pensión reclamada. En sede de instancia, REVOCA la condena que por igual concepto impuso el A quo, y en su lugar, absuelve a la demandada de la misma.

No hay lugar a costas en el recurso extraordinario, ni en la segunda instancia. Las de primera instancia correrán por cuenta de la demandada.

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

José Roberto Herrera Vergara, Francisco Escobar Henríquez, Carlos Isaac Náder, Rafael Méndez Arango, Luis Gonzalo Toro Correa, Germán G. Valdes Sánchez, Fernando Vásquez Botero.

Laura Margarita Manotas González, Secretaria

VIOLACION DE LA LEY SUSTANCIAL

INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.- Santa Fe de Bogotá D.C., veintuno (21) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Doctor *José Roberto Herrera Vergara*

Referencia: Expediente No. 12506

Acta No. 41

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado del Banco de Bogotá S.A. contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá el 9 de marzo 1999 en el juicio seguido por Jaime Monje contra el recurrente.

I. ANTECEDENTES

Jaime Monje demandó al Banco de Bogotá S.A. con el fin de obtener la reliquidación del valor inicial de su pensión de jubilación y el pago de "primas y/o parciales no pagadas debidamente indexadas", aumentos pensionales de ley, "el valor de un salario promedio mensual indexado", indemnización moratoria, bonificación convencional e intereses legales de mora.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que de conformidad con la conciliación que suscribiera con el banco demandado, adquirió el derecho a disfrutar de su pensión de jubilación el día que cumplió 55 años de edad, esto es, el 27 de julio de 1993. Señaló, en síntesis, que la entidad sólo "cumplió parcialmente sus obligaciones hasta el día trece (13) de diciembre de 1993, fecha en que entregó y pagó por primera vez las mesadas incompletas de la pensión", en tanto "se abstuvo de actualizar el valor del salario promedio mensual..." y destacó que la intención de las partes en la referida conciliación era establecer la base sobre la cual se liquidaría la pensión en cuestión, naturalmente "acorde con el rango del cargo, el salario y los pagos adicionales que de todas maneras el Banco le pagaría si la vinculación laboral hubiera prolongado hasta el día en que se hubiera cumplido los 55 años de edad" (fl.16).

El banco demandado se abstuvo de contestar la demanda y en la primera audiencia de trámite propuso las excepciones de cobro de lo no debido, cosa juzgada, conciliación, ausencia de título de la causa preten-

cida por el demandante, ausencia de obligación de la parte demandada, pago de lo debido y prescripción (fs.25 y 27).

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá, mediante sentencia del 22 de enero de 1999, resolvió absolver a la entidad demandada de todas las peticiones incoadas en su contra (fl.66).

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Al desatar el recurso de apelación interpuesto por el demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá revocó la anterior decisión en sentencia del 9 de marzo de 1999 y en su lugar ordenó "pagar al demandante una pensión de jubilación en cuantía inicial de \$331.431.75 a partir del 27 de julio de 1993, previo descuento de las sumas pagadas por este concepto".

Invocó el *ad quem* "lo reiterado por la II. Corte Suprema de Justicia" y razones de "justicia y equidad" pues consideró que "la moneda del pago en la cantidad en que se concretó la obligación, no tiene en el momento del pago, el mismo valor que tenía cuando se causó. Al respecto transcribió in extenso la jurisprudencia anterior de la Sala, y concluyó que al estar probado dentro del proceso el salario promedio mensual para efectos del reconocimiento y pago de la pensión, la fecha a partir de la cual empieza a disfrutaria y el valor de la devaluación, es posible teniendo en cuenta el criterio reiterado por la Corte Suprema de Justicia contrario a lo expuesto por el Juez de Primera Instancia, dar aplicación al fenómeno económico citado y actualizar el valor de la primera mesada inicial.

III. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Inconforme la demandada en esta determinación, pretende que la Corte case totalmente la sentencia impugnada con el fin de que, en sede de instancia, confirme la absolución impartida por el juzgador de primer grado.

Para tales efectos formula dos cargos, de la siguiente manera:

Primer cargo.- Acusa la sentencia "... por Violación Directa de la Ley sustantiva Laboral del orden nacional, en la modalidad de APLICACIÓN INDEBIDA de los artículos 1, 13, 16, 19, 20, 127 y 260 del C.S.T.; artículos 1494, 1546, 1612, 1613, 1614, 1617, 1626, 1627, 1646, 1649, 2056 y 2224 del C.C.; 178 del C.C.A.; 8º L. 153 de 1887, en relación con los artículos 3, 14, 18, y 55 del C.S.T.; artículo 3º L. 48/68; artículo 1º de la L. 4 de 1976; artículo 1, 2 y 5 L. 71/88; artículo 14 L. 100/93; artículos 20 y 78 del C.P. del T."

En la sustentación del cargo acepta que la entidad bancaria le reconoció al demandante una pensión de jubilación cuando aquél cumplió 55 años de edad -27 de julio de 1993- y que entre las partes se suscribió un acuerdo de conciliación en donde se dejaban consignados los anteriores presupuestos, pero cuestiona el que la demandada "esté obligada a re-

ajustar las mesadas pensionales y la misma pensión de jubilación ... teniendo en cuenta para ello la corrección monetaria como consecuencia de la pérdida del poder adquisitivo del peso, por el simple transcurrir del tiempo".

Alega que la empresa cumplió con la obligación que había contraído con su trabajador para la fecha en que éste cumplió el requisito de la edad, "pagando la pensión ... en la cuantía que por disposición legal podía reconocerse para esa fecha..." y destaca que en la conciliación las partes 'aceptaron fijar el parámetro cuantitativo para liquidar la pensión de que se trata, asumiendo así ... las contingencias y riesgos del paso del tiempo respecto de dicho parámetro...".

Advierte que la figura de la indexación obedece a una compensación en favor del acreedor por los perjuicios ocasionados al deudor "por la mora en el pago de una obligación actualmente exigible", mas no por cumplir la ley como en el sub júdice, al haberse pagado la pensión con los reajustes a que tenía derecho, por lo que no se hace extensible al caso la indexación (artículo 1649 del C.C.) "pues no se puede indexar lo que oportunamente se ha cumplido".

Agrega que aplicando análogamente el artículo 1608 del C.C. el deudor sólo está en mora "cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado", presupuesto que no se da en este proceso.

Por lo demás hace énfasis en que "en estas obligaciones de trato (sic) sucesivo, el legislador todo (sic) los años trata de actualizar la depreciación que puedan sufrir los pensionados, y al ser el legislador quien actualiza por mandato de la propia Constitución Nacional mal puede la administración de justicia hacer ajustes adicionales de revaluación".

El opositor, a su turno, arguye que las disposiciones en cuestión fueron correctamente aplicadas por el tribunal. Alega que el pretendido reajuste no se fundamentó en el simple transcurso del tiempo, sino en la intención de las partes vertida en el acuerdo conciliatorio, y destaca que el pago de la primera mesada se produjo "después de vencido el término o plazo que otorgaba la ley ... y, en consecuencia surgió para el banco la obligación de indexar la base salarial pactada". Por lo demás se extiende en amplias consideraciones en torno a la aplicación de la indexación.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Al imponer la condena por la llamada indexación de la primera mesada pensional, no hizo nada diferente el tribunal a acoger el otrora criterio mayoritario de la Sala Laboral de la Corte. Así lo expresó: "...En relación con la aplicación de la indexación o corrección monetaria, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en reconocer la aplicación de este fenómeno por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda aduciendo entre otras razones, la de justicia y equidad o porque se produce el retardo en el cumplimiento de una obligación..." y transcribió, a

continuación, gran parte de los argumentos expuestos en la sentencia del 5 de agosto de 1996.

Se tiene entonces, que el real fundamento para revocar la decisión absolutoria del a quo y proceder a imponer la condena en cuestión, lo constituyó la interpretación jurisprudencial, por lo que es claro, conforme lo ha defluido esa Sala en muchos casos similares, que el concepto de violación pertinente no es el de aplicación indebida, porque esa clase de violación excluye divergencias de índole estrictamente hermenéutico entre el Tribunal y quien formula el ataque, ya que cuando ellas se dan en casos como el presente, el vicio imputable al fallo es la interpretación errónea.

Un caso igual al presente lo constituye lo dicho por la Corte en sentencia del nueve de julio de 1999 (radicación 11995).

Lo anotado es suficiente para desestimar el cargo.

Segundo Cargo. - Acusa la sentencia de "... por VIOLACIÓN INDIRECTA de la Ley sustantiva laboral del orden nacional, en la modalidad de APLICACIÓN INDEBIDA de los artículos 1, 16, 19, 20, 127 y 260 del C.S.T.; artículos 1491, 1546, 1612, 1613, 1614, 1617, 1626, 1627, 1646, 1649, 2056 y 2224 del C.C.; 178 del C.C.A.; 8ª L. 153 de 1887, en relación con los artículos 3, 14, 18, y 5 del C.S.T.; artículo 3º L. 48/68; artículo 1º de la L. 4/76; artículo 1, 2 y 5 L. 71/88; artículo 14 L. 100/93; artículos 20, 51, 55, 60, 61, 78 y 145 del C.P. del T."

Afirma que la errónea apreciación del acta de conciliación visible a folio 57 y del certificado de folio 46, condujo al tribunal a "No dar por establecido, siendo evidente y manifiesto, que el Banco de Bogotá pagó a su extrabajador, señor Jaime Monte, a partir del momento en que éste cumplió los cincuenta y cinco (55) años de edad una pensión sanción de jubilación, en cuantía equivalente a la que legalmente le correspondía para cuando se hizo exigible su derecho prestacional."

En la sustentación del cargo aduce como único motivo de controversia el que la demandada deba pagar la pensión de jubilación y sus mesadas pensionales indexadas, porque de acuerdo a las probanzas del expediente ella cumplió con la obligación de pagar la pensión de jubilación en la cuantía que por disposición legal debía, según se desprende del acta de conciliación.

Que precisamente el error de hecho atribuido al sentenciador de segundo grado, es el de no dar por establecido, siendo evidente, que la sociedad demandada acordó con su extrabajador pagarle a partir del momento de llegar éste a cumplir los 55 años una pensión "que se liquidará sobre la suma de \$9.000.00". Por lo demás prosigue el discurso con argumentaciones idénticas en lo sustancial a las del primer cargo.

El opositor destaca que el error denunciado por la censura no es manifiesto. Reitera que la entidad demandada no cumplió con la obligación contraída en la forma pactada, pues si bien pagó la primera mesada, lo hizo "solamente hasta el trece (13) de diciembre de 1993, es decir, a los

noventa y cinco (95) días después del veintisiete (27) de julio de 1993 y en cuantía de \$81.510.00 ... incurriendo en pago incompleto" y sostiene que los documentos citados por la censura en manera alguna fueron erróneamente apreciados por el tribunal.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Reitera la Corte que si el verdadero soporte y fundamento de la sentencia impugnada fue de puro derecho, con base en la jurisprudencia anterior de la Sala y las razones adicionales esgrimidas según el criterio del tribunal, la acusación ha debido apuntar a desquiciar esa hermenéutica, como ya quedó consignado en las consideraciones de la Sala respecto del primer cargo.

Además, si pudiese la Corte entrar al fondo de la acusación y examinar el documento del folio 57, se observaría que en realidad se limita a registrar la obligación del banco de reconocer y pagar al demandante una pensión vitalicia de jubilación que se causará desde el día en que el señor Monje cumpla 55 años de edad, liquidada "sobre la suma de nueve mil pesos que ... se fija y se establece como promedio mensual de salario ...". Luego en verdad su contenido no fue apreciado incorrectamente por el *ad quem*, como lo plantea la censura. Es más, el mismo no fue determinante a efectos de los planteamientos jurídicos que extrajo el fallador de lo que creyó el sentido más ajustado a la equidad.

Por lo dicho, el cargo no es de rectibo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá el 9 de marzo de 1999, en el juicio promovido por Jaime Monje contra el Banco de Bogotá.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

Cópiase, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al Tribunal.

José Roberto Herrera Vergara, Francisco Escobar Henríquez, Carlos Isaac Nader, Rafael Méndez Arango (Aclaración de voto), Luis Gonzalo Toro Correa, Germán G. Valdés Sánchez, Fernando Vásquez Botero.

Laura Margarita Manotas González, Secretaria.

ACLARACION DE VOTO
VIOLACION DE LA LEY SUSTANCIAL
NORMAS DE APLICACION SUPLETORIA

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral.

Radicación 12506

Estoy enteramente de acuerdo con la decisión que este caso se adopta de desestimar el primer cargo, pues debió denunciarse por el recurrente la interpretación errónea de la ley y no su aplicación indebida, por cuanto el Tribunal transcribió en su fallo la casi totalidad de una de las sentencias de esta Sala en las que se plasmó el anterior criterio de la mayoría, y según el cual era procedente corregir el valor de la primera mesada de la pensión de jubilación. Es más, entre lo transcrito están las específicas consideraciones en las que se alude a los artículos 8º de la Ley 153 de 1887 y 19 del Código Sustantivo del Trabajo.

No obstante, creo pertinente anotar que habrá otros casos en los cuales sea procedente formular el cargo por aplicación indebida de la ley, y ello ocurrirá si el Tribunal se limita a manifestar que la "jurisprudencia" ha aceptado que debe corregirse el valor de la pensión inicialmente reconocida, sin hacer suyas las consideraciones en las que, con fundamento en los dos textos legales antedichos, se interpretó que por razones de "justicia y equidad" o porque "se produce el retardo en el cumplimiento de una obligación" procedía revalorizar el monto de la primera mesada pensional. Cuando así motiva su decisión el fallador, en mi criterio está aplicando el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo que le reconoce expresamente a la jurisprudencia el carácter de norma de aplicación supletoria, siempre que, previamente se haya descartado la posibilidad de acudir a las normas que regulan casos o materias semejantes (analogía legis) o a los principios derivados del propio código (analogía iuris).

En vigencia del criterio que anteriormente existía sobre el punto de derecho, al resolverse por el Tribunal el asunto aplicando la jurisprudencia se le estaba haciendo producir efectos al artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, y, por lo mismo, la decisión tenía que entenderse, siguiendo la opinión jurídica de la mayoría, ajustada a la ley; mas al modificarse la orientación sobre el tema, volviendo al criterio que siempre se tuvo de existir norma exactamente aplicable al caso, si se acude a la

"jurisprudencia" como norma de aplicación supletoria, necesariamente se aplica indebidamente el susodicho artículo y se infringe directamente la disposición que regula exactamente la controversia.

Empero, al comienzo manifesté que en el caso examinado ninguna duda hay en cuanto a que la interpretación errónea debió ser el concepto escogido para dirigir el ataque, pues el recurrente discrepa de la que hizo el Tribunal al hacer suyas las consideraciones de la sentencia de la Corte que transcribió in extenso, conforme se dice en el fallo que resuelve el recurso de casación.

Dejo así explicados los motivos que me llevan a aclarar el voto.

Rafael Méndez Arango

ÁRBITROS

Obligación legal de resolver la denuncia del empleador

ARMONIZACIÓN DE LAS CONVENCIONES COLECTIVAS CON LA LEY 100 DE 1993

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral - Santa Fe de Bogotá D.C., veintinueve (21) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. Carlos Isaac Nader

Radicación Nro. 13338

Acta 41

Resuelve la Corte en el día de hoy lo que en derecho corresponda, en relación con el recurso de homologación contra el laudo arbitral proferido el 1° de septiembre de 1999 por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado para dirimir el conflicto colectivo surgido entre el Sindicato de Trabajadores de Itagüí (Sintramita) y el Municipio de Itagüí.

Con el apuntado propósito, se considera:

El Alcalde del Municipio de Itagüí denunció los artículos 21, 22, 46 y 50 de la Convención Colectiva 1997-1998 que versan sobre auxilio por gastos de entierro, beneficio asistencial, aportes por anteojos y cobertura familiar en salud, argumentando que los riesgos a que hacen referencia son atendidos directamente por el sistema general de salud y de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993.

Para fundamentar la denuncia y la solicitud de armonización describió los problemas fiscales del Municipio y la situación económica, poniendo de presente el balance deficitario y el monto de la deuda pública que asciende a \$32.525.339.523,00, concluyendo así que las prestaciones convencionales no están acordes con la realidad social y económica de la entidad territorial.

Al pronunciarse sobre los puntos denunciados, los árbitros ratificaron el artículo 21 de la Convención, sobre auxilio funerario, al proferir el Vigésimo quinto del Laudo; en cuanto al artículo 22, respecto a los aportes por anteojos, incrementaron su cuantía en el artículo Décimo octavo del arbitramento. Igual hicieron con el beneficio asistencial y con el aporte para cobertura familiar en salud, confirmados mediante los artículos vigésimo segundo y vigésimo cuarto del citado fallo arbitral.

Observa la Sala, pues, que los árbitros no cumplieron la obligación legal que tenían de resolver la denuncia patronal encaminada a obtener la armonización de los puntos convencionales denunciados con el Sistema General de Salud y de Pensiones, toda vez que se limitaron a ratificarlos sin tener en cuenta que con ello produjeron una duplicidad de prestaciones que es lo que entre otras cosas, pretende subsanar la armonización ordenada en la Ley 100 de 1993 gravando así al municipio doblemente por la misma causa.

Esto, por cuanto el sistema prestacional de la Ley 100 de 1993 se debe aplicar a todos los trabajadores, salvo a quienes se encuentren exceptuados legalmente, sin importar que estén beneficiados por un régimen convencional, y en cumplimiento de los principios de universalidad, integralidad y unidad que gobiernan la seguridad social, de donde deriva la obligación de su afiliación al sistema general de salud y a un fondo de pensiones; de manera que la armonización reclamada por el Municipio tiende a evitar, entre otras cosas, el paralelismo prestacional y la dispersión en la inversión de recursos económicos, lo cual entrañaría para los empleadores, particulares o estatales, el cubrimiento de los costos que significaría la pertenencia de sus servidores a dos sistemas diferentes.

Conviene dejar en claro que la Ley 100 de 1993 no restringió en su totalidad la facultad de negociación colectiva de empleadores y trabajadores en lo concerniente al tema de seguridad social, sino que, conforme a sus principios y a lo preceptuado en su artículo 283, la modalidad extralegal que se adopte debe estar acorde con el Sistema de Seguridad Social Integral.

Considera la Sala, en consecuencia, que el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado para dirimir el conflicto colectivo atrás mencionado debe resolver el punto referido (auxilio de entierro, pagos por incapacidad, aportes para cobertura familiar en salud, y gastos de anteojos), motivo por el cual se le devolverá el expediente para que profiera la decisión pertinente. Una vez proferido el laudo complementario, lo remitirá a la CORTE para resolver los recursos de homologación propuestos.

POR LO EXPOSITO LA SALA RESUELVE:

PRIMERO: Devolver el expediente al Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado para dirimir el conflicto colectivo suscitado entre el Municipio de Itagüí y su Sindicato de Trabajadores, para que entre los 10 días siguientes a su reinstalación decida sobre los puntos anotados en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Una vez proferido el respectivo laudo complementario, el Tribunal de Arbitramento lo remitirá a esta Sala para resolver los puntos pendientes de los recursos interpuestos por las partes.

Cópiese. Notifíquese Cúmplase

Carlos Isaac Núñez, Francisco Escobar Henríquez, (Salvamento de voto); José Roberto Herrera Vergara, (Salvamento de voto); Rafael Méndez Arango, Luis Gonzalo Toro Correa, Germán G. Valdés Sánchez, Fernando Vásquez Botero.

Laura Margarita Manotas González, Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO

ARBITROS

No tienen facultad para dejar sin vigencia el régimen pensional convencional

Referencia: Expediente No. 13338

Disentimos respetuosamente de la decisión mayoritaria de la Sala de devolver parcialmente a los árbitros el expediente con el fin de que armonicen solamente los aspectos de salud, por cuanto consideramos que los arbitradores no tenían facultad alguna para dejar sin vigencia en su totalidad el régimen pensional establecido en el artículo 40 de la convención colectiva de trabajo celebrada entre el Sindicato de Trabajadores Municipales de Itagüí (Sintramita) y el Municipio de Itagüí antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

El Tribunal de Arbitramento no hizo en esta materia la armonización legal que debía efectuar, sino que, sin atribuciones para ello, acabó con todo el régimen convencional de pensiones de jubilación, desquiciando los derechos de los trabajadores.

La decisión de la que nos apartamos lleva implícita la consideración de que los arbitradores sí hicieron una armonización en materia de pensión de jubilación, cuando en verdad la decisión que adaptaron es lo más lejano a la acepción más elemental de dicho vocablo.

En lo que toca a pensiones de jubilación el artículo vigésimo de la decisión arbitral es del siguiente tenor:

"VIGÉSIMO. PENSION DE JUBILACION: Las pensiones causadas y reconocidas antes de la vigencia del presente laudo, las continuará pagando el Municipio de Itagüí, bajo la regulación de la convención colectiva de trabajo que las otorgó y consolidó el derecho.

"El Municipio debe establecer los recursos para el pago de estas pensiones de jubilación.

"En adelante las pensiones se regulan por la ley estatutaria de seguridad social."

Como se ve, la resolución arbitral sólo dejó vigentes las pensiones causadas y reconocidas antes de la vigencia del Laudo, pero dejó sin

efecto los Acuerdos colectivos que consagraba el régimen convencional de pensiones de jubilación, por cuanto dispuso que "en adelante las pensiones se regulan por la Ley Estatutaria (sic) de Seguridad Social".

Estimamos en consecuencia que le asiste plena razón al árbitro que salvó el voto a tan drástica decisión porque una cosa es armonizar y otra bien diferente suprimir o cercenar derechos estatuidos en cláusulas de convenciones colectivas de trabajo. Al armonizar el tribunal podía, verbigratia, fijar unas edades más elevadas de jubilación que las que aparecían en el Acuerdo colectivo o establecer un régimen complementario de beneficios pero no estaba facultado para derrumbar la normativa convencional, como ilegalmente lo hizo a nuestro juicio.

Dejamos en los anteriores términos sintetizada nuestra discrepancia con la decisión mayoritaria de la Sala en lo referente a pensión de jubilación, sin perjuicio, de que de ser necesario, amplíemos nuestro punto de vista si la decisión definitiva de la mayoría fuese la de abstenerse de anular el referido ordenamiento arbitral.

Francisco Escobar Henríquez, José Roberto Herrera Vergara

CONVENCION COLECTIVA
Medio de prueba en casación

INFRACCION DIRECTA

TRABAJO
Concepto

PRESTAMOS
Intereses

INTERESES MORATORIOS

CONVENCION COLECTIVA

Magistrado Ponente: Doctor Germán G. Valdés Sánchez

Radicación No. 12090

Acta No. 41

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral - Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por el apoderado del Banco Popular contra la sentencia dictada el 29 de mayo de 1998 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, dentro del proceso que en su contra adelanta la Unión Nacional de Empleados Bancarios "U.N.E.B."

ANTECEDENTES

El proceso lo promovió la Unión Nacional de Empleados Bancarios para que se condenara al Banco Popular, hoy recurrente, a consignar los aportes a que está obligado "en la cuenta de cada uno de los trabajadores de esa entidad en el Fondo Mutuo de Inversión del Banco Popular 'Fimebab' de acuerdo al(sic) artículo 12 de la convención colectiva de trabajo suscrita en el año de 1968" (folio 481), al igual que los intereses moratorios comerciales causados desde la fecha en la que debieron efectuarse los aportes.

Fundó sus pretensiones el sindicato en su afirmación de haberse obligado el Banco Popular a constituir dicho fondo mutuo de inversión "con el objeto de fomentar el ahorro entre los empleados del banco y facilitar la prestación de los servicios de crédito y demás fines propios de sus objeti-

vos (...) debiendo el banco contribuir con el 50% del aporte de cada uno de los empleados" (folio 481); aportes que suspendió sin existir una razón jurídica, y como consecuencia de ello "los trabajadores han visto desmejoradas financieramente sus cuentas individuales en el 'Fimebab' y disminuidas sus posibilidades en los servicios de crédito y demás por parte del fondo" (folio 482).

El Banco Popular se opuso a las pretensiones del demandante y fundó su defensa en el hecho de no estar obligado "a consignar aportes en cada una de las cuentas de los trabajadores (...) en el Fondo Mutuo de Inversión del Banco Popular 'Fimebab'" (folio 493), según está textualmente dicho en la contestación a la demanda.

Por fallo del 11 de agosto de 1997 el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad condenó al demandado "a consignar los aportes a que está obligado, en la cuenta de cada uno de los trabajadores de esta entidad que estén afiliados al Fondo Mutuos(sic) de Inversión (...) a partir del momento en que se suspendió dicho aporte y hasta la fecha en que se reanudó el mismo, para lo cual se deberán tener en cuenta los incrementos efectuados a los aportes que el Banco Popular efectuó para abonar a las cuentas de cada uno de los afiliados" (folio 535), tal cual se lee en la sentencia, en la que absolvió al demandado de las demás pretensiones del demandante. Esta última decisión fue modificada por el Tribunal para revocar lo resuelto por su inferior e igualmente condenar "a los intereses moratorios conforme a lo expuesto en la motivación de la sentencia de segunda instancia" (folio 552), y mantener la condena a consignar los aportes al fondo mutual.

EL RECURSO DE CASACIÓN

En la demanda con la que sustenta el recurso (folios 15 a 27), que fue replicada (folios 32 a 37), el recurrente le pide a la Corte que case la sentencia del Tribunal en cuanto lo condenó a consignar aportes en la cuenta de cada uno de los trabajadores afiliados al fondo mutuo de inversión, para que en instancia revoque por este aspecto el fallo del Juzgado y lo absuelva de esta pretensión o, en subsidio, "confirme en todas sus partes el fallo del *a quo* por no haber lugar a los intereses moratorios solicitados" (folio 18).

Al efecto le formula dos cargos que se estudiarán conjuntamente, conforme lo autoriza el artículo 51 del Decreto 2651 de 1991, adoptado como legislación permanente por el artículo 162 de la Ley 446 de 1998, teniendo en cuenta que ambos cargos se orientan por la vía directa. Para su estudio se toma en consideración lo replicado por el sindicato opositor.

En el primer cargo se afirma que "La sentencia impugnada viola por vía directa, en el concepto de interpretación errónea, los artículos 3.8.1.1., 3.8.2.5., 3.8.2.9. y 3.8.6.2. del decreto Ley 653 de 1998, el artículo 30 del Decreto Ley 1050 de 1968, el artículo 255 del Decreto Ley 1222 y (sic) de 1986 y el artículo 156 del Decreto Ley 133 de 1986, en relación todas

estas normas con los artículos 467 y 468 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 355 de la Constitución Nacional."

Señala además que:

"La interpretación errónea de las disposiciones legales arriba mencionadas, condujo al fallador a infringir directamente el artículo 1617 del Código Civil (en relación con el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo) y aplica indebidamente los artículos 883 y 884 del Código de Comercio (en relación con los artículos 145 del C.P.L. y 304 del C.P.C. -modificado por el Decreto 2282 de 1989-), respecto de la condena a intereses moratorios."

El segundo cargo, por su parte lo enuncia así:

"La sentencia impugnada infringe directamente el artículo 1617 del Código Civil (en relación con el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo) y a (sic) aplica indebidamente los artículos 883 y 884 del Código de Comercio (en relación con los artículos 145 del C.P.L. y 304 del C.P.C. -modificado por el Decreto 2282 de 1989-), respecto de la condena a intereses moratorios."

Para demostrar el primer cargo alega, en suma, que el artículo 12 de la convención colectiva suscrita el 5 de enero de 1989 se refiere a una "donación o apoyo" que constituye una ayuda económica de carácter voluntario para los trabajadores que sean ahorradores del Fondo Mutuo de Inversión de Empleados del Banco Popular, que por no ser recuperable constituye una donación o auxilio que no podía efectuar mientras tuvo la naturaleza de sociedad de economía mixta asimilada a empresa comercial e industrial del Estado, por expresa prohibición del artículo 355 de la Constitución Política, conforme lo explicó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto de 8 de noviembre de 1994; y que al haber sido privatizado el 22 de noviembre de 1996 reanudó los aportes al fondo en la forma prevista en la cláusula convencional, "pues a partir de esa fecha desaparece la prohibición constitucional y legal para hacerlo" (folio 22).

Al decir del impugnante, al haberse apoyado el Tribunal exclusivamente en la sentencia de homologación del 8 de noviembre de 1993 para confirmar la decisión del Juzgado, interpretó erróneamente las disposiciones legales que se señalan en el cargo, pues dada su naturaleza de entidad descentralizada no podía efectuar donaciones o auxilios al Fondo Mutuo de Inversión del Banco Popular.

En lo que hace a la condena que le fue impuesta de pagar intereses moratorios, en ambos cargos aduce que al Tribunal no le era dado profetizar dicha condena argumentando que "su procedencia es de elemental justicia" (folio 23 y 26), pues toda decisión debe estar soportada en el análisis de las pruebas recaudadas en el proceso y en los razonamientos legales o de equidad y doctrinarios que fundamenten las conclusiones, como lo enseña el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil.

Procedimiento Civil, aplicable a los juicios laborales en virtud de lo dispuesto en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo, por lo cual afirma que infringió directamente el artículo 1617 del Código Civil y aplicó indebidamente los artículos 883 y 884 del Código de Comercio, pues, en virtud de lo preceptuado en el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, es la primera de dichas normas la disposición legal pertinente por no tratarse de un negocio mercantil.

Según el recurrente, "al aludir la sentencia a la tasa vigente cuando se haga el pago se refiere a intereses comerciales, toda vez que para las obligaciones civiles de pagar una cantidad de dinero, el interés está fijado en el seis por ciento (6%) anual" (folios 24, 26 y 27); y como las disposiciones laborales no consagran norma alguna que regule la liquidación de los intereses en los procesos, "el sentenciador está obligado a acudir al artículo 1617 del Código Civil, debiéndose los intereses legales del seis por ciento anual previstos en tal precepto por no existir convenio entre las partes sobre el particular" (folios 24 y 27).

En lo pertinente el sindicato opositor replica el primer cargo diciendo que la obligación de aportar al fondo mutuo de inversión no es un auxilio sino una prestación convenida en su favor y el de sus afiliados, con la cual cumple una de las finalidades consagradas para las organizaciones sindicales en el numeral 8º del artículo 373 del Código Sustantivo del Trabajo, como es la de promover la creación y el desarrollo de cooperativas, cajas de ahorros, préstamos, auxilios mutuos, etc.

Y refiriéndose a la acusación de haber infringido directamente la sentencia el artículo 1617 del Código Civil y haber aplicado indebidamente los artículos 883 y 884 del Código de Comercio respecto de la condena a pagar los intereses moratorios, el replicante alega que la primera de dichas normas data de hace más de 100 años y que en la actualidad las tasas de interés corrientes fijadas por el Banco de la República "han llegado a superar el 45% anual, lo que hace que el 6% del artículo 1617 del C.C. no represente ninguna compensación razonable" (folio 36).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

No pudo haber incurrido el Tribunal en la interpretación errónea que denuncia el recurrente, puesto que para resolver lo aiente a la naturaleza de los auxilios convencionales no se refirió para nada a los artículos de los Decretos Leyes 1050 de 1968, 133 y 1222 de 1986 y 653 de 1993 que cita en el primero de los cargos, puesto que se limitó a seguir el criterio expresado por esta Sala de la Corte en sentencia de homologación del 8 de noviembre de 1993 (Rad. 6441), la que reprodujo en el fallo acusado en lo que estimó pertinente.

La imprecisión anotada afecta totalmente la presentación y desarrollo del cargo e impone necesariamente concluir su ineficacia, dado que tal denuncia se señala como el eje de las restantes violaciones normativas

que el recurrente hace depender de la demostración de esa errada exégesis normativa que el censor, equivocadamente, le atribuye al Tribunal.

Si el fallo acusado se apoya en las consideraciones que esta Sala incluyó en su sentencia de homologación de noviembre 8 de 1993 (rad. 6441), particularmente en el aparte que transcribe, hace suyas las mismas y el apoyo normativo de aquella decisión, dentro del cual no se encuentra ninguna de las disposiciones que el censor tacha de mal interpretadas.

Incluso el cargo acepta que el sustento único de la decisión del Tribunal en lo tocante con la procedencia de los aportes reclamados por el sindicato, es la decisión de homologación de esta Sala antes señalada y aunque califica de pertinente entrar en el estudio de la misma, en realidad lo que hace es un análisis del significado de la cláusula convencional que respalda la petición sindical, con el propósito de identificar si lo que se consagra en el artículo 12 de la convención corresponde a uno de los auxilios prohibidos por el artículo 355 de la Constitución Nacional, dado que tal posición es la que puede respaldar la omisión del Banco en el pago o consignación de los aportes en cuestión.

Lo anterior significa que el cargo tropieza con otra impropiedad del mismo, pues si el objeto del estudio es una cláusula convencional, la vía directa no procede para el efecto debido a que no se trata de una norma que se pueda encuadrar dentro de la concepción de ley sustantiva del orden nacional. Aunque en algún momento de la evolución jurisprudencial hubo inquietud sobre el tema, la realidad es que de tiempo atrás se encuentra justificada la posición de la jurisprudencia en el sentido de señalar que el contenido de una convención no es equiparable a una ley para los efectos del recurso de casación, sino que en realidad frente al mismo tiene la condición de prueba y por tanto, su acusación solo es viable por la vía indirecta y bajo la afirmación de no haber sido apreciada o haber sido mal estimada por el sentenciador.

Como el tema de los intereses moratorios deriva su existencia de la viabilidad del estudio sobre los aportes, lo concluido respecto de éstos afecta el análisis de aquéllos, cuando menos en lo que toca con el primer cargo, dado que frente al mismo resulta ineludible concluir su improcedencia, con la adicional anotación de que en realidad el Ad quem no se ajustó a lo preceptuado por el artículo 304 del CPC, como se explica adelante, lo que hace cuestionable, cuando menos, ser la aplicación indebida el modo como se produjo la violación de esta norma.

En el segundo cargo el censor se centra específicamente en el tema de los intereses, y en relación con lo expresado sobre el particular por el Tribunal, debe aceptar la Sala que tiene razón el recurrente cuando asevera que para sustentar la condena a pagar los intereses moratorios, aquel se limitó a asentar que "resulta apenas de elemental justicia" (folio 551), y en realidad este lacónico aserto no cumple con la exigencia que hace el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en el

procedimiento laboral por virtud de lo dispuesto en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo, al no poderse considerar como una fundamentación adecuada y razonable de una sentencia.

Sin embargo lo anterior no alcanza significación suficiente para lograr el cometido del cargo, pues el eje del mismo lo constituye la afirmación según la cual, lo anteriormente transcrito de la decisión acusada, generó la infracción directa del artículo 1617 del Código Civil y la aplicación indebida de los artículos 883 y 884 del Código de Comercio.

La infracción directa representa la ausencia en la decisión judicial, de la norma pertinente para resolver el conflicto materia de la misma, lo cual supone que para que se configure tal modo de violación debe partirse del postulado de ser esa precisa norma la reguladora de la situación en concreto, y de haber sido omitida por el juez, por ignorancia o rebeldía. Es decir, frente a lo expuesto en el cargo, para que se pueda aceptar esa infracción directa, habría que tener como pertinente para resolver el conflicto, el artículo 1617 del Código Civil y ello en realidad no corresponde a la verdad.

Para justificar su planteamiento sobre la procedencia de la aplicación de tal disposición, el censor acude a los principios de remisión y analogía normativa contemplados en el artículo 19 del C.S.T., pero al hacerlo se equivoca por cuanto se dirige al Código Civil sin tener en cuenta que dentro del orden que se consigna en la norma, se alude inicialmente a "las que regulen casos o materias semejantes", dentro de las cuales están las relacionadas con las de contenido social, muy particularmente las correspondientes a las leyes laborales y de Seguridad Social, que necesariamente desplazan las del Código Civil, y ello lleva a concluir que al no ser el artículo 1617 de tal estatuto la norma pertinente, mal puede acusarse al Tribunal por su falta de aplicación.

Lo relativo a las normas comerciales que se denuncian como mal aplicadas, tampoco es admisible, en primer término porque no aparece claro que el Tribunal hubiera acudido a ellas para solucionar este aspecto del litigio y en segundo lugar, porque la acusación la construye el censor en este punto, bajo el supuesto de no existir normas laborales que regulen la liquidación de intereses en los procesos, lo cual no es claro, pero además, de serlo, no sería suficiente para construir el supuesto de haberse aplicado por el Tribunal normas comerciales, pues, como ya se dijo, si se contempla la figura de los intereses moratorios en otras disposiciones de orden social.

Entiende la Sala que en gran medida la dificultad que enfrenta el cargo para identificar el respaldo normativo de la decisión del Tribunal en lo atinente a la condena por los intereses moratorios se origina en lo lacónico y ambiguo de la expresión del fallo, que indudablemente merecía su puntualización, fuera por la vía de la complementación o de la aclaración, pero bien se sabe que tales mecanismos tienen su trámite propio de acuerdo con las normas procesales, trámite que no puede ser reemplazado por la vía del recurso extraordinario de casación, cuyo objetivo es bien diferente.

Es cierto que la demanda inicial pide los intereses moratorios comerciales pero también lo es que no se expresa allí ningún fundamento, fáctico o normativo, que justifique específicamente esa petición, por lo que no puede colegirse que el Tribunal al hacer referencia solo a la condición de moratorios debiera aceptar necesariamente que fueran los comerciales, particularmente si se tiene en cuenta, como ya se dijo, que dentro del proceso de aplicación de los principios de remisión y de aplicación analógica, que son los pertinentes ante la ausencia de norma concreta en el Código Sustantivo del Trabajo sobre la materia, el orden señalado en el artículo 19 de esta codificación, impone la búsqueda en otros estatutos diferentes al mercantil.

Incluso puede considerarse que las normas comerciales son las más distantes dentro del proceso de escogencia de las que suplan el vacío normativo al que se ha hecho referencia, si se parte del postulado existente desde la creación de la Organización Internacional del Trabajo en 1919, según el cual "el trabajo no debe ser considerado simplemente como una mercancía o un artículo de comercio".

En la ponencia presentada inicialmente dentro del estudio que de este proceso ha realizado la Sala, se incluyeron consideraciones sobre el particular y sobre la aplicación de la remisión prevista en el artículo 19 del C.S.T., que ahora se adoptan como parte de la decisión, por lo que se trae a colación lo dicho por la extinguida Sección Segunda en la sentencia de 2 de febrero de 1994 (Rad. 6620), fallo al que corresponden los siguientes apartes:

"Estima conveniente la Sala recordar que desde la época en que se creó la Organización Internacional del Trabajo, en el artículo 41 [se] consagró como uno de sus principios fundamentales que 'el trabajo no debe ser considerado simplemente como una mercancía o un artículo de comercio'.

"A su vez, en la vigésima sexta reunión de la Conferencia General de la Organización del Trabajo congregada en Filadelfia el año de 1944 [se] reafirmó como uno de los principios fundamentales que 'el trabajo no es una mercancía'.

"De igual manera, en la llamada Carta de Bogotá de 1948 en el literal b) artículo 29 se reiteró una vez más que 'el trabajo es un derecho y un deber social; no será considerado como un artículo de comercio; reclama respeto para la libertad de asociación y la dignidad de quien lo presta y ha de efectuarse en condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso, tanto en los años de trabajo, como en la vejez o cuando cualquier circunstancia prive al hombre de la posibilidad de trabajar'.

"También en el orden nacional la legislación vigente unpara ese derecho fundamental, para lo cual establece una serie de principios que lo protegen como son, entre otros, que el trabajo goza de una especial protección, que contiene el mínimo de derechos y garantías de los trabajadores, que las disposiciones que lo regulan son de orden público, que los derechos y prerro-

gativas que se le conceden son irrenunciables, que la transacción en materia laboral sólo es válida cuando se trata de derechos inciertos y discutibles, que las disposiciones laborales producen efecto general e inmediato y que siempre que se presenten conflictos de carácter jurídico se preferirán las leyes del trabajo.

"Además, la actual Constitución Política elevó a canon institucional en su artículo 25 que el trabajo es un derecho y una obligación social que goza en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado".

Dentro de tal contexto, es natural concluir que no son las normas comerciales las que puedan regular una relación como la que se ventila en este proceso, dado que la obligación que de ella surge es claramente laboral y nacida de un convenio colectivo.

Pero que el artículo 884 del Código de Comercio no sea aplicable a una relación jurídica surgida entre un sindicato y un empleador que no es dable calificar como un "negocio mercantil" por haber surgido de una convención colectiva de trabajo, no significa que resulte forzoso concluir que la norma aplicable al caso sea el artículo 1617 del Código Civil, por ser lo cierto que aun cuando originalmente en el Código Sustantivo del Trabajo las únicas normas que aluden a los 'intereses' son los artículos 152 y 153, con posterioridad se han dictado leyes y decretos reguladores del trabajo humano subordinado en donde específicamente se establecen intereses legales superiores a los previstos en esa disposición civil.

Como es sabido, el artículo 152 regula la posibilidad de que se estipule que el "patrono prestamista" quede autorizado para retener del salario de los trabajadores que han contraído con él deudas para la adquisición de casa, la cuota acordada o prevista en los planes sobre financiación de viviendas "como abono a intereses y capital", mientras que el artículo 153 prohíbe que los préstamos o anticipos de salarios que haga el patrono al trabajador devenguen intereses, salvo que se trate precisamente de esas cuotas por concepto de préstamos para vivienda; pero ninguna de estas disposiciones indica cuál es la tasa de interés ni contempla la causación de ellos durante la mora, lo cual explica que deba acudir al principio de remisión buscando subsanar ese vacío.

Empero, como antes se dijo, en normas posteriores al artículo 1617 del Código Civil, como el Decreto Ley 3118 de 1968, se regularon intereses en favor de los trabajadores, previéndose en el artículo 33 que el Fondo Nacional del Ahorro liquidaría y abonaría en cuenta intereses del nueve por ciento anual sobre las cantidades que el 31 de diciembre de cada año figuraran en favor de cada empleado oficial. Posteriormente estos intereses legales en favor de los trabajadores se elevaron al doce por ciento anual en virtud de lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 41 de 1975, pero tampoco aquí se previó la situación de mora.

En cuanto hace a los trabajadores particulares, la Ley 52 de 1975 estableció que a partir del 1º de enero de ese año todo patrono obligado a pagar cesantía debía reconocer y pagar a cada trabajador intereses del doce por

ciento anual sobre los saldos que tuviera a su favor el 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, e incluso el decreto 116 de 1976, reglamentario de aquella ley, duplicó la tasa señalada para los casos de incumplimiento de la obligación reseñada.

Al crearse con la Ley 50 de 1990 el régimen especial de liquidación del auxilio de cesantía de aplicación obligatoria para los contratos de trabajo celebrados después de su vigencia, el legislador dispuso en el artículo 101 que las sociedades administradoras de fondos de cesantía deben garantizar una rentabilidad que "no podrá ser inferior a la tasa efectiva promedio de captación de los bancos y corporaciones financieras para la expedición de certificados de depósito a término con un plazo de noventa (90) días". La certificación de la tasa promedio de captación le compete al Banco de la República, según lo prevé dicha norma.

También la Ley 100 de 1993 en sus artículos 23, 101, 102 y 141 se ocupa del tema de la rentabilidad mínima que debe abonarse en las cuentas de ahorro pensional individual de los afiliados, los intereses de mora a cargo del empleador que no consigna dentro de los plazos señalados al efecto sus aportes y el de los trabajadores a su servicio, y los intereses que debe cubrir al pensionado la entidad que tiene a su cargo el pago de la pensión.

En el caso de los intereses moratorios a cargo del empleador que no consigna los aportes de cuyo pago es responsable, el artículo 23 de la Ley 100 de 1993 dispone que dicho interés sea "igual al que rige al impuesto para la renta y complementario"; en cuanto a la rentabilidad mínima que las sociedades administradoras de los fondos de cesantía deben garantizar a sus afiliados, el artículo 101 de la ley establece que la determina el Gobierno Nacional "teniendo en cuenta rendimientos en papeles e inversiones representativas del mercado que sean comparables", conforme lo dice textualmente el precepto, que asimismo dispone que esa rentabilidad mínima no puede ser inferior "a la tasa de mercado definida, teniendo en cuenta el rendimiento de los títulos emitidos por la Nación y el Banco de la República"; y para el caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, el artículo 145 establece que los intereses equivalen a "la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago".

De esta somera relación resulta que por lo menos desde 1968 existen disposiciones legales que regulan el trabajo humano subordinado y la seguridad social en las cuales se establecen intereses legales superiores a los previstos en el artículo 1617 del Código Civil, por lo que no puede admitirse que en un caso como el presente se acuda a los principios del derecho común que se derivan de dicho código, ignorando las normas que regulan casos o materias semejantes en el propio Código Sustantivo del Trabajo, o en las leyes posteriores que lo han modificado o en aquellas otras que se refieren al pago de intereses en favor de los trabajadores o de los vinculados a un sistema de seguridad social.

Se concluye entonces, que la aplicación analógica que autoriza el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, cuando no haya norma exactamente aplicable al caso controvertido, como ya se dijo, obliga a que la búsqueda de las disposiciones que regulan casos o materias semejantes deba iniciarse dentro del propio ordenamiento laboral o en las leyes sobre seguridad social, dado que son dichas disposiciones con las que existe una semejanza relevante y ya se vio que en varias de ellas, se prevé no solo la figura de los intereses en forma general, sino también los que proceden en caso de mora, situación esta última que en concreto corresponde a la debatida en este proceso.

Lo expuesto impone como conclusión que los cargos no prosperan y dado que hubo réplica, las costas del recurso extraordinario corren a cargo de la demandada recurrente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá el 29 de Mayo de 1998, dentro del proceso adelantado por la Unión Nacional de Empleados Bancarios "U.N.E.B." contra el Banco Popular.

Costas del recurso extraordinario a cargo de la demandada.

Cópiase. Notifíquese, Publíquese, insertese en la Gaceta Judicial y Devuélvase el Expediente al Tribunal de Origen.

Germán G. Valdés Sánchez, Francisco Escobar Henríquez, José Roberto Herrera Vergara, (Aclaración de voto); Carlos Isaac Náder, Rafael Méndez Arango, (salvamento de voto); Luis Gorzato Toro Correa, Fernando Vásquez Botero.

Laura Margarita Manotas González, Secretaria

ACLARACION DE VOTO
INTERESES MORATORIOS
Aportes - Mesadas pensionales

Radicación No. 12090

Aun cuando comparto la parte resolutive adoptada, por mayoría, por la Sala, aclaro respetuosamente mi voto porque considero necesario despejar cualquier duda interpretativa que pudiese surgir sobre el contenido de la decisión en punto a los intereses moratorios.

1-. Cabe advertir que la propia entidad recurrente no discurrió en el segundo cargo la procedencia de los intereses moratorios, dado su evidente incumplimiento de la obligación de hacer aportes al fondo de empleados para los fines pactados entre el sindicato y el banco. Siendo ello así, es indiscutible que se trata de una deuda de seguridad social, y por ende de "contenido social", como lo proclama la sentencia de la Corte.

Entonces, es a todas luces innegable que en casos como el aquí debatido resulta improcedente la aplicación del artículo 1617 del Código Civil, como lo pretendió la impugnante, y por el contrario, en acatamiento al artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, tienen plena vigencia en el sub lite las leyes que regulan casos o materias semejantes.

2-. Pero ocurre que era al menos innecesario y podría crear cierta confusión, relacionar disposiciones que no se refieren a los intereses por mora o no se aplican a trabajadores oficiales - dado que por la época de los hechos los trabajadores de la demandada tenían tal calidad -, como sucede con los artículos 33 del Decreto Extraordinario 3118 de 1968, 3º de la Ley 41 de 1975, 101 de la Ley 50 de 1990, la Ley 52 de 1975 y el Decreto 116 de 1976, reglamentario de ésta.

Tampoco son intereses moratorios los rendimientos obtenidos en el manejo de los fondos de pensiones, ni la rentabilidad mínima en caso de liquidación, fusión o cesión de la administradora o retiro del afiliado, previstos en los artículos 101 y 102 de la Ley 100.

De modo que de todo este listado de preceptos sería equivocado entender la sentencia de la Corte, en el sentido de que admita como posible la aplicación de disposiciones que se refieran simplemente a intereses corrientes, como algunas de las relacionadas en el mencionado fallo, o que se apliquen sólo a trabajadores particulares.

3-. En consecuencia, quedarían únicamente como razonablemente aplicables por analogía los artículos 23 y 141 de la Ley 100 de 1993, vigentes al momento de la deuda de la empleadora: el primero dispone los intereses por mora cuando el empleador responsable de "los aporques" no los consigne dentro de los plazos señalados para el efecto, y el segundo, los dichos intereses en el evento de mora en el pago de mesadas pensionales.

Y como quiera que frente a una duda admitida por el propio juzgador en torno a normas jurídicamente aplicables, la Constitución Política le determina la conducta a seguir, en el sentido de que debe acoger la más favorable al trabajador, en el caso bajo examen ese derecho de "contenido social" no puede quedarse en el plano de lo simplemente teórico o ilusorio, sino manifestarse en su clara consecuencia normativa que impone "la tasa máxima de interés moratorio vigente al momento en que se efectúe el pago", como lo dispone el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que es una de las hipótesis aplicables analógicamente reconocidas por la mayoría de la Sala.

4-. Me he permitido hacer respetuosamente las anteriores reflexiones porque considero que las decisiones judiciales deben procurar brindar a los destinatarios de ellas seguridad jurídica y además porque coincide que los derechos laborales fruto del trabajo humano no pueden considerarse simplemente como una mercancía, sino ocupar el elevado stíal que les incumbe, por lo que resultaría un contrasentido que en los casos de mora, los intereses de las obligaciones comerciales rengan una rentabilidad alta y los del trabajo una írita, porque así sí se cumpliría lo que con razón expone el apoderado del sindicato, de que para un empleador resultaría "más rentable no cancelar obligaciones dinerarias para con sus trabajadores colocando dichos recursos en el mercado financiero mientras se producen las sentencias condenatorias en su contra".

Por lo dicho estimo que en los excepcionales casos en que la jurisprudencia ha admitido el pago de intereses moratorios en materia laboral, que no estén regulados por norma especial, deben seguirse tales derroteros, no sólo por tratarse de derechos de contenido social, sino porque en materia laboral y de seguridad social existen esas claras disposiciones que le atribuyen ese elevado rango especial.

Dejo en los anteriores términos aclarado mi voto.

Fecha ut supra.

José Roberto Herrera Vergara

SALVAMENTO DE VOTO

INTERESES

Moratorios - Comerciales

SINDICATO

Delegación expresa de los afiliados

ACCIONES DE LOS SINDICATOS

CONVENCION COLECTIVA

TRABAJO

Concepto

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral.-

Radicación 12090

Por cuanto la ponencia que presenté a consideración de la Sala no fue acogida -aun cuando es justo que reconozca que el magistrado a quien le correspondió elaborar el proyecto que se convirtió en sentencia, tuvo la gentileza de incluir algunas de las ideas por mí presentadas-, resulta apenas elemental que discrepe de lo decidido por la mayoría, haciendo énfasis en que la diferencia primordial está referida al punto atinente a la naturaleza de los intereses moratorios a los cuales resultó condenado el Banco Popular.

En efecto: no obstante que tanto el banco recurrente como el sindicato opositor coinciden en que los "intereses moratorios" a los que aquél fue condenado son los intereses por mora comerciales pedidos en la demanda inicial, la mayoría -inexplicablemente, en mi criterio- concluye asentando que sobre este punto la sentencia acusada carece de claridad; oscuridad que dice debió ser subsanada mediante la solicitud de que se aclarara o se complementara, o para decirlo utilizando las textuales palabras de la sentencia de la que me aparto: "lo lacónico y ambiguo de la expresión del fallo (...) indudablemente merecía su puntualización, fuera por la vía de la complementación o de la aclaración" (página 14).

Aunque sé que esta manifestación mía podría ser tomada como descomedida frente a la mayoría, creo ineludible manifestar que no veo el

porqué de entender la sentencia por fuera del contexto del pleito. Para mí tengo que si alguien demanda que se condene a otro al pago de unos intereses por mora comerciales, como aquí lo hizo la Unión Nacional de Empleados Bancarios, y el Tribunal, sin una mayor fundamentación y sin precisar que se tratara de intereses diferentes a los pedidos, accedió a la pretensión y condenó al demandado a que pagara "intereses moratorios", lo único razonable es concluir que fue lo solicitado y no a otra cosa diferente lo que concedió.

La otra discrepancia la constituye mi entendimiento de no estar legitimado el sindicato para exigir el pago de daños y perjuicios para cada uno de los trabajadores afiliados, pues para ello tendría que existir delegación expresa de quienes consienten en ser representados para tal efecto por la organización sindical.

Como estimo que la mejor manera de explicar las razones de mi dissentimiento la constituye la expresión textual de los argumentos que presenté en la ponencia rechazada, a continuación me permito transcribirla in extenso.

1. ANTECEDENTES

El proceso lo promovió la Unión Nacional De Empleados Bancarios para que se condenara al Banco Popular, hoy recurrente, a consignar los aportes a que está obligado "en la cuenta de cada uno de los trabajadores de esa entidad en el Fondo Mutuo de Inversión del Banco Popular 'Fimebab' de acuerdo al(ste) artículo 12 de la convención colectiva de trabajo suscrita en el año de 1968" (folio 481), al igual que los intereses moratorios comerciales causados desde la fecha en la que debieron efectuarse los aportes.

Fundó sus pretensiones el sindicato en su afirmación de haberse obligado el Banco Popular a constituir dicho fondo mutuo de inversión "con el objeto de fomentar el ahorro entre los empleados del banco y facilitar la prestación de los servicios de crédito y demás fines propios de sus objetivos (...) debiendo el banco contribuir con el 50% del aporte de cada uno de los empleados" (folio 481); aportes que suspendió sin existir una razón jurídica, y como consecuencia de ello "los trabajadores han visto desmejoradas financieramente sus cuentas individuales en el 'Fimebab' y disminuidas sus posibilidades en los servicios de crédito y demás por parte del fondo" (folio 482).

El Banco Popular se opuso a las pretensiones del demandante y fundó su defensa en el hecho de no estar obligado "a consignar aportes en cada una de las cuentas de los trabajadores (...) en el Fondo Mutuo de Inversión del Banco Popular 'Fimebab'" (folio 493), según está textualmente dicho en la contestación de la demanda.

Por fallo del 11 de agosto de 1997 el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad condenó al demandado "a consignar los aportes a que está obligado, en la cuenta de cada uno de los trabajadores de esta

entidad que están afiliados al Fondo Mutuos(sic) de Inversión (...) a partir del momento en que se suspendió dicho aporte y hasta la fecha en que se reanudó el mismo, para lo cual se deberán tener en cuenta los incrementos efectuados a los aportes que el Banco Popular efectuó para abonar a las cuentas de cada uno de los afiliados" (folio 535), tal cual se lee en la sentencia, en la que absolvió al demandado de las demás pretensiones del demandante; decisión que el Tribunal modificó para revocar lo resuelto por su inferior e igualmente condenar "a los intereses moratorios conforme a lo expuesto en la motivación de la sentencia de segunda instancia" (folio 552), y mantener la condena a consignar los aportes al fondo mutual.

II. EL RECURSO DE CASACIÓN

En la demanda con la que sustenta el recurso (folios 15 a 27), que fue replicada (folios 32 a 37), el recurrente le pide a la Corte que case la sentencia del Tribunal en cuanto lo condenó a consignar aportes en la cuenta de cada uno de los trabajadores afiliados al fondo mutuo de inversión, para que en instancia revoque por este aspecto el fallo del Juzgado y lo absuelva de esta pretensión o, en subsidio, "confirme en todas sus partes el fallo del a quo por no haber lugar a los intereses moratorios solicitados" (folio 18).

Al efecto le formula dos cargos que se estudiarán conjuntamente, conforme lo autoriza el artículo 51 del Decreto 2651 de 1991, adoptado como legislación permanente por el artículo 162 de la Ley 446 de 1998, tomando en consideración lo replicado por el sindicato opositor.

En ambos acusa un heterogéneo conjunto normativo en el cual incluye los artículos 19, 467 y 468 del Código Sustantivo del Trabajo, 1617 del Código Civil y 886 y 884 del Código de Comercio, únicos que para los efectos del recurso resultan pertinentes señalar por constituir ellos la base esencial del fallo impugnado.

Para demostrar el primer cargo alega, en suma, que el artículo 12 de la convención colectiva suscrita el 5 de enero de 1989 se refiere a una "donación o apoyo" que constituye una ayuda económica de voluntario para los trabajadores que sean ahorradores del Fondo Mutuo de Inversión de Empleados del Banco Popular, que por no ser recuperable constituye una donación o auxilio que no efectuar mientras tuvo la naturaleza de sociedad de economía mixta asimilada a empresa comercial e industrial del Estado, por expresa prohibición del artículo 355 de la Constitución Política, conforme lo explicó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto de 8 de noviembre de 1994; y que al haber sido privatizado el 22 de noviembre de 1996 reanudó los aportes al fondo en la forma prevista en la cláusula convencional, "pues a partir de esa fecha desaparece la prohibición constitucional y legal para hacerlo" (folio 22).

Al decir del impugnante al haberse apoyado el Tribunal exclusivamente en la sentencia de homologación de 8 de noviembre de 1993 para

confirmar la decisión del Juzgado, interpretó erróneamente las disposiciones legales que en el cargo, pues dada su naturaleza de entidad descentralizada no podía efectuar donaciones o auxilios al Fondo Mutuo de Inversión del Banco Popular.

En lo que hace a la condena que le fue impuesta de pagar intereses moratorios, en ambos cargos aduce que al Tribunal no le era dado preferir dicha condena argumentando que "su procedencia es de elemental justicia" (folio 23 y 26), pues toda decisión debe estar soportada en el análisis de las pruebas recaudadas en el proceso y en los razonamientos legales o de equidad y doctrinarios que fundamenten las conclusiones, como lo enseña el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los juicios laborales en virtud de lo dispuesto en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo, por lo cual afirma que infringió directamente el artículo 1617 del Código Civil y aplicó indebidamente los artículos 883 y 884 del Código de Comercio, pues, en virtud de lo preceptuado en el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, es la primera de dichas normas la disposición legal pertinente por no tratarse de un negocio mercantil.

Según el recurrente, "al aludir la sentencia a la tasa vigente cuando se haga el pago se refiere a intereses comerciales, toda vez que para las obligaciones civiles de pagar una cantidad de dinero, el interés está fijado en el seis por ciento (6%) anual" (folios 24, 26 y 27); y como las disposiciones laborales no consagran norma alguna que regule la liquidación de los intereses en los procesos, "el sentenciador está obligado a acudir al artículo 1617 del Código Civil, debiéndose los intereses legales del seis por ciento anual previstos en tal precepto por no existir convenio entre las partes sobre el particular" (folios 24 y 27).

En lo pertinente el sindicato opositor replica el primer cargo diciendo que la obligación de aportar al fondo mutuo de inversión no es un auxilio sino una prestación convenida en su favor y el de sus afiliados, con la cual cumple una de las finalidades consagradas para las organizaciones sindicales en el numeral 8º del artículo 373 del Código Sustantivo del Trabajo, como es la de promover la creación y el desarrollo de cooperativas, cajas de ahorros, préstamos, auxilios mutuos, etc.

Y refiriéndose a la acusación de haber infringido directamente la sentencia el artículo 1617 del Código Civil y haber aplicado indebidamente los artículos 883 y 884 del Código de Comercio respecto de la condena a pagar los intereses moratorios, el replicante alega que la primera de dichas normas data de hace más de 100 años y que en la actualidad las tasas de interés corrientes fijadas por el Banco de la República "han llegado a superar el 45% anual, lo que hace que el 6% del artículo 1617 del C.C. no representa ninguna compensación razonable" (folio 36).

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

No pudo haber incurrido el Tribunal en la interpretación errónea que denuncia el recurrente, puesto que para resolver lo atinente a la

naturaleza de los auxilios convencionales no se refirió para nada a los artículos de los Decretos Leyes 1050 de 1968, 133 y 1222 de 1986 y 653 de 1993 que cita en el primero de los cargos, puesto que se limitó a seguir el criterio expresado por esta Sala de la Corte en sentencia de homologación del 8 de noviembre de 1993 (Rad. 6441), la que reprodujo en el fallo acusado en lo que estimó pertinente.

En cambio tiene razón cuando asevera que violó la ley el Tribunal porque para sustentar la condena a pagar los intereses moratorios se limitó a asentar que "resulta apenas de elemental justicia" (folio 551), ya que este lacónico aserto en realidad no cumple con la exigencia que hace el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al procedimiento del trabajo por virtud de lo dispuesto en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo, al no poderse considerar como una fundamentación adecuada y razonable de una sentencia.

Y si como lo entienden tanto el Banco Popular y la Unión Nacional de Empleados Bancarios, los "intereses moratorios" a los que fue condenado el recurrente con los intereses moratorios comerciales pedidos en la demanda inicial, también violó directamente la ley el Tribunal por haber aplicado indebidamente el artículo 884 del Código de Comercio, pues, por ministerio del artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, cuando no haya norma exactamente aplicable al caso controvertido, ni tampoco pueda resolverse el asunto con cualquiera otra de las normas de aplicación supletoria que allí se enumeran, deberá el juez resolver el conflicto acudiendo a "los convenios y recomendaciones adoptados por la organización y las conferencias internacionales del trabajo" y a "los principios del derecho común que no sean contrarios a los del derecho del trabajo"; y ocurre que desde cuando se creó la Organización Internacional del Trabajo en 1919 se consagró como uno de sus principios fundamentales que "el trabajo no debe ser considerado simplemente como una mercancía o un artículo de comercio".

Así lo explicó la extinguida Sección Segunda en la sentencia de 2 de febrero de 1994 (Rad. 6620), fallo al que corresponden los siguientes apartes:

"Estima conveniente la Sala recordar que desde la época en que se creó la Organización Internacional del Trabajo, en el artículo 41 [se] consagró como uno de sus principios fundamentales que 'el trabajo no debe ser considerado simplemente como una mercancía o un artículo de comercio'.

"A su vez, en la vigésima sexta reunión de la Conferencia General de la Organización del Trabajo congregada en Filadelfia el año de 1944 [se] reafirmó como uno de los principios fundamentales que 'el trabajo no es una mercancía'.

"De igual manera, en la llamada Carta de Bogotá 1948 en el literal b) artículo 29 se reiteró una vez más que 'el trabajo es un derecho y un deber social; no será considerado como un artículo de comercio: reclama

respeto para la libertad de asociación y la dignidad de quien lo presta y ha de efectuarse en condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso, tanto en los años de trabajo, como en la vejez o cuando cualquier circunstancia prive al hombre de la posibilidad de trabajar.

"También en el orden nacional la legislación vigente ampara ese derecho fundamental, para lo cual establece una serie de principales que lo protegen como son, entre otros, que el trabajo goza de una especial protección, que contiene el mínimo de derechos y garantías de los trabajadores, que las disposiciones que lo regulan son de orden público, que los derechos y prerrogativas que se le conceden son irrenunciables, que la transacción en materia laboral sólo es vigilada cuando se trata de derechos inciertos y discutibles, que las disposiciones laborales producen efecto general e inmediato y que siempre que se presenten conflictos de carácter jurídico se preferirán las leyes del trabajo.

"Además, la actual Constitución Política elevó a canon institucional en su artículo 25 que el trabajo es un derecho y una obligación social que goza en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado".

Por cuanto de manera expresa el artículo 884 del Código de Comercio regula los intereses "cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital", es claro que resulta indebida su aplicación en el caso, en el cual se demandó el pago de intereses por el incumplimiento de una obligación originada en una convención colectiva de trabajo, pues, como atrás quedó dicho, constituye un principio fundamental adoptado por la Organización Internacional del Trabajo desde su fundación el 28 de abril de 1919, que el trabajo humano "no debe considerarse como una mercancía o un artículo de comercio", razón por la que aun cuando el Banco Popular desarrolla actividades comerciales, al celebrar la convención colectiva de trabajo en la que se obligó a constituir el fondo mutuo de inversión y efectuar los aportes en favor de los trabajadores, no realizó un negocio mercantil sino que lo hizo en su condición de empleador.

Pero que el artículo 884 del Código de Comercio no sea aplicable a una relación jurídica surgida entre un sindicato y un empleador que no es dable calificar como un "negocio mercantil" por haber surgido de una convención colectiva de trabajo, no significa que resulte forzoso concluir que la norma aplicable al caso sea el artículo 1617 del Código Civil, por ser lo cierto que aun cuando originalmente en el Código Sustantivo del Trabajo las únicas normas que aluden a los intereses son los artículos 152 y 153, con posterioridad se han dictado leyes y decretos reguladores del trabajo humano subordinado en donde específicamente se establecen intereses legales superiores a los previstos en esa disposición civil.

Como es sabido, el artículo 152 regula la posibilidad de que se estipule que el 'patrono prestamista' quede autorizado para retener del salario de los trabajadores que han contratado con 61 deudas para la adquisición de casa, la cuota acordada o prevista en los planes sobre financiación de viviendas "como abono a intereses y capital", mientras que el ar-

Artículo 153 prohíbe que los préstamos o adelantos de salarios que haga el patrono al trabajador devenguen intereses, salvo que se trate precisamente de esas cuotas por concepto de préstamos para vivienda; pero ninguna de estas disposiciones indica cual es la tasa de interés, por lo que resultaba razonable entender que la laguna debía llenarse acudiendo a las normas de derecho común, y de manera específica el artículo 1617 del Código Civil.

Empero, como antes se dijo, en normas posteriores, como el Decreto Ley 3118 de 1968, se regularon intereses en favor de los trabajadores, previéndose en el artículo 33 que el Fondo Nacional del Ahorro liquidaría y abonaría en cuenta intereses del nueve por ciento anual sobre las cantidades que el 31 de diciembre de cada año figuraran en favor de cada empleado oficial. Posteriormente estos intereses legales en favor de los trabajadores se elevaron al doce por ciento anual en virtud de lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 41 de 1975.

En cuanto hace a los trabajadores particulares, la Ley 52 de 1975 estableció que a partir del 1° de enero de ese año todo patrono obligado a pagar cesantía debía reconocer y pagar a cada trabajador intereses del doce por ciento anual sobre los saldos que tuviera a su favor el 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía.

Al crearse con la Ley 50 de 1990 el régimen especial de liquidación del auxilio de cesantía de aplicación obligatoria para los contratos de trabajo celebrados después de su vigencia, el legislador dispuso en el artículo 101 que las sociedades administradoras de fondos de cesantía deben garantizar una rentabilidad que "no podrá ser inferior a la tasa efectiva promedio de captación de los bancos y corporaciones financieras para la expedición de certificados de depósito a término con un plazo de noventa (90) días". La certificación de la tasa promedio de captación le compete al Banco de la República, según lo prevé dicha norma.

También la Ley 100 de 1993 en sus artículos 23, 101, 102 y 141 se ocupa del tema de la rentabilidad mínima que debe abonarse en las cuentas de ahorro pensional individual de los afiliados, los intereses de mora a cargo del empleador que no consigna dentro de los plazos señalados al efecto sus aportes y el de los trabajadores a su servicio, y los intereses que debe cubrir al pensionado la entidad que tiene a su cargo el pago de la pensión.

En el caso de los intereses moratorios a cargo del empleador que no consigna los aportes de cuyo pago es responsable, el artículo 23 de la Ley 100 de 1993 dispone que dicho interés sea "igual al que rige al impuesto para la renta y complementario"; en cuanto a la rentabilidad mínima que las sociedades administradoras de los fondos de cesantía deben garantizar a sus afiliados, el artículo 101 de la ley establece que la determine el Gobierno Nacional "teniendo en cuenta rendimientos en papeles a inversiones representativas del mercado que sean comparables", conforme lo

dice textualmente el preceptor que asimismo dispone que esa rentabilidad mínima no puede ser inferior "a la tasa de mercado definida, teniendo en cuenta el rendimiento de los títulos emitidos por la Nación y el Banco de la República"; y para el caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, el artículo 145 estatuye que los intereses equivalen a "la tasa máxima de interés moratoria vigente en el momento en que se efectúe el pago".

De esta somera relación resulta que por lo menos desde 1968 existen disposiciones legales que regulan el trabajo humano subordinado en las cuales se establecen intereses legales superiores a los previstos en el artículo 1617 del Código Civil, por lo que no puede admitirse que se acuda a los principios del derecho común que se derivan de dicho código, ignorando las normas que regulan casos o materias semejantes en el propio Código Sustantivo del Trabajo, o en las leyes posteriores que lo han modificado o en aquellas otras que se refieren al pago de intereses en favor de los trabajadores.

Ello por cuanto la aplicación analógica que autoriza el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo cuando no haya norma exactamente aplicable al caso controvertido, obliga a que la búsqueda de estas disposiciones que regulan casos o materias semejantes deba intelerarse dentro del propio ordenamiento laboral, o en las leyes sobre seguridad social, dado que es en dichas disposiciones que existe una semejanza relevante.

Resumiendo y concluyendo: El cargo es fundado en cuanto acusa al Tribunal de haber violado la ley cuando al sustentar la condena a pagar los intereses moratorios, con olvido de lo dispuesto en el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al procedimiento del trabajo en razón de lo establecido por el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo, por toda fundamentación de dicha condena se limitó a lacónicamente asentar que "resulta apenas de elemental justicia" (folio 551), ya que este aserto no puede considerarse como la debida fundamentación de una sentencia.

Igualmente le asiste razón al recurrente cuando acusa el fallador de haber aplicado indebidamente el artículo 884 del Código de Comercio, pues dicha norma regula los intereses "cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital", y constituye averiguada verdad que el trabajo humano "no debe considerarse como una mercancía o un artículo de comercio", por lo que el vínculo jurídico que adquirió el Banco Popular al celebrar la convención colectiva de trabajo en la que se obligó a constituir el fondo mutuo de inversión y a hacer aportes en favor de los trabajadores no constituye un negocio mercantil porque claramente se trata de una obligación laboral que adquirió en su calidad de empleador.

Empero, no le asiste razón al impugnante en cuanto asevera que al no existir norma en el Código Sustantivo del Trabajo que regule el monto de los intereses, resultaba imperativo acudir al artículo 1617 del Código Civil, pues está demostrado que si existen leyes reguladoras del trabajo

humano subordinado que establecen tasas de interés superiores a las consagradas en dicha norma.

Significa lo anterior que el cargo es fundado y habrá, por consiguiente, de casarse la sentencia.

IV. CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

Para sustentar la sentencia de reemplazo debe la Corte, como tribunal *ad quem*, hacer las siguientes consideraciones:

Ante todo precisa recordar que los artículos 475 y 476 del Código Sustantivo del Trabajo expresamente se refieren a las acciones que tienen los sindicatos que sean parte de una convención colectiva para exigir su cumplimiento o el pago de daños y perjuicios y las que tienen. Los trabajadores obligados por un convenio de esta especie para asimismo exigir su cumplimiento o el pago de daños y perjuicios, siempre que el incumplimiento les haya ocasionado un perjuicio individual. El segundo de estos preceptos autoriza a los trabajadores para delegar el ejercicio de esta acción en su sindicato.

Este proceso lo promovió la Unión Nacional de Empleados Bancarios, que como sindicato está legitimado por el artículo 475 del Código Sustantivo del Trabajo para exigir el cumplimiento de la convención colectiva o el pago de los daños y perjuicios que como persona jurídica le haya irrogado dicho incumplimiento. También estaba facultado para como delegatario de la acción de cada uno de sus trabajadores exigir el cumplimiento de dicho convenio o el pago de los daños y perjuicios que individualmente haya sufrido cada trabajador; pero como en la demanda el sindicato no pidió la reparación de los perjuicios que le ocasionó el incumplimiento de la cláusula convencional, sino la reparación para cada uno de sus afiliados de manera indeterminada, mas sin haber acreditado que los trabajadores le hubieran delegado el ejercicio de esa acción, es forzoso concluir que resulta improcedente por este aspecto la demanda.

Se sigue de lo anterior que aun cuando el sindicato tiene capacidad para comparecer en juicio para exigir el cumplimiento de una convención colectiva o el pago de daños y perjuicios en su condición de persona jurídica y que igualmente puede ejercitar la acción a nombre de los trabajadores cuando ellos le hayan delegado su ejercicio, como en este asunto no probó la Unión Nacional de Empleados Bancarios que los trabajadores afiliados al sindicato le hubieran delegado la acción personal que tienen para reclamar la reparación de los perjuicios individuales que les ocasiona el incumplimiento de la convención colectiva, se impone desestimar la demanda por falta de ese presupuesto procesal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia dictada el 29 de mayo de 1998 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en cuan-

to por su primer ordenamiento condena al Banco Popular a pagar los intereses moratorios, para, actuando como tribunal de instancia, inhibirse de resolver sobre la pretensión de la Unión Nacional de Empleados Bancarios de que se condenara al demandado a consignar en la cuenta de cada uno de los trabajadores los intereses moratorios comerciales causados desde la fecha en que debieron efectuarse los aportes establecidos en el artículo 12 de la convención colectiva de trabajo suscrita en 1968. No la casa en lo demás.

De esta manera, que debo aceptar es bastante heterodoxa, explico todas las razones por las cuales no puedo acompañar a la mayoría en la sentencia, pues, a diferencia de lo que yo propuse, se concluyó que no prosperaban ninguno de los dos cargos.

Con mi acostumbrado respeto a la mayoría.

Rafael Méndez Arango

PRINCIPIO DE GRATUIDAD EN MATERIA LABORAL

AMPARO DE POBREZA

PRINCIPIO DE INTEGRACION

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral - Santa Fe de Bogotá, D.C., octubre veintiseis (26) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Doctor *Fernando Vásquez Bolero*.

Radicación Nro. 12224

Acta Nro. 037

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por Fernando Hernández Chaux contra la sentencia del 16 de octubre de 1998, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá D.C., en el juicio promovido por el recurrente a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero.

ANTECEDENTES

Fernando Hernández Chaux demandó a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en aras de la prosperidad de estas pretensiones: que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, entre el 9 de abril de 1972 y el 10 de octubre de 1991, y que fue la demandada la que lo dio por terminado injusta e ilegalmente; que se condene a la empleadora a reintegrarlo en las mismas condiciones de empleo, oficio o actividad laboral, que venía desempeñando cuando fue despedido; que se condene a la empresa al pago de prima extralegal de vacaciones, conforme el artículo 31 convencional, y correspondiente al período abril 9 de 1990 - abril 9 de 1991, así como al de abril 10 - octubre 10 de 1991; que se le ordene a la demandada pagarle los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido y hasta cuando se haga efectivo el reintegro, con la correspondiente indexación.

En subsidio demandó: que se condene a la reclamada al pago de las prestaciones sociales que se causaron como consecuencia del despido y las cuales no fueron canceladas en su oportunidad, tales como cesantías, intereses sobre cesantías, prima de servicios legales y extralegales, e indemnización convencional por despido injustificado; la indemnización moratoria por el no pago oportuno de prestaciones sociales; la pensión por haber laborado más de 19 años continuos e ininterrumpidos, confor-

me lo establece el artículo 267 del CST; las costas del proceso; los derechos que resulten probados en desarrollo de los principios de ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pedimentos expuso: que estuvo vinculado con la demandada mediante un contrato de trabajo a término indefinido entre el 9 de abril de 1972 y el 10 de octubre de 1991; que el último cargo que desempeñó en la empresa fue el de secretario en la agencia de San Juan de Arama (Meta); que su salario final era de \$120.567.00, más una prima de antigüedad del 31% y un incentivo de localización del 15%; que laboró con eficiencia, responsabilidad, cumplimiento, seriedad y buena conducta y carece de antecedentes disciplinarios; que mediante confidencial 011 del 24 de abril de 1991, emanada de la gerencia departamental del Meta, se le formularon cargos; que a través de comunicación "fechada el 25 de mayo de 1990" dio respuesta a estos; que no obstante lo planteado en sus descargos se le denunció penalmente y el proceso cursa en el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal de Granada (Meta), el cual, el 12 de julio de 1991, resolvió su situación jurídica, absteniéndose de dictar en su contra medida de aseguramiento, por carecer de pruebas sobre su responsabilidad; que a pesar de sus argumentos y los de sus voceros, la demandada dio por terminado unilateralmente y sin justa causa el contrato laboral el 10 de octubre de 1991, según confidencial 071 del 7 de octubre anterior, fecha en que se hallaba incapacitado, como lo conocía su superior jerárquico; que el 17 de octubre de 1991, se encontraba laborando en la oficina por motivo de cierre y puente festivo de esa semana, labor que ejecutó normalmente; que la notificación que se le hizo del despido es violatoria del reglamento interno de trabajo, de la convención colectiva laboral, del manual administrativo y de la Constitución Política, pues se realizó el 17 de octubre de 1991, y la terminación del vínculo tenía efectos jurídicos desde el 10 de octubre anterior; que el 17 de octubre de 1991, una vez se le hizo la notificación personal de la terminación del vínculo laboral, se le envió comunicación por correo certificado, mediante el cual, nuevamente, se le anunciaba dicha decisión; que la correspondencia respectiva se le remitió a la dirección de su residencia en Acacias, barrio El Retorno, carrera 8 número 17 - 195, casa número 20; que el 12 de diciembre de 1991, solicitó cesación del procedimiento penal ante el despacho judicial competente; que agotó la vía gubernativa; que ante las autoridades administrativas del trabajo de Granada (Meta), reclamó sus prestaciones legales y convencionales, sin que a la demandada le asistiera ánimo conciliatorio.

La entidad convocada al proceso al pronunciarse sobre la demanda aceptó la naturaleza contractual laboral del vínculo, sus extremos cronológicos, el último cargo desempeñado por el actor, así como la presentación de descargos por parte de éste; los demás hechos no los admitió o reclamó fueran probados. Argumentó haberle pagado al ex trabajador la totalidad de sus salarios y prestaciones sociales durante la vigencia del contrato y a su terminación, y que ésta se produjo con justa causa. Asimismo, propuso las excepciones de pago, prescripción, compensación,

inexistencia de la obligación, falta de causa e inaconsejabilidad del reintegro. Como excepción previa formuló la de inepta demanda.

El conflicto jurídico lo dirimió en primera instancia el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá D.C., mediante sentencia del 30 de abril de 1998, en la que condenó a la demandada a reintegrar al demandante al cargo de secretario de agenda clase "b", hoy subdirector, o a otro de igual o superior categoría, y al pago de los salarios dejados de percibir desde el 10 de octubre de 1991 y hasta cuando se produzca el reintegro, incluidos sus incrementos legales o convencionales, más la correspondiente indexación.

Recurrió en apelación la parte demandada, y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá D.C., con sentencia del 16 de octubre de 1998, revocó la de primera instancia y absolvió a la reclamada de todas las pretensiones.

El *ad quem* en sustento de su determinación argumentó: que está acreditado el agotamiento de la vía gubernativa, la existencia del contrato laboral, sus extremos, así como la asignación salarial del actor; que es cierto que la responsabilidad penal del trabajador es distinta de la reglamentaria o disciplinaria; que es un hecho incontrovertible que el a quo encontró probada en debida forma la causa justa de terminación del contrato laboral entre las partes, pues es un hecho corroborado con la documental que cita la sentencia de primer grado que el demandante incurrió en violación grave de sus obligaciones como trabajador, al no observar los manuales de crédito de fomento, lo cual lo llevó a infringir el reglamento interno de trabajo, configurándose la causa justa para que la empleadora lo despidiera; que en relación con la notificación que el primer juzgador echó de menos, circunstancia sobre la que construyó su decisión de que el despido es ilegal, debe tenerse en cuenta que el despido no es una sanción, razón por la cual no sería aplicable al caso el parágrafo segundo del artículo 63 de la convención colectiva de trabajo (flos 137 a 139), pues la norma convencional trae dos (2) eventos totalmente diferenciados, como son el despido por justa causa y la imposición de sanciones disciplinarias, deduciéndose del precepto que la omisión en notificar la decisión de despedir no constituye violación al procedimiento para el rompimiento con justa causa del contrato al trabajador; que además de lo anterior, ha sido reiterada la jurisprudencia en cuanto que no hay violación de procedimiento cuando se omite alguna de las actuaciones posteriores a la determinación de despedir, tal como la notificación al sindicato, pues una vez adoptada esa decisión no se despliega actuación posterior que implique violación del derecho de defensa, que imposibilita la terminación con causa justa del nexo contractual laboral; que en el proceso es un hecho perfectamente determinable que el demandante sí fue enterado de la decisión de la demandada, pues si laboraba en San Juan de Arama, su residencia en Acacias era seguramente para descanso, pues su domicilio de labores estaba en la localidad donde prestó sus servicios a la reclamada, motivo por el cual la notificación que mediante aviso se le hizo, fijada

en el lugar de su residencia, recibida por su padre (fols 147 a 150 cdno 2), da cuenta de que efectivamente el actor fue enterado de la determinación de la empleadora, por conducto de su progenitor; que mal se puede exigir la aplicación de rigores y formalismos en este procedimiento, cuando se cumplió con el objeto de enterar al trabajador la decisión de la empresa, como consecuencia del proceso disciplinario que se le siguió; que el documento del folio 130 del cuaderno 2 respalda su conclusión; que si el trabajador estaba incapacitado desde el 9 de octubre de 1991, durante 5 días, es lógico que la demandada tuviera imposibilidad de notificarle su despido el día 9, pues no se encontraba en San Juan de Arama, su domicilio laboral, ni en Acacias su residencia, por estar en Bogotá en tratamiento médico, todo lo cual llevó a la empleadora, a notificarle mediante aviso su decisión de extinguir el vínculo que los ataba; que no es extraño que los trabajadores utilicen la figura de la incapacidad para obviar la ejecución de algunas decisiones del dador del empleo, pero se sabe que las incapacidades ni impiden ni suspenden los términos de los procesos disciplinarios en curso, como tampoco puede tomarse como tiempo de servicio el lapso que dure la incapacidad, pues esta no tiene como virtud prorrogar el interregno del contrato más allá del despido, ni existe impedimento legal para finiquitar un contrato mientras aquella exista; que se impone absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones del introductorio, por cuanto, como lo acredita la documental allegada al plenario, las sumas reclamadas, diferentes a las derivadas del reintegro, fueron canceladas oportunamente por la demandada, no adeudándose ninguno de los emolumentos referidos en los pedimentos del escrito demandador, pues las demás reclamadas no tienen asidero legal, como los intereses a la cesantía, la indemnización por despido injusto y la pensión sanción, estas últimas al haberse demostrado la existencia de la causa justa aducida en la carta de despido.

EL RECURSO DE CASACIÓN

Fue propuesto por la parte demandante, concedido por el Tribunal correspondiente, admitido por esta Corporación, que procede a resolverlo, previo estudio de la demanda que lo sustenta y de su réplica.

El alcance de su impugnación lo precisó de la siguiente manera la censura:

"Pretende mi procurado que se case totalmente la sentencia proferida por el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá Sala Laboral calendarada el 16 de octubre de 1998,

"Que constituida la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral en Tribunal de Instancia, confirme la sentencia proferida por el Señor Juez 15 del Circuito Laboral de Santa Fe de Bogotá, de fecha 30 de abril de 1998, que dispuso el reintegro de Fernando Hernández Chaúx al cargo de Secretario de Agencia Clase B, o Subdirector, o a otro de igual o superior categoría y al pago de los salarios dejados de percibir desde el 10

de octubre de 1991 y hasta cuando sea reintegrado, junto con sus incrementos legales o convencionales, más (sic) la correspondiente indexación.

"SUBSIDIARIAMENTE se PETICIONA A LA HONORABLE CORTE que en el evento de no confirmar la sentencia citada, condene a lo siguiente:

"1. Al pago de las prestaciones sociales originadas a la terminación del contrato de trabajo, tales como cesantías, intereses, primas de servicios legales y extralegales.

"2. El pago de la indemnización por terminación ilegal de contrato, conforme a la tabla indemnizatoria consagrada en los arts. 46 y 49 de la Convención Colectiva de Trabajo y la respectiva indexación.

"3. Condena a la Pensión a que tiene derecho por haber laborado durante 19 años ininterrumpidamente al servicio de la demandada, conforme al artículo 267 del CST, modificado por el artículo 133 de la Ley 100/93.

"4. Condene a la demandada a la indemnización moratoria por falta de pago de las prestaciones sociales.

"5. Condene en costas."

Con fundamento en la causal primera de casación la acusadora presentó contra la sentencia del Tribunal el siguiente

Primer cargo.

Dice que es violatoria de la ley sustancial por la vía indirecta a causa de la aplicación indebida de los artículos 3, 4, 9, 13, 19, 20, 22, 23, 43, 47, 55, 51, 61 (subrogado por el artículo 5º de la Ley 50 de 1990), 64 (subrogado por el artículo 6 parágrafo transitorio de la Ley 50 de 1990), 65, 104, 127, 249, 250, 267 del CST, 133 de la Ley 100 de 1993, 8º de la Ley 171 de 1961, 8 numeral 5º del Decreto 2351 de 1965 (convertido en legislación permanente por la ley 48 de 1965), 1619, 1620, 1622, 1623 del C.C., 8, 14, 16, 17, 27, 28, 32, 50, 51, 60, 61 del CPL, 304, 305 del CPC, y del Decreto 797 de 1949.

Como errores manifiestos de hecho, la acusación endilgó los siguientes al *ad quem*:

"1º No dar por demostrado estándolo (sic), que el parágrafo 2º del art. 63 de la Convención Colectiva de Trabajo del período 1990-1992 dispone el procedimiento para notificar la decisión de terminación del contrato dentro del término de 15 días hábiles una vez rendida la vocería.

"2º Dar por demostrado sin estarlo, que la omisión en notificar la decisión de terminar el contrato de trabajo con justa causa, no constituye violación del procedimiento convencional.

"3º Dar por demostrado sin estarlo, que el trabajador fue notificado del despido, dentro de los términos perentorios establecidos por el pará-

grafo segundo del aparte 2 del art. 63 de la Convención Colectiva de Trabajo 1990 - 1992.

"4º No Dar por demostrado estandolo (sic) que la residencia del trabajador Fernando Hernández Chaux que figura en su hoja de vida era la cra. 8o no. 17 - 95 casa No. 20 Barrio el Retorno de Acacias Meta y no la distinguida con el No. 9 - 57 de San Juan de Arama.

"5º Dar por demostrado, sin estarlo, que el domicilio del trabajador era la residencia de su padre.

"6º Dar por demostrado sin estarlo que la comunicación del despido se le entregó al Sr. Vicente Hernández portela, sin haberse probado esta circunstancia.

"7º Dar por demostrado sin estarlo que el trabajador presuntamente utilizó la figura de la incapacidad para eludir las decisiones del empleador.

"8º No dar por demostrado estandolo (sic), que el trabajador fue notificado personalmente del despido el 17 de octubre de 1991 en la dependencia de la demandada, donde se encontraba trabajando.

"9º No dar por demostrado estandolo (sic), que en la fecha 17 de octubre la demandada envió por intermedio de adpostal (sic) una segunda notificación sobre el despido.

"10 No dar por demostrado estandolo (sic), que no se le pagaron las correspondientes prestaciones sociales causadas a la terminación del contrato de trabajo.

"11) No dar por demostrado estandolo (sic), que al demandante se le reprochó (sic) la investigación penal a su favor.

"12) No dar por demostrado estandolo (sic), que el demandante no estaba afiliado al Instituto de Seguro Social ni a ninguna E.P.S. desde el 9 de abril de 1972 al 17 de Octubre de 1991".

Los anteriores yerros fácticos los atribuye la censura a que el Tribunal apreció erróneamente las siguientes pruebas: la convención colectiva de trabajo en su artículo 63 (flos 137 a 139); la confidencial 00071 (flos 147 - 148 edno 2); el aviso de notificación (flo 149 edno 2); el documento dirigido a recursos humanos por el director de San Juan de Arama (flo 150 edno 2); el acta de notificación de cancelación del contrato de trabajo, dirigida por el actor al director de la oficina en San Juan de Arama (flo 130 edno 2).

Como probanzas no apreciadas por el *ad quem*, indicó la acusación: el manual administrativo (flos 657 y 662); el reglamento interno de trabajo art. 92 (flo 575); la convención colectiva de trabajo artículo 63, aparte segundo literal d y parágrafo 2 (flos 137 y 138); la notificación personal sobre la terminación del contrato laboral al actor (flo 329); la certificación expedida por Adpostal (flo 14); el aviso de Adpostal del 17 de octubre de 1991, dirigido al actor (flos 330 y 601); la hoja de vida del trabajador (flos

384 y 592); el telefax 1692 del 7 de octubre de 1991 (fo 160 del cdno 2); la comunicación del actor del 8 de octubre de 1991 (fos 327 y 328); la comunicación del director de San Juan de Arama a la Vicepresidencia de Recursos Humanos de la empresa (fo 34); la certificación del ISS (fos 619 a 623); el informe de la Vicepresidencia de Recursos Humanos División Cesantías (fos 431, 432, 434, 443 y 448); el oficio del 29 de abril de 1997 del Juzgado Promiscuo Municipal de San Juan de Arama (fos 639 y 640); la resolución de situación jurídica (fo 133 cdno 2); la resolución de investigación (fos 610 y 614).

DEMOSTRACIÓN DEL CARGO

Para ello argumentó el censor: que si el *ad quem* hubiera apreciado correctamente las pruebas indicadas habría encontrado que el manual administrativo de la entidad demandada, en su numeral 45.13.29 inciso 2º, en concordancia con el parágrafo 2º del artículo 63 de la convención colectiva, estipula que con el incumplimiento de los términos allí establecidos no se podría finiquitar el contrato de trabajo o imponer sanción alguna, "pues el expediente tenía que archivarse haciendo tránsito a cosa juzgada, de lo que deviene el despido en ilegal"; que el artículo 63 establece la aplicación del reglamento interno de trabajo y en su numeral segundo consagra el procedimiento para la cancelación del contrato laboral con justa causa; que el *ad quem* por su apreciación equivocada de la norma convencional interpreta que la omisión en la notificación no es violatoria del procedimiento convencional, no obstante que, como lo decidió el *a quo*, la doctrina y la jurisprudencia han dejado sentado que los acuerdos colectivos de trabajo constituyen ley para las partes, de imperativo cumplimiento y observancia para ellas; que en lo que concierne con la notificación del despido, el Tribunal también incurre en error evidente de hecho al asumir que dicho acto se efectuó mediante aviso fijado en la residencia habitual del trabajador y que la comunicación respectiva le fue entregada al padre de este en la dirección que corresponde a la residencia No. 9 - 57 de San Juan de Arama, sin especificar calle, ni carrera, mencionando únicamente la nomenclatura de la vivienda; que también incurre el Tribunal en error evidente de apreciación, en relación con la prueba de folio 130 del cuaderno 2, pues esa documental hace referencia al acta levantada por el demandante, donde hace constar expresamente que fue notificado de la terminación contractual el 17 de octubre de 1991, lo cual incidió en que se produjera fallo absolutorio; que no apreció el segundo juzgador el medio de convicción de folio 34 del cuaderno 3, documento en el que la accionada certifica que el demandante laboró hasta el 17 de octubre de 1991; que no tiene razón el *ad quem* al referirse a la incapacidad del demandante, pues se colige que al respecto no apreció la prueba de folio 662, que en el manual administrativo hace referencia a la notificación por aviso en casos excepcionales, particularmente en el evento de despidos durante incapacidad médica (fos 657 - 658); que en relación con las condenas subsidiarias, al no apreciar las pruebas de folios 431, 432, 434, 443, 448, 639 y 640, el *ad quem* no aprehendió que las cesan-

tías se encontraban retenidas y que el título de depósito judicial de folio 640, tenía inscrito: "cesantías retenidas por la Caja Agraria": que al no apreciar las pruebas de folios 133 del cuaderno dos y 610 y 614, no estableció que no existía investigación penal contra el demandante y que por el contrario se le había precluido la investigación, emergiendo la obligación de pagarle las cesantías.

LA RÉPLICA

El opositor enfrenta el cargo exponiendo: que ninguna de las consideraciones del acusador tiene la virtualidad para desquiciar la sentencia acusada, pues está demostrada la causa justa del despido, y la omisión de notificar la decisión de despedir, no constituye violación al procedimiento para el rompimiento con justa causa del contrato laboral; que el *ad quem* interpretó todos los documentos aportados por las partes, además de la jurisprudencia de la Sala, dándoles la estimación dentro de la libertad de apreciación razonada consagrada en el artículo 61 del CPL, interpretación y alcance que no determinan error manifiesto de hecho, razón por la cual el cargo no puede prosperar.

SE CONSIDERA

Dos son los aspectos de la sentencia del Tribunal con los cuales la recurrente evidencia inconformidad: el primero, atinente a la calificación que de legal se le otorgó al despido del trabajador demandante y, el segundo, en cuanto no dispuso que le fuera pagado a éste el auxilio de cesantía que se le retuvo a la extinción de la relación contractual laboral.

En relación con tales elementos del debate, acota la Corte:

1. La primera parte del cargo, sobre la cual fueron estructurados los nueve yerros fácticos iniciales enrostrados al Tribunal, no puede ser estimada por la Sala, pues la censura incurre en la notoria deficiencia técnica de imputarle al juzgador, en relación con la convención colectiva de trabajo (fos 137 -139), dos errores de valoración probatoria mutuamente excluyentes, como son la falta de apreciación y la apreciación equivocada de dicho medio de prueba, tal como es posible constatarlo a folios 10 y 11 del cuaderno del recurso extraordinario.

Al respecto, en no pocas oportunidades ha explicado la Corte cómo carece de toda lógica que se acuse al fallador de segundo grado de no haber apreciado un determinado medio de convicción, al tiempo que también se le increpa por la equivocada aprehensión del mismo. Ello, porque el primer presunto estigma de actividad del juzgador, de plano, impide la configuración del segundo.

Y hace notar la Sala que no carece de unidad la inconsistencia que se le apunta a la primera componente de la acusación, pues el examen de la sentencia gravada permite colegir que en lo que a la calificación del despido del demandante atañe, la base sobre la cual se construyó es la

valoración que el *ad quem* efectuó del artículo 63 convencional, concretamente de su parágrafo segundo.

En efecto, a folio 768 del plenario adujo el juez colegiado:

"Pues bien, en primer lugar, es preciso tener en cuenta que, de conformidad con reiterados pronunciamientos jurisprudenciales, el DESPIDO no es una SANCION y en consecuencia, no sería aplicable al presente evento, la disposición convencional del PARAGRAFO SEGUNDO del artículo 63 de la convención colectiva aplicable (fols. 137 a 139) aportada al expediente en legal forma (ART. 469 CST). En efecto, la disposición convencional consagra dos (2) eventos totalmente diferenciados cuales son EL DESPIDO POR JUSTA CAUSA y la IMPOSICION DE SANCIONES DISCIPLINARIAS.

"Luego, al tenor de la disposición normativa, la omisión en NOTIFICAR de la decisión de DESPEDIR, no constituye violación al procedimiento para el ROMPIMIENTO del contrato al trabajador por justa causa".

De ahí que siendo el parágrafo segundo del artículo 63 del acuerdo colectivo de trabajo el soporte central del proveído recurrido en la adjetivación que realizó el Tribunal del despido del actor, la protuberante inconsistencia de la impugnación en adjudicarle, tanto su falta de apreciación, como su valoración equivocada, desemboca en su insalvable desestimación.

E igual suerte está llamada a correr la primera parte de la acusación en relación con su ataque a la decisión del *ad quem* de dar por notificado al demandante de la decisión patronal de despedirlo, pues no empece que en tal tópico la sentencia está estructurada sobre la apreciación del manual administrativo de la demandada, numeral 45.13.30 (fo 780), la censura que en el grave error de imputarle al Tribunal, respecto a tal medio de convicción, un yerro de análisis de la prueba en el que no incurrió, pues mientras afirma que no valoró el citado manual (fo 16 cdno de cas), es palmario, como se vio, que el juzgador sí lo hizo.

Empero, si la Corte hiciera caso omiso de las fallas de las que adolece el cargo, el mismo tampoco podría prosperar, por las siguientes razones:

1.1. La intelección que el *ad quem* realizó del parágrafo segundo del artículo 63 de la convención colectiva de trabajo (fols 137 - 139 ib), no es catalogable como desacertada, pues partiendo del hecho cierto de que la Corte ha puntualizado que el despido del trabajador no es equiparable a una sanción disciplinaria, la conclusión del Tribunal, según la cual el despido del reclamante no estaba gobernado por dicho precepto en lo referente a la notificación, puesto que este acto de publicidad era desarrollable sólo en el evento de sanciones disciplinarias, es razonable en la medida de que, como aquél lo coligió, el mismo contempla dos eventos diferentes: el despido del trabajador y la imposición de sanciones disciplinarias, y es respecto a estas últimas que expresamente, en su parágrafo segundo, introduce el requisito formal de la notificación.

Ha insistido la Corporación que tratándose de la aprehensión por los juzgadores de segunda instancia de textos de convenciones colectivas de trabajo, su acogimiento razonado de una de las lecturas posibles de sus preceptos, no constituye falencia de apreciación probatoria inexcusable, que estructure error fáctico de bulto, capaz de anular su proveído.

1.2. Pero, además, auscultado el contenido de la sentencia recurrida y el cargo que la objeta, encuentra la Corte que la acusación no ha sido concordante con la carga que le incumbe de cuestionar todos los soportes jurídicos, fácticos y probatorios de aquella, como de vieja data lo ha reclamado la jurisprudencia.

Tal la afirmación porque a folio 769 del expediente argumentó el *ad quem*:

"Pero aún hay más razones que soportan tal conclusión. Ha sido reiterada la jurisprudencia de la II. Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que no hay violación al procedimiento, cuando se OMITE alguna de las actuaciones POSTERIORES a la DETERMINACION DE DESPEDIR, como por ejemplo la Notificación al Sindicato, por cuanto una vez adoptada tal decisión, no se despliega actuación posterior que implique violación al DERECHO DE DEFENSA, para que pueda aducirse válidamente que tal omisión constituya IMPOSIBILIDAD PARA TERMINAR EL CONTRATO CON JUSTA CAUSA".

Y ocurre que en el desarrollo de la impugnación, por parte alguna se observa que la recurrente haya controvertido este puntual argumento del Tribunal, no obstante sus efectos demoleedores contra la petición del demandante de que su despido sea calificado como ilegal en perspectiva de la notificación que alega no se le hizo en tiempo y en debida forma de la decisión patronal de dar por terminado su contrato laboral.

La consecuencia de la aludida omisión que se le apunta al ataque en el recurso extraordinario, es que tal sustento del fallo recurrido está amparado por la presunción de legalidad y acierto que acompaña a todos las sentencias judiciales, y constituye razón suficiente para mantener en firme la providencia de segundo grado en lo atinente al despido del actor.

2. La parte final del cargo está dirigida a controvertir la sentencia de segundo grado en lo que concierne con las cesantías del demandante. Así se colige de su texto, en el cual la censura hace notar que el auxilio fue objeto de retención por la empleadora y se duele de que el *ad quem* no haya percibido que contra el ex trabajador ya no se adelanta investigación penal alguna. En torno a ello, deduce la Corte, fue que se estructuraron los errores fácticos 10 y 11 de la acusación.

Empero, a pesar de que la demandante en casación pretende develar las falencias de la sentencia de segunda instancia en relación con el auxilio de cesantía del accionante, sobre cuya condición de trabajador oficial no existe controversia, no acierta en incluir a la proposición jurídica del cargo siquiera una norma sustancial de alcance nacional que tenga incorpo-

rado dicho derecho prestacional a favor de aquel, como se lo ordena el morigerado contenido del numeral 1º del artículo 51 del Decreto 2661 de 1991, convertido en legislación permanente por la Ley 446 de 1998.

Y a la acusación, precisa la Sala, no le era dable para satisfacer el mínimo pero imperativo requisito técnico que se le ocha de menos, acudir a las normas del Código Sustantivo del Trabajo -y las que las modifican-, que gobiernan la cesantía, pues bien se sabe, por mandato del artículo 4 del mismo estatuto, que sus preceptos de derecho individual no son aplicables a los trabajadores oficiales, sino exclusivamente a los servidores del sector privado, aparte de que también es conocido que para las personas que prestan sus servicios laborales en el sector público, vinculadas a través del contrato de trabajo, existe una específica legislación en materia prestacional, que cubre el auxilio de cesantía y a la cual se debió remitir para estructurar el fundamento jurídico normativo de su impugnación.

La ausencia siquiera de una norma tal en dicho componente de la demanda extraordinaria, conduce indefectiblemente a la desestimación del cargo y a que la Corte, en consecuencia, no pueda examinar los pedimentos subsidiarios que la recurrente formuló en el alcance de su impugnación.

Finalmente, en torno al yerro fáctico que en el cargo se signó con el número 12, la Corte se considera relevada de efectuar pronunciamiento alguno, pues no cumplió la impugnante con el requerimiento de introducir argumentación en dirección de demostrarlo, como se lo exige el inciso segundo del numeral 1º del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, modificado por el artículo 60 del D.E. 528 de 1964.

El cargo, entonces, se desestima.

Como el recurso no sale avante, las costas por el mismo se le impondrán al impugnante.

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del 16 de octubre de 1998, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá D.C., en el juicio promovido por Fernando Hernández Chaux a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

Costas a cargo de la parte demandante.

Cópiense, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Fernando Vásquez Dotero, Francisco Escobar Henríquez, José Roberto Herrera Vergara, Carlos Isaac Náder, Rafael Méndez Arango, Luis Gonzalo Toro Correa, Germán G. Valdés Sánchez.

Laura Margarita Manotas González, Secretaria

**VIOLACION DE LA LEY SUSTANCIAL
CONCURRENCIA DE CONTRATOS DE TRABAJO
LIBRE FORMACION DEL CONVENCIMIENTO
EMPLEADO DIRECTO DEL BENEFICIARIO DE LA OBRA
INSTITUTO DE LA INTERMEDIACION
CONTRATISTA INDEPENDIENTE
BENEFICIARIO DE LA OBRA
EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES
RESPONSABILIDAD
SOLIDARIA**

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Doctor: *José Roberto Herrera Vergara*

Referencia: Expediente No. 12187

Acta No. 42

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Gumerindo Leoncio Arévalo Aceros y Otros contra la sentencia de fecha 21 de septiembre de 1998, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en el juicio seguido por los recurrentes contra la Empresa Colombiana de Petroleos "Ecopetrol" y Otros.

I. ANTECEDENTES

Ante el Juzgado Laboral del Circuito de Barrancabermeja, Gumerindo Leoncio Arévalo Aceros y Otros, demandaron a la Empresa Colombiana de Petroleos "Ecopetrol" y al señor Daniel Antonio Serrano Macías, para que previo el trámite de un proceso ordinario laboral de mayor cuantía, se declare que entre los demandantes y los demandados existió una relación laboral de carácter contractual a término indefinido, la cual fue terminada unilateralmente, sin justa causa legal comprobada y sin autorización previa del Ministerio de Trabajo; que el señor Daniel Antonio Serrano Macías actuó como simple intermediario y por cuenta exclusiva de

Ecopetrol-distrito de Producción; que por lo tanto son solidariamente responsables del pago de las obligaciones laborales causadas e insolutas. Como consecuencia de lo anterior se les condene a pagar los mismos salarios y prestaciones legales y extralegales convencionales, la cesantía definitiva e intereses de la misma, salarios moratorios, indemnización por despido injusto, remuneración de los dominicales, festivos, horas extras diurnas y nocturnas, reajustes salariales y de la prima de servicios, diferencias de la prima convencional, subsidio de alimentación y de habitación, compensación del servicio médico convencional y legal, prima de antigüedad, vacaciones y prima de vacaciones, la pensión sanción con sus mesadas adicionales y los reajustes legales.

Las afirmaciones contenidas en los hechos de la demanda se sintetizan así: Los demandantes prestaron sus servicios personales a la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol- Distrito de Producción, en el matadero de sacrificio de ganado en la ciudad de Barrancabermeja. Todos los implementos, equipos, herramientas, etc., eran suministrados por Ecopetrol. La actividad o labor de sacrificio de ganado fue desplegada en forma continua por Ecopetrol desde el año de 1950 hasta el 30 de mayo de 1989, por intermedio del señor Daniel Antonio Serrano Macías, persona natural, quien actuaba en calidad de simple intermediario de la empresa y contrataba a los operarios a nombre de Ecopetrol, impartiendo además todas las órdenes y suministrando el ganado vacuno y a veces porcino. Fueron todos despedidos sin justa causa el 30 de mayo de 1989, mediante carta suscrita por el señor Daniel Antonio Serrano Macías, de fecha 23 de mayo de 1989, sin previo aviso ni pagarles la correspondiente indemnización. No les han reconocido ni pagado los salarios y prestaciones legales y extralegales convencionales. Se agotó previamente la vía gubernativa.

La empresa convocada al proceso, en la contestación de la demanda se opuso a las pretensiones de los demandantes, afirmando que no han sido ni son trabajadores de Ecopetrol; negó la mayoría de los hechos, solicitó la prueba de algunos, no consideró otros como "hechos" y propuso las excepciones de prescripción, caducidad, e inexistencia de la obligación.

Por su parte el demandado Daniel Antonio Serrano Macías, aceptó como ciertos los hechos que hacen referencia a la existencia de la planta de sacrificio de ganado de propiedad de Ecopetrol, la permanencia de la actividad a través suyo, el suministro por la empresa de ganado tanto vacuno como porcino y la prestación de los servicios personales de los actores, pero se atuvo a la prueba de la fecha de ingreso. Propuso las excepciones de prescripción, pago e inexistencia de la obligación.

El juzgado del conocimiento, mediante sentencia de fecha 5 de diciembre de 1997, condenó a la Empresa Colombiana de Petróleos "Ecopetrol" Distrito de Producción El Centro a pagarle a los demandantes cesantías e intereses de cesantía y la absolvió de las demás peticiones.

Igualmente absolvió de las peticiones al demandado señor Daniel Serrano Macías y condenó en costas a la empresa demandada.

II.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL.

Por apelación de los apoderados de las partes, conoció el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, que mediante sentencia del 21 de septiembre de 1998, revocó las condenas impuestas y en su lugar absolvió a la Empresa Colombiana de Petróleos de todos los cargos formulados en su contra, la confirmó en todo lo demás: condenó en costas de primera instancia a los demandantes y no las impuso en la segunda instancia.

Consideró el tribunal como punto de partida que el señor Daniel A. Serrano Macías fue un empleado de Ecopetrol, como lo determinó esta Corporación, al otorgarle una pensión de jubilación, y no un contratista. Que no obstante ser el señor Serrano Macías un empleado de Ecopetrol, celebró contratos de trabajo en forma verbal con los demandantes y ostentó la condición de empleador de ellos, lo cual se comprueba con las actas de conciliación, donde el mencionado señor aceptó tal calidad. Además los trabajadores, siempre lo consideraron su empleador y por ello lo llamaron a conciliar sus diferencias laborales, en atención a que su remuneración y subordinación se encontraba a cargo del mencionado señor Serrano Macías, quien los afilió al ISS, todo lo cual se encuentra corroborado por las pruebas testimoniales y documentales. Anotó que no se explicaría cómo, si el demandado Serrano Macías se consideraba simple intermediario, no se lo hiciese saber a los trabajadores, pero por el contrario, les pagaba el salario mediante nóminas propias, donde figuraba como empleador.

Al dejar sentado que el señor Daniel Antonio Serrano Macías era el verdadero empleador de los demandantes, concluyó que debía absolverse a Ecopetrol de todos los cargos formulados en su contra.

Pasó luego al estudio de cada una de las peticiones de la demanda, y en cuanto a las prestaciones sociales consideró que existían diferencias a favor de los demandantes, pero en atención a que han transcurrido más de tres años desde la fecha de la desvinculación de los trabajadores (30 de mayo de 1989) y de la conciliación (9 de junio de 1992), hasta la presentación de la demanda (18 de junio de 1992), se abstuvo de condenar por dichos conceptos, por estar prescritos los mencionados derechos. En cuanto a la interrupción de la prescripción, señaló que los escritos de reclamación se dirigieron a Ecopetrol y no al obligado, es decir el señor Serrano Macías.

Con relación a la indemnización por despido injusto, manifestó que en el expediente consta que el contrato de trabajo terminaba el día 30 de mayo de 1989 y que el señor Serrano Macías le notificó a cada uno de sus trabajadores el fincamiento de la relación laboral. Al no existir despido sin justa causa, tampoco puede prosperar la petición de pensión sanción.

además que los empleados que tenían más de 20 años de servicios, pueden solicitar la pensión respectiva ante el ISS, por cuanto estaban afilados a él. Finalmente, como no hubo condena por retardo en el pago de salarios o prestaciones sociales, tampoco impuso la de indemnización moratoria.

III.- RECURSO DE CASACIÓN

Inconforme el apoderado de los demandantes, interpuso recurso de casación, el cual, concedido por el tribunal y admitido por esta Sala se procede a resolver, previo estudio del escrito de réplica.

Prende el recurrente se casó totalmente la sentencia del tribunal, y constituida la Corte en sede de instancia, modifique la del juzgado, y adicionándola, revoque el punto tercero y declare que entre la Empresa Colombiana de Petróleos "Ecopetrol"- Distrito de Producción y el señor Daniel Antonio Serrano Macías, en su condición de simple intermediario, existió una relación laboral subordinada de carácter contractual, inmersa y concurrente con otros contratos; y al contratar los servicios de cada uno de los demandantes, lo hizo en condición de trabajador de Ecopetrol y simple intermediario, aun cuando apareciera como empresario independiente, pues todo era en beneficio exclusivo de Ecopetrol, y dentro de sus actividades ordinarias, inherentes o conexas; que entre los demandantes y Ecopetrol existieron varias relaciones laborales regidas por sendos contratos de trabajo a término indefinido, que terminaron de manera unilateral por parte de la empresa y sin existir o invocar justas causas legales y sin previo aviso. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se le condene a Ecopetrol al pago de todas las peticiones incluidas en la demanda.

Para ello formuló cinco cargos, que se examinarán en el orden propuesto.

"Primer cargo: Con fundamento en la Causal primera de Casación, por la vía directa (Art.60 del decreto reglamentario 528 de 1964.)

"Acuso la Sentencia impugnada de violar por vía directa la Ley sustantiva, en el concepto de aplicación indebida el artículo 84 del C.S. del T. subrogado por el decreto legislativo 2351 de 1965 Art.3º y los arts. 488 y 489 ibídem (C.S.T.) y el artículo 90 y 306 del C de P.C. Civil (violación de medio) y los arts. 145 y 151 del C. de P.L. (violación de medio), lo que condujo a la no aplicación de los artículos 32 y 35 del C.S. del T. subrogado el art. 32 CST por el Decr. Leg. 2351 de 1965 y del Artículo 1º del decreto Extraordinario No. 0284 de 1957 y art. primero párrafo Literal I.L) de la Resolución Reglamentaria No. 0644 de junio 24 de 1959 norma sustantiva laboral de alcance Nacional expedida por los Ministros de Trabajo y de Minas y Petróleos con base en la autorización dada por el Ejecutivo Nacional en el artículo 3º del mismo decreto extraordinario 0284 de 1957." (Folios 64 y 65 del cuaderno de la Corte.).

En la demostración del cargo, y luego de hacer referencia a las normas que regulan la naturaleza jurídica de la empresa demandada y las relaciones laborales de sus servidores, al igual que los artículos del C.S.

del T. que definen los representantes del patrono, los intermediarios y los contratistas independientes; se detuvo en el punto de las actividades propias, esenciales, conexas y complementarias de las empresas dedicadas a la industria del petróleo, en especial las que incluyen en ellas el Departamento de Materiales y las que disponen que los trabajadores de los contratistas independientes gozarán de los mismos salarios y prestaciones a que tengan derecho los de la empresa beneficiaria, de acuerdo con lo establecido en leyes, pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales.

Resalió los apartes de la sentencia, donde el tribunal afirma que el verdadero empleador de los demandantes es el señor Serrano Macías, quien a pesar de ser un empleado de Ecopetrol, celebró contratos de trabajo verbales con los demandantes, y en las audiencias aceptó su calidad de empleador.

Anotó que las calidades de empleado y contratista independiente se excluyen en una persona, nadie puede tener esa doble personalidad respecto de la misma empresa o patrono, por cuanto son incompatibles, si se tiene en cuenta que en realidad siempre ostentó el señor Serrano Macías la calidad de representante del verdadero patrono, que lo fue Ecopetrol, como lo dijo esta Corporación dentro del proceso que el señor Serrano Macías instauró contra la misma empresa "Ecopetrol".

Con apoyo en el artículo 35 del C.S. del T. estableció la diferencia entre dos clases de intermediarios: el permanente y el ocasional. El primero supone una actividad prolongada del intermediario como la realizada por Serrano Macías como mayordomo administrador del Matadero de Ecopetrol durante más de 20 años, al punto que obtuvo la calidad de empleado de la empresa y el derecho a disfrutar de su pensión de jubilación. En respaldo de sus tesis cita a doctrinantes nacionales y extranjeros, sobre las características del simple intermediario, asserando que esos criterios han sido acogidos por la jurisprudencia nacional.

Sostuvo igualmente que el *ad quem* aplicó indebidamente los artículos que regulan la solidaridad y la interrupción de la prescripción, al absolver a los demandados a pesar de haber encontrado diferencias en las liquidaciones de prestaciones sociales a favor de los demandantes.

Concluyó que la sentencia es manifiestamente ilegal porque aplicó unas normas que no venían al caso, lo cual lo condujo a infringir por falta de aplicación los preceptos que rigen este proceso.

El opositor por su parte sostuvo que los demandantes fueron trabajadores de Serrano dentro del contrato de administración, como matarifes, y no dentro de las funciones que a partir de 1967 desempeñó como trabajador de la empresa; que además los inscribió en el ISS, y al finalizar la relación laboral los convocó a la Regional del Trabajo, y que la actividad del matadero no se puede considerar como petrolera.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- Analizados en primer término los requerimientos técnicos del recurso extraordinario de casación, halla la Sala que esta primera acusación, formulada por la vía directa en el concepto de aplicación indebida, en rigor no los satisface porque es presupuesto indispensable de un ataque por el referido sendero de violación de la Ley sustancial, la real aceptación por parte de quien impugna de los fundamentos fácticos edificantes de la decisión acusada, por lo que no puede existir desavenencia entre las conclusiones de hecho del sentenciador, fruto de su actividad valorativa, y los hechos en que se basa la censura. Empero, en el cargo que se examina, a pesar de enrutarse formalmente por la vía de puro derecho, en su desarrollo acusa un divorcio fáctico con algunas conclusiones de tipo probatorio que sirvieron de soporte indiscutible del fallo gravado, manifestado en lo siguiente:

A) Atribuirle al tribunal la afirmación de que Daniel Serrano Macías haya sido "mayordomo o administrador" del matadero donde laboraban los demandantes es una conclusión fáctica, y además, no pronunciada por el fallador.

B) La base esencial del fallo del tribunal fue fáctica: con apoyo en las actas de conciliación, la afiliación al ISS, las nóminas de pago y los testimonios, reconoció a Serrano Macías la condición de "empleador" de los demandantes, al paso que el recurrente niega tal conclusión de hecho. Entonces, si los elementos en que se fincó el Ad quem para negar la existencia del contrato entre los aquí demandantes y Ecopetrol, fue consecuencia de una valoración de las mencionadas pruebas, se echa de menos en este cargo la vía indirecta.

De modo que no es dable admitir la condición fáctica de Serrano Macías como empleador de los promotores del juicio y al mismo tiempo desconocerla con razonamientos jurídicos.

II.- Con prescindencia de los defectos técnicos reseñados, si se entra en el análisis del fondo del ataque, conviene precisar:

1. Esta Sala, dentro del otro proceso laboral a que se refiere la censura, que adelantara Serrano Macías contra Ecopetrol, no dedujo que entre ellos existiese solamente una relación de tipo contractual laboral. La decisión condenatoria contra Ecopetrol que fulmina el Tribunal Superior de Bucaramanga por pensión de jubilación, no fue anulada por la Corte, en primer lugar por defectos de orden técnico que exhibía la demanda de casación; en segundo lugar, por respeto a las facultades razonables que sobre valoración probatoria gozan los tribunales con arreglo al artículo 61 del C.P.L., y en tercer lugar, si bien en ese pronunciamiento de septiembre 11 de 1997 aceptó esta Sala, que la citada entidad fungió como empleadora del mencionado señor, también reconoció la concurrencia de contratos de obra celebrados entre las mismas partes, vale decir, admitió la Corte la coexistencia de contratos de diferente estirpe: el civil de obra y el laboral, cada uno de los cuales con entidad propia.

Así lo dijo textualmente esta Corporación:

"Finalmente, en relación con el argumento que el censor expone en la parte final del ejercicio de demostración de su cargo, en la que plantea que un contrato no puede ser al mismo tiempo civil o administrativo y de trabajo, por cuanto o existe contrato civil, administrativo o laboral, precisa la Sala que en su sentencia el Tribunal no subsumió ningún tipo de contractual en otro, sino que halló que un contrato nominado como el de obra concurre autónomamente en el sub examine con uno laboral, como lo permite el artículo 25 del C.S.T., que parte de la premisa conceptual de que sin aniquilar un nexo al otro, pues no pueden llegar a confundirse, ambos pueden concurrir, como inclusive lo ha reconocido la jurisprudencia en el caso del contrato de sociedad y el contrato de trabajo.

"Por lo tanto, en el anterior contexto, contrario a lo que sostiene el impugnante, no se ve manifestamente desalinada la conclusión fáctica del Tribunal en torno a la pluricitada concurrencia contractual. De modo que aun si se asumiera como esbozo de yerro fáctico la última parte del ejercicio de demostración del cargo que hace la censura, el mismo tampoco se configuraría con ribetes de tener capacidad de quebrar la sentencia del Tribunal".

De manera que la relación de los aquí demandantes con Serrano Muñoz, no puede entenderse como procedida en el vínculo laboral que existió entre él y Ecopetrol, sino germiada en el contrato de obra que también halló la Corte en ese entonces entre ambas partes. Así las cosas, no resultaba contradictorio que Ecopetrol haya sido beneficiario de la obra ejecutada y que en desarrollo de este contrato de naturaleza civil, y no laboral, y por tanto diferente de éste último, haya celebrado, como lo dedujo el tribunal, como empleador que fue de sus propios trabajadores en las actividades del maderero, tantos contratos de trabajo cuantos fueron los maderos que de manera subordinada laboraron en él.

En consecuencia, si bien es cierto que quien actúa como empleado directo del beneficiario de una obra, por su carácter subordinado, en desarrollo de ese mismo contrato de trabajo no puede ser "contratista independiente" en ejecución de las mismas actividades, nada se opone a que cuando, de otra parte, se estructura así sea coetáneamente un contrato de obra entre el dicho beneficiario y quien asume los riesgos de la operación, sí pueda ser esa persona natural y jurídica contratista independiente, siempre que se den los elementos axiológicos de tal instituto sustantivo laboral, según lo tiene definido la doctrina y la jurisprudencia.

Y como la Corte Suprema en la precitada sentencia proferida en el proceso anterior estimó que dada la yuxtaposición de contratos, Serrano Macías, estuvo igualmente unido a Ecopetrol por un contrato de obra (conclusión fáctica no confutada en este cargo) y también así lo demuestran las pruebas aportadas al presente proceso, con relación a los trabajadores que contratará para las referidas actividades podía ser un patrono, ya bien como empleador autónomo, como lo infirió el Ad quem, ora como contratista independiente, si el nexo del trabajo se ejecutó exclusivamente con Serrano, y no un simple intermediario.

2. Al no ostentar Serrano Macías esta última condición, es irrelevante saber en el caso bajo examen si las labores atendidas por los demandantes en el matadero pueden incluirse como esenciales o propias de dicha industria. Tampoco importaría respecto de la supuesta calidad que hubiese podido ostentar Serrano Macías como contratista independiente, dado que el tribunal no se la reconoció; el cargo, sin embargo, tiende a desvirtuarla. No obstante, como en la demanda de casación se insiste en varios cargos en el tema, estima la Sala importante aclarar que de conformidad con el Decreto Extraordinario 284 de 1957 - que enlista las actividades de la industria del petróleo susceptibles de aplicación de la igualdad de derechos previstos en la normativa laboral del beneficiario de la obra o labor contratada, es necesario que para la extensión de tal régimen laboral se cumplan los siguientes presupuestos esenciales:

- a. Que se trate de un contratista independiente.
- b. Que en las labores esenciales y propias de su negocio o de su objeto social emplee trabajadores.
- c. Que se trate de labores de exploración, explotación, transporte y refinación del petróleo definidos en dicho decreto o de actividades que se consideren esenciales a la industria del petróleo, mencionadas en la Resolución Reglamentaria 0644 de 1959, modificada por el Decreto 2719 de 1993.

La prenombrada Resolución de 1959 estaba vigente por la época de los hechos debatidos en este juicio, y es reproducida en lo pertinente en el cargo, pero la verdad es que de ese listado no se desprende que las actividades de los matariles realizadas bajo órdenes de Serrano Macías puedan reputarse ejecutadas por un contratista independiente cuyo objeto social haya sido la exploración, explotación, transporte y refinación del petróleo, o esenciales a dicha industria.

Al margen de lo dicho y dada la importancia del tema estima la Sala pertinente hacer las siguientes precisiones adicionales:

El asunto medular materia de elucidación, desde el punto de vista estrictamente jurídico, es saber cuándo se dan los elementos configurantes del instituto de la intermediación dado que la parte recurrente la invoca con persistencia por considerar que se tipifica en el sub examine. Es innegable que ese tema constituye uno de los más elevados verticilos en el derecho del trabajo colombiano, pues en ocasiones resulta verdaderamente complejo determinar si se está en presencia de él o de figuras cercanas o similares como la representación patronal, el contratista independiente y las empresas de servicios temporales.

Aun cuando no es dable sentar en esta materia criterios rígidos, en especial cuando se da una pluralidad de los síntomas característicos de estas figuras, nuestro derecho positivo contiene algunas pautas sobre el particular. Así, la figura del simple intermediario está regulada en el artículo 35 del C.S.T., que es del siguiente tenor:

"Son simples intermediarios las personas que contratan servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un patron'.

"Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilizan locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un patrono para beneficio de este y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo".

Como se ve de estos dos primeros incisos del artículo transcrito en el derecho colombiano se prevén dos clases de intermediarios:

a) Quienes se limitan a reclutar trabajadores para que presten sus servicios subordinados a determinado empleador. En este caso la función del simple intermediario, que no ejerce subordinación alguna, cesa cuando se celebra el contrato de trabajo entre el trabajador y el empleador.

b) Quienes agrupan o coordinan trabajadores para que presten servicios a otro, quien ejercerá la subordinación, pero con posibilidad de continuar actuando el intermediario durante el vínculo laboral que se trabaja exclusivamente entre el empleador y el trabajador. En este evento el intermediario puede coordinar trabajos, con apariencia de contratista independiente, en las dependencias y medios de producción del verdadero empresario, pero siempre que se trate de actividades propias o conexas al giro ordinario de negocios del beneficiario. Esta segunda modalidad explica en mejor forma que la Ley colombiana (artículo 1° del Decreto 2351 de 1965) considere al intermediario "representante" del empleador.

La segunda hipótesis es la más próxima a la figura del contratista independiente. Por regla general éste dispone de elementos propios de trabajo y presta servicios o realiza obras para otro por su cuenta y riesgo, a través de un contrato generalmente de obra con el beneficiario. Parte de esos trabajos puede delegarlos en un subcontratista. Si la independencia y características del contratista es real, las personas que vincula bajo su mando están sujetas a un contrato de trabajo con él y no con el dueño de la obra o beneficiario de los servicios, sin perjuicio de las reglas sobre responsabilidad solidaria definidas en el artículo 36 del C.S.T., y precisadas por la jurisprudencia de esta Sala, especialmente en sentencias del 21 de mayo de 1999 (Rad. 11843) y 13 de mayo de 1997 (Rad. 9500). Empero, si a pesar de la apariencia formal de un "contratista", quien ejerce la dirección de los trabajadores es el propio empresario, directamente o a través de sus trabajadores dependientes, será éste y no el simple testaferro el verdadero patrono, y por tanto no puede eludir sus deberes laborales.

Naturalmente, en cada caso debe examinarse en forma detenida las circunstancias fácticas que permitan determinar si se está en presencia de una de las figuras señaladas, sin que se pueda afirmar categóricamente que por el simple hecho de realizarse los trabajos en los locales del beneficiario, deba descartarse necesariamente la existencia del contra-

tista independiente, pues si bien en principio no es lo corriente frente a tal fenómeno, pueden concurrir con esa particularidad los factores esenciales configurantes de él. Entonces, será el conjunto de circunstancias analizadas, y especialmente la forma como se ejecute la subordinación, las que identifiquen cualquiera de las instituciones laborales mencionadas.

En consecuencia el cargo se desestima.

Segundo Cargo: Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 60 del Decreto 528 de 1964 y la Ley 16 de 1969 Artículo 7° Causal Primera de Casación; Acuso la Sentencia impugnada de violar por vía indirecta, en el concepto de aplicación indebida el artículo 34 del C.S. del T. subrogado por el Decreto Legislativo 2351 de 1965 Art. 39 y los arts. 488 y 489 ibídem; los arts. 90 y 306 del C. de P.C. en relación con los arts. 6°, 145 y 151 del C. de P.L., lo que condujo a la no aplicación de los artículos 32 y 35 del C.S. del T. subrogado el art. 32 C.S.T. por el Decr. Leg. 2351 de 1965 y del Artículo 1° del Decreto Extraordinario No. 0284 de 1957 y art. primero párrafo Literal LI) de la Resolución Reglamentaria N° 0644 de Junio 24 de 1959 norma sustantiva laboral de alcance Nacional expedida por los Ministros de Trabajo y de Minas y Petróleos con base en la autorización dada por el Ejecutivo Nacional en el artículo 30 del mismo Decreto extraordinario 0284 de 1957, como consecuencia de haber incurrido el Tribunal los siguientes errores manifiestos de Hecho

1.- Dar por demostrado, sin estarlo que el señor Daniel A. Serrano Macías, no obstante ser un empleado de Ecopetrol, aceptó y ostentó la calidad de "empleador", por el hecho de firmar las Actas de Conciliación, con cada uno de los demandantes ante el Inspector de Trabajo de Barrancabermeja en calidad de "Empleador".

2.- Dar por demostrado, sin estarlo, que los demandantes llamaron a conciliar al señor Serrano Macías, por sus acreencias laborales calificándolo como "empleador".

3.- Dar por demostrado, sin estarlo, que por estar la remuneración y subordinación de los actores a cargo del señor Serrano Macías tenía la calidad de "empleador" y no la de simple intermediario o mayordomo del Matadero de Ecopetrol.

4.- Dar por demostrado, sin estarlo, que los derechos y obligaciones laborales demandadas solidariamente a Ecopetrol y a Daniel Serrano Macías, estaban prescritos, al no dirigirse los escritos de reclamación a Daniel Serrano Macías y decir que tales escritos reclamatorios aparentemente fueron presentados a la entidad petrolera y no a Daniel Serrano Macías.

A estas violaciones fue inducido el sentenciador Ad quem, por la errónea o equivocada apreciación de los siguientes documentos auténticos:

1 Las Actas de Conciliación parcial suscritas entre el señor Daniel Antonio Serrano Macías con cada uno de los demandantes a instancias

de la Inspectora de Trabajo de Barrancabermeja, el 9 de Junio de 1989, que obran en los siguientes cuadernos de demandas así Fl. 54 Acta 343 Cño No. 2; Fl. 43 del Cño. No. 3 Fl. 22 acta 341 Cño 4; Fl. 19 Acta 340 Cño. No. 5; Fl. 57 Cño. 6 acta 344; Fl. 18 Acta 340 Cño. 7, Acta 335; Fl. 53 Cño. No.8 Acta 336; Fl. 16 acta 338 Cño. No.9; Fl. 21 Acta 339 Cño. No. 10; Fl. 17 Acta 337 Cño. 11; Fl. 16 Acta 342 Cño. No. 12.

2.- Folios 69, 362 al 384 Cño. No. 1 Afiliaciones al ISS.

3.- Los escritos de reclamación previa o directa presentados por cada uno de los trabajadores demandantes a Ecopetrol, con los cuales interrumpieron la prescripción trienal de los derechos debidamente determinados en ellos, a saber:

a) Escrito de Gumercino Arevalo de fecha 20 de Abril de 1992 en tres folios recibido por Ecopetrol el 28 de Abril 1992, con la respuesta de la Empresa de fecha 12 de Mayo de 1992 obrantes a Folios 14 al 17 respectivamente del Cño 1.

b).- Escrito de Luis Alberto Camargo, de fecha 04 de Marzo de 1992 en tres folios Recibido por Ecopetrol el 30 de Marzo de 1992; el oficio respuesta de la Empresa de fecha 2 de Abril de 1992 obrantes a Folios 19 al 21, 23 del Cuaderno No. 2.

c) Escrito de Vidal Silva dirigido a Ecopetrol en tres (3) folios el 04 de Marzo de 1992 Recibido por la empresa el 30 de Marzo de 1992 y oficio respuesta el 2 de Abril de 1992, obrantes a folios 14 al 16, 17 del Cño. No. 3

d) Escrito de Ezequiel Velásquez Cueto dirigido a Ecopetrol en tres folios de fecha 04 de Marzo de 1992 recibido por la empresa el 30 de Marzo de 1992 y el oficio 0039 de fecha abril 2 de 1992 de respuesta de la empresa obrantes a folios 23 al 25, 26 del Cño. No. 4.

e) Escrito de Álvaro Torres, dirigido a Ecopetrol en tres Folios el 04 de Marzo de 1992 recibido en la Empresa el 30 de Marzo de 1992 con respuesta del 23 de Abril de 1992 obrantes a Folios 20 al 22 y 23 y del Cuaderno No. 5.

f) Escrito de Samuel López dirigido a Ecopetrol el 20 de Abril de 1992 recibido por la empresa el 28 de Abril de 1992 con oficio de respuesta del 12 de Mayo de 1992 obrantes a folios 16 al 18, 19 del Cño. No.6.

g) Escrito de Juan Ballesteros Villalba dirigido a Ecopetrol el 04 de Marzo de 1992 recibido por la empresa el 30 de Marzo de 1992 y su oficio de respuesta de fecha 2 de Abril de 1992 obrantes a folios 22 al 24, 25 del Cño. No.7.

h) Escritos de Alfonso Bautista Camacho de fechas 04 de Marzo de 1992 y 20 de Abril de 1992, con su respuesta de fecha 24 de Abril de 1992 obrantes a folios 76 al 78, 79, 80, del Cuaderno No. 8.

j) Escritos de Luis Jesús Serrano Rueda dirigido a Ecopetrol el 04 de Marzo de 1992 y 20 de Abril de 1992 con su oficio de respuesta de la empresa de fecha 24 de Abril de 1992, obrante a Folios 17, a 19, 20, 21 del Cdno. 9.

j) Escrito de Temistocles Sarmiento dirigido a Ecopetrol de fecha 04 de Marzo de 1992 en tres folios con su oficio de respuesta de fecha 2 de Abril de 1992 obrantes a folios 22 al 24, 25 respectivamente del Cdno. 10.

k) Escrito de Marcial Segundo Campo Espitia, dirigido a Ecopetrol de fecha 04 de Marzo de 1992 en tres folios con su oficio de respuesta de la empresa de fecha 2 de Abril de 1992, obrantes a folios 18 al 20, 21 y 17 respectivamente del Cdno. No. 1.

l) Escritos de Domingo Macías Uribe de fechas 04 de Marzo de 1992, de Abril 22 de 1992 dirigidos a Ecopetrol con sus oficios de respuestas fechados el 2 de Abril de 1992 y el 24 de Abril de 1992 respectivamente, obrantes a Folios 17 al 19, 20, 21, 22 y 16 en su orden del Cuaderno No. 12.

De igual manera a falta de apreciación de las siguientes probanzas, el Sentenciador Ad quem por la falta de Apreciación de pruebas calificadas, incurrió en los siguiente errores evidentes de Hecho:

5.- No dar por demostrado, estándolo, que las actividades de suministro y de sacrificio y faenado del Ganado, en el matadero de Ecopetrol estaban a cargo y dependían directamente del Departamento de Materiales de Ecopetrol, Sección de Ganadería con personal directo y permanente de la Empresa Colombiana de Petróleos en el Distrito de Producción como una actividad inherente propia y esencial de las empresas dedicadas a la industria del petróleo de acuerdo con la Ley (art. 10 Decreto 0284 de 1951 y art. 1° Parágrafo literal LLJ Resolución 0644 de 1959).

6.- No dar por demostrado, estando así acreditado en el plenario, que el señor Daniel Antonio Serrano Macías fue la persona que contrató los servicios de las personas aquí demandantes para ejecutar el trabajo de sacrificio de ganado en el Matadero de Ecopetrol en beneficio y por cuenta exclusiva de esta empresa petrolera estatal.

7.- No dar por demostrado, estándolo acreditado en el plenario, a pesar de considerar el Tribunal al señor Daniel Serrano Como Trabajador de Ecopetrol, celebró contratos de Trabajo en forma verbal con los actores ostentando la calidad de empleador aún apareciendo como empresario independiente, aquél agrupó o coordinó siempre los servicios de los trabajadores demandantes para el sacrificio del ganado de Ecopetrol en el matadero de la Empresa en el Distrito de Producción, utilizando locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos del patrono Ecopetrol para beneficio de ésta y en actividades inherentes o conexas de la empresa petrolera estatal siendo aquél un representante del patrono y no un contratista independiente.

En estos errores de hecho incurrió también el Tribunal al dejar de apreciar las siguientes pruebas calificadas tales como documentos auténticos, inspección ocular y confesión judicial a saber:

A) Los escritos de Contestación de las doce (12) demandas de los actores, por Daniel Antonio Serrano Macías por intermedio de Apoderado (fls. 51 Cdn. No. 1; Fl. 49 Cdn. No. 2; FL. 43 Cdn. No. 3; fl. 53 Cdn. No. 4; Fl. 57 Cdn. No. 5; Fl. 52 Cdn. No. 6; FL. 57 Cdn. No. 7; Fl. 169 Cdn. No. 8; Fl. 50 Cdn. No. 9; Fl. 57 Cdn. 10; FL. 48 Cdn. 11 y Folio 143 Cdn. 12) en los cuales admitió confesando como ciertos los hechos primero, segundo, Tercero, quinto, sexto noveno y décimo de las respectivas demandas acumuladas.

B) Acta de Conciliación parcial con Gumercindo Arévalo Aceros (Folio 56 Cdn. 1)

c) Memorial de llamamiento en garantía a Ecopetrol suscrito por el Apoderado judicial de Daniel Serrano Macías (folios 72 a 76 Cuaderno Principal 1)

d) Copia de la Escritura Pública 4457 de 20-12-90 de la Notaría 38 del Circulo de Bogotá obrante al Cuaderno 1 Folio 166.)

e) Confesión del apoderado judicial de Daniel A. Serrano Macías dentro del Proceso 0-1947 visible a folio 264 del Cdn. 1.)

f) Confesión fieta (art. 210 C. de P.C.), al interrogatorio de Parte al señor Daniel A. Serrano Macías Folios 343 a 350 del Cdn. Principal No. 1)

g) Oficio I.S.S 954797 de Junio 15 de 1995, Folio 448 Cdn. 1.

h) Diligencia de Inspección Judicial obrante Folios 449 a 478 Cuaderno principal 1 y la foliatura del Cuaderno 20 practicada por el Juzgado Laboral de Barrancabermea en las Instalaciones del Departamento de Materiales, Secciones de CaNádería, Comisariatos y Matadero de ECOPETROL.

i) Ejemplar autenticado del Diario Oficial No. 30263 de Junio 23 de 1960 donde aparece inserta y publicada la Resolución 0644 de 1959 del los Ministros de Trabajo y de Minas y Petróleos sobre actividades propias y esenciales de la industria del petróleo, página 894 (Folio 511 Cdn. 1).

j) Folio de Matrícula inmobiliaria del predio la Puerta donde estás ubicado el matadero de Ecopetrol Folio 512 Cdn. 1.

k) Oficios GAN-067 y 4500-002436 de Abril 17 de 1989 EL cunro 14 de Febrero de 1989 suscrito por el Jefe Del Departamento de Materiales dirigido a Daniel Serrano Macías sobre la venta de pieles y derivados procedente del Sacrificio de Ganado Folios 20 y 21 Cdn. 8

l) Oficio No. 4500-001469 de Febrero 26 de 1988 dirigido por Julio Medina Monsalve Jefe Departamento de Materiales al señor Daniel Serrano Macías (Folio 23 Cdn. 8)

m) Oficio GAN-045 El Centro, 3 de Febrero de 1989 dirigido por el Jefe del Departamento de Materiales al señor Daniel A. Serrano Macías Matadero de Ecopetrol. (folio 26 Cdno. 8)

n) Oficio Ecopetrol 13 Dic. 1988 4500-009370 Dirigido por el Jefe del Departamento de Materiales Distrito de Producción señor Julio Medina Monsalve al señor Daniel Serrano Macías (Folio 25 Cdno. 8)

o) Oficio Ecopetrol el Centro 06 de Junio de 1989 dirigido por Julio Medina a Daniel Serrano Macías Monsalve Jefe Departamento de Materiales sobre la entrega del inventario de Bienes del Matadero de Ecopetrol (folio 41 Cdno. No. 8)

p) Acta de entrega de inventario de los bienes de Ecopetrol afectados al Matadero de Ecopetrol en 5 Folios 42 al 46 del Cdno. 8.

q) Resolución 004965 del 27 de Septiembre de 1991. Dictada por el Director General del Trabajo donde se abstiene de pronunciarse sobre la solicitud de calificación de despido colectivo de los trabajadores del Matadero de Ecopetrol. (folios 90 a 93 Cuaderno 8)

r) Oficio DPE-9020230-0805 del Departamento de Pensionado de Ecopetrol dirigido a Daniel Serrano Macías donde le dice que "toda vez que se trata de contratos de servicios que usted prestó a la Empresa como Simple intermediario ..." Folio 195 Cdno. 8.

s) Oficio 1240-00487 de Ecopetrol Distrito de Producción El Centro 25 de Julio de 1989 con sus documentos anexos relacionados en el mismo oficio, tales como contratos de sacrificio de ganado ELC-047 de 1978, ELC-062/87; Escritura Pública 42568 del 23 de Abril de 1954 Boletines Diarios de sacrificio de Ganado, Organigrama del Departamento de Materiales del Distrito de Producción de Ecopetrol, Fotocopia del Manual de Funciones del Departamento de Materiales aprobado por la Administración de Ecopetrol, Fotocopia del acta de inventarios de los bienes inmuebles del Matadero, dirigido por el Gerente del Distrito de Producción Ingeniero, Fulgencio Guardola Carmona al doctor Oswaldo Altamar Almendral Inspección de Trabajo de Barrancabermeja obrantes en los Cuadernos 12 (folios 23 a 95 y en los cuadernos de pruebas 13, 14, 15 y 16. De este proceso.

T) la Escritura Pública 2568 del 23 de abril de 1954 con la cual el Gobierno Colombiano le entregó a Ecopetrol el dominio y posesión de todos los bienes muebles e inmuebles de la Concesión De Marcos que revirtieron a la Nación el 7 de Enero de 1952 entre los cuales se encuentran el Matadero y los terrenos de los porteros (Fls. 56 y 67 del Cdno 12) con el folio de matrícula inmobiliaria de dicho predio o inmueble de Folio 512 Cuaderno 1.)

u) Boletines ordenes de Sacrificio diario de Ganado emitidos por Ecopetrol Departamento de Materiales Sección de Ganadería obrantes a Folios 5 al 194 del Cuaderno 13 Folios 1 a 442 del Cuaderno 14 y Folios 1 al 462 del Cuaderno 15.

v) Manual de Funciones Sección de Ganadería del Departamento de Materiales Distrito de Producción Empresa Colombiana de Petróleos (folios 389 a 401 Cuaderno 16.)

w) Pruebas documentales Trasladas del Proceso Ordinario Laboral O- 1965 - 6196 de Daniel Serrano Macías Contra Ecopetrol - Distrito de Producción que cursó en el Juzgado Laboral del Circuito de Barrancabermeja, decretada por este Juzgado dentro de los procesos acumulados de la referencia (Folios 2 a 173 del Cuaderno 21 B y Folios 1 al 172 del cuaderno 22 que contienen los contratos para el sacrificio de Ganado en el Matadero de Ecopetrol con Daniel A. Serrano Macías.)

x) Expediente Administrativo con las Diligencias Administrativo laborales del Ministerio de Trabajo Dirección Regional de Santander, sobre el despido de los trabajadores del Matadero de Ecopetrol, (folios 1 al 499 Cuaderno 24.)

y) Cartas de terminación unilateral de los Contratos de trabajo de cada uno de los demandantes, Folios 158 a 165 del Cuaderno 24

z) Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre la Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol y su sindicato de base Unión Sindical Obrera USO para las vigencias de los años de 1987 a 1989 y 1989 a 1991 respectivamente con sus Anexos y Constancias de Depósito legal en la División de Relaciones Colectivas de Trabajo (visible a folios 96 y 207 del Cdno. No. 25) del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Art. 1° y 2°, 56, 123 Capítulos I, VI, visibles Folios 2, 3, 4, 96, 107, 113, 114, 147, 171, 207, 251. Cuaderno No. 25.

En la demostración del cargo luego de transcribir algunos apartes de la sentencia, sostuvo que el soporte de la decisión del tribunal radica en la afirmación: "que el señor Daniel Serrano Macías no obstante ser un empleado de Ecopetrol, celebró contratos de trabajo en forma verbal con los actores ostentando la Calidad de Empleador, y ostentar esta calidad, porque al suscribir las Actas de Conciliación parcial con los aquí demandantes, lo hizo en calidad de empleador sin presentar objeción alguna..."

Agregó que el *ad quem* al apreciar las actas de conciliación incurrió en manifiesto error de apreciación, al desconocer la manifestación hecha por el señor Daniel Serrano Macías, en el sentido de "Ser contratista del Matadero de Ecopetrol en su condición de simple intermediario por el contrato ELC.062 de 1987 en las labores de sacrificio de Ganado Vacuno que le suministra Ecopetrol para sacrificio diario en el matadero de Ecopetrol". Que a pesar de lo anterior sólo se dio valor al hecho de que el señor Serrano Macías firmó en el espacio correspondiente al empleador, descartando además lo dicho por los trabajadores, en el sentido de que se reservan el derecho de reclamarle a Ecopetrol el valor de la indemnización por despido sin justa causa y sin autorización del Ministerio de Trabajo, como consecuencia de la relación laboral que mantuvieron con el simple intermediario de Ecopetrol señor Daniel Serrano Macías.

Aclaró que no fueron los trabajadores quienes llamaron a conciliar al señor Serrano Macías, sino éste quien los citó para el día 9 de junio de 1989, con el fin de "que se sirvan pasar por su liquidación".

Resaltó que por la apreciación errónea de las actas de conciliación, el tribunal violó el artículo 34 del C.S.T., al aplicarlo indebidamente a una situación que no lo requería, y por consiguiente dejó de aplicar el artículo 32 del C.S. del T. y el numeral segundo del 35 *ibidem*.

Sostuvo que la conclusión de que la remuneración y subordinación de los trabajadores estaban a cargo del señor Serrano Macías, la dedujo el tribunal al apreciar erróneamente los documentos de afiliación al I.S.S. que aparecen en los folios 69, 362 a 384 del cuaderno No. 1, donde constan el nombre y número patronal del mencionado señor Serrano, quien en realidad siempre actuó como mayordomo del matadero de Ecopetrol, es decir era un empleado más de la empresa demandada, y por lo tanto no podía tener la doble condición de empleado y contratista independiente, pues son excluyentes e incompatibles entre sí.

Manifestó que el tribunal no apreció las contestaciones de las demandas por parte del señor Daniel Serrano Macías, donde ratificó su condición de empleado de Ecopetrol, y la de simple intermediario o mayordomo del matadero de la misma empresa; como tampoco el memorial de llamamiento en garantía y los demás documentos relacionados en el cargo, que tienen relación con los bienes de la empresa para el cumplimiento de las actividades del matadero.

Agrega que tampoco tuvo en cuenta la confesión ficta o presunta, al no comparecer al interrogatorio de parte el señor Daniel Serrano Macías, codemandado en estos procesos acumulados, y por lo tanto debió presumir como ciertos los hechos susceptibles de confesión, sobre los cuales versan las preguntas asertivas admisibles, contenidas en el interrogatorio escrito que le formuló el apoderado de los demandantes.

Expresó que de la inspección judicial se desprende la dependencia directa del sacrificio de ganado de Ecopetrol en su matadero, hecho que el tribunal no consideró en su providencia, pues de haberlo hecho, habría concluido que el señor Daniel Serrano Macías no era el propietario del mencionado matadero, y por consiguiente no tenía la calidad de empleador.

Señaló que se omitió considerar y valorar por el tribunal, la confesión expresa del apoderado del demandado señor Daniel Serrano Macías, cuando al proponer la excepción de inexistencia de la obligación, manifestó que Ecopetrol le había ordenado a su representante la inscripción de los trabajadores al I.S.S., el tomar una póliza colectiva de seguros y el pago de los parafiscales ordenados por la Ley. Tampoco apreció todos los documentos relacionados con los boletines de sacrificio diario de ganado, los cuales fueron cotejados con sus originales durante la diligencia de inspección judicial, de donde se desprende que los bienes, utensilios y equipos afectos al matadero eran de propiedad exclusiva de Ecopetrol.

También atribuyó al *ad quem* un manifiesto error de apreciación con respecto a los escritos de agotamiento de la vía gubernativa, pues de conformidad con la jurisprudencia su efecto es interrumpir la prescripción, llenar un requisito de procedibilidad y constituir factor de competencia del juez laboral; y por ello violó en la modalidad de aplicación indebida la normatividad sustantiva y procesal relativa a la prescripción de los derechos laborales.

Precisó que aun cuando la Ley le otorga al juzgador un fuero de valoración probatoria, lo cual le permite estructurar sus providencias con apoyo en unos medios de prueba en lugar de otros, no es menos cierto que la Ley Estatutaria de la Justicia ordena que las sentencias judiciales deben referirse a todos los hechos y asuntos debatidos en el proceso, pues el desconocimiento de pruebas calificadas válidamente aportadas al proceso constituye una vía de hecho judicial, que atenta contra los derechos constitucionales fundamentales como son el debido proceso, la igualdad de las partes y el acceso a la recta administración de justicia. Por todo lo anterior no es de recibo, la consabida fórmula de "que se valoraron todas las pruebas aducidas" o de "acuerdo con el material probatorio aportado al informativo", con el fin de soslayar las evidencias probatorias del ple-nario.

Luego transcribe las normas que definen a los representantes del patrono, a los intermediarios y a los contratistas independientes; al igual que las que regulan lo referente a las labores propias de exploración, explotación, transporte y refinación del petróleo, para concluir que las actividades que se cumplían en el matadero de Ecopetrol tenían esa calidad, y por lo tanto el señor Serrano Macías, era mayordomo y simple intermediario del verdadero patrono, es decir Ecopetrol.

Finalmente repite lo dicho en el cargo anterior, con fundamento en la doctrina y jurisprudencia en cuanto a las distintas clases de intermediarios, la solidaridad y la interrupción de la prescripción.

El opositor por su parte anotó que Serrano cuando se vinculó a Ecopetrol lo hizo como contratista para la explotación del matadero, y luego lo hizo como empleado, es decir que tuvo dos roles completamente distintos.

V.- CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Dentro de la larga lista de pruebas mal apreciadas, se señalan las siguientes:

1.- Actas de conciliación: critica el ataque la sentencia por no haberle dado valor a la afirmación del señor Daniel Serrano Macías acerca de su calidad de simple intermediario. Al respecto bastaría anotar, que aun cuando tal expresión aparece en dichos documentos, también es cierto que firmó contradictoriamente esas actas como "empleador", por lo que el tribunal razonablemente podía, en ejercicio de su fuero valorativo, co-legir

que esta era la verdadera condición de Daniel Serrano, a fortiori si ese aserto lo respaldó en otras pruebas que lo corroboran, además que la simple manifestación de ese demandado no obligaba al juez a darle plena credibilidad a ese hecho, que a la postre podía beneficiarlo. Por lo tanto, se puede concluir que de la interpretación dada por el tribunal a las mencionadas actas de conciliación, no se desprende un error de hecho con la característica de ostensible, que amerite o deje sin efecto su decisión.

2.- Lo mismo puede decirse de los escritos de contestación de las demandas, en cuanto a las razones que expuso en su defensa el señor Daniel Serrano Macías. Esto es, de su lectura no se desprende que el tribunal hubiese incurrido en equivocada apreciación de las mismas.

3.- En cuanto a las afiliaciones al ISS, es indiscutible que el señor Daniel Serrano Macías asumió la calidad de empleador al figurar en el rol "denominación o razón social de la empresa", y por lo tanto no se le puede endilgar al tribunal error alguno en su apreciación, pues solo se limitó a darle a su contenido el significado natural y obvio, es decir, el de ser el empleador.

4.- Los escritos de reclamación previa de los trabajadores a Ecopetrol, no constituyen, en razón de su origen, una plena prueba de la calidad jurídica del señor Serrano, por ser afirmaciones que emergen de parte interesada que debían ser respaldadas con pruebas del proceso, además que su finalidad era lograr vincular a dicha empresa a sus pretensiones, agotar el procedimiento de reclamación administrativa e interrumpir frente a ella la prescripción de sus derechos.

5.- En cuanto a los documentos con los cuales se pretendió demostrar que Ecopetrol era la propietaria de todos los elementos necesarios para desarrollar la actividad en el matadero de la empresa, aun cuando ello puede ser un indicio de que no se esté en presencia de un contratista independiente, no es una circunstancia que pruebe por sí sola la condición de simple intermediario de Daniel Serrano porque, como ya se refirió, existen otras pruebas apreciadas igualmente por el sentenciador, que razonablemente la desvirtúan, y así las cosas no se estaría en presencia de un yerro protuberante, como se requiere en casación para la prosperidad de cargos formulados con imputación de error de hecho.

Adicionalmente, en la sustentación de este cargo, propuesto por la vía indirecta, la censura cita el contenido de las normas supuestamente violadas por falta de aplicación y recurre a la doctrina de tratadistas nacionales y extranjeros, con lo cual rebasa los límites del sendero indirecto y se introduce en la violación directa de la ley en la modalidad de la interpretación errónea, con lo cual se aparta de las reglas que gobiernan la técnica de casación.

Por lo demás, las conclusiones del tribunal están soportadas en otras pruebas, no confutadas como los contratos de trabajo suscritos entre los demandantes y Serrano Macías, las nóminas de pago de los emolumentos

laborales que éste le hizo a aquellos durante el nexo laboral, los testimonios y la inspección judicial, que acreditan, al menos de manera entendible, el carácter de patrono de dicha persona natural, sin que en ellos aparezca otro subordinante o la simple condición de "mayordomo o administrador" de Daniel Serrano Macías, razones suficientes para descartar la pretendida solidaridad, basada en un error de hecho manifiesto que no se demostró.

Tercer Cargo: Acuso la Sentencia del Tribunal *ad quem*, por la vía indirecta de ser violatoria de la Ley sustancial en la modalidad de aplicación indebida de los arts. 488, 489 del C.S. del T. y como violación de medio los artículos 90 y 306 del C. de P.C. Civil y 20, 145 y 151 del Código de Procedimiento Laboral C.S.T, lo cual condujo a dejar de aplicar desconociendo lo que sobre el particular disponen los artículos 13, 14, 15, 16, 32, 35, 127, 143, 147, 168, 169, 174, 179, 186, 189, 193, 249 del C. S. del T., art. 1° Ley 52 de 1975 arts. 2°, 5°, 7° del D.R. 116 de 1976; art. 253 C.S.T subrogado por el art. 17 D.L. 2351 de 1965; art. 254, 467, 468, 469 del C.S. del T. en relación con el artículo 1° del Decreto Extraordinario 0284 de 1957 y el artículo 1° parágrafo literal M.) de la Resolución Reglamentaria 0644 de Junio 23 de 1959 de los Ministerios de Trabajo y de Minas y Petróleos. Violación en que se incurrió por errores de hecho manifiestos y trascendentes provenientes de la apreciación errónea de los documentos auténticos tales como los correspondientes escritos de agotamiento previo de la vía Gubernativa o de reclamación directa presentados por cada uno de los demandantes a la Empresa Colombiana de Petróleos y de las respectivas actas de conciliación parcial celebradas con Daniel Serrano Macías el día 9 de Junio de 1989 ante el Inspector de Trabajo de Barrancabermeja. Los errores de hecho que se le enrostra a la Sentencia impugnada como manifiestos y trascendentes en este tercer cargo, consistieron en:

1.- Dar por demostrado, sin estarlo, que en las respectivas Actas de conciliación parcial se conciliaron las prestaciones sociales no obstante decir el Tribunal que encontró diferencias a favor de los demandantes, sin precisarlas ni establecerlas en cuantía y sin determinación.

2.- Dar por demostrado sin estarlo, que por concepto de Prestaciones debía ser condenado el señor Daniel Serrano a pagarlas a los actores y declarar prescritas las prestaciones sociales reclamadas por los demandantes, sin estarlo, cuando dijo: "... por estar prescritos los anteriores derechos, dado que transcurrieron más de tres años desde su desvinculación laboral (30 de Mayo de 1989) y desde el día en que conciliaron (9 de Junio de 1989) al momento de presentar la demanda (18 de Junio de 1992) no es posible condenar al señor Daniel Serrano Macías por éstas acreencias ..."

3.- No dar por demostrado, estándolo claramente establecido en el juicio, que los demandantes cada uno presentaron en tiempo y oportunamente el 30 de Marzo de 1992 ante Ecopetrol sendos escritos de interrupción de la prescripción trienal de los salarios y prestaciones sociales lega-

les y extralegales causadas y adeudas por el patrón Ecopetrol y solidariamente el simple intermediario Daniel Serrano Macías.

A estos yerros fácticos manifestos, fue inducido el Tribunal al apreciar erróneamente o al tener mal apreciadas las siguientes pruebas calificadas:

1.- La documental Escritos de Agotamiento de la vía gubernativa o procedimiento de reclamación directa, con los cuales interrumpieron la prescripción trienal de los derechos debidamente determinados en ellos, a saber:

a) Escrito de Gumermino Arevalo de fecha 20 de Abril de 1992 en tres folios recibido por Ecopetrol el 28 de Abril de 1992, con la respuesta de la Empresa de fecha 12 de Mayo de 1992 obrantes a Folios 14 al 17 respectivamente del Cdno No.1.

b).- Escrito de Luis Alberto Camargo, de fecha 04 de Marzo de 1992 en tres folios recibido por Ecopetrol el 30 de Marzo de 1992; el oficio respuesta de la Empresa de fecha 2 de Abril de 1992 obrantes a Folios 19 al 21, 23 del Cuaderno No. 2.

c) Escrito de Vidal Silva dirigido a Ecopetrol en tres folios de fecha 04 de Marzo de 1992 recibido por la empresa el 30 de Marzo de 1992 y el oficio 039 de fecha abril 2 de 1992 de respuesta a la empresa obrantes a folios 14 a 16, 17 del Cdno. No. 3.

e) Escrito de Ezequiel Velásquez Cucto dirigido a Ecopetrol en tres folios de fecha 04 de Marzo de 1992 recibido por la empresa el 30 de Marzo de 1992 y el oficio 0039 de fecha abril 2 de 1992 de respuesta de la empresa obrantes a folios 23 al 25, 26 del Cdno. No. 4.

d) Escrito de Álvaro Torres, dirigido a Ecopetrol en tres Folios el 04 de Marzo de 1992 recibido en la Empresa el 30 de Marzo de 1992 con respuesta del 23 de Abril de 1992 obrantes a Folios 20 a 22 y 23 del Cuaderno No. 5.

f) Escrito de Juan Ballesteros Villalba dirigido Ecopetrol el 04 de Marzo de 1992 a recibido por la empresa el 30 de Marzo de 1992 y su oficio de respuesta de fecha 2 de Abril de 1992 obrantes a folios 22 al 24, 25 del Cdno. No. 7.-

g) Escritos de Alfonso Bautista Camacho de fechas 04 de Marzo de 1992 y 20 de Abril de 1992, con su respuesta de fecha 24 de Abril de 1992 obrantes a folios 76 al 78, 79, 80, del Cuaderno 8.

h) Escritos de Luis Jesus Serrano Rueda dirigido a Ecopetrol el 04 de Marzo de 1992 y 20 de Abril de 1992 con su oficio de respuesta de la empresa de fecha 24 de Abril de 1992, obrante a Folios 17, a 19, 20, 21 del Cdno. 9.-

i) Escrito de Teonistocles Sarmiento dirigido a Ecopetrol de fecha 04 de Marzo de 1992 en tres folios con su oficio de respuesta de fecha 2 de Abril de 1992 obrantes a folios 22 al 24, 25 respectivamente del Cdno. 10.-

j) Escrito de Marcial Segundo Campo Espitia, dirigido a Ecopetrol de fecha 04 de Marzo de 1992 en tres folios con su oficio de respuesta de la empresa de fecha 2 de Abril de 1992, obrantes folios 18 al 20, 21 y 17 respectivamente del Cdno. No. 11.

k) Escritos de Domingo Macías Uribe de fechas 04 de Marzo de 1992, de Abril 22 de 1992 dirigidos a Ecopetrol con sus oficios de respuestas fechados el 2 de Abril de 1992 y el 24 de Abril de 1992 respectivamente obrantes a Folios 17 al 19, 20, 21, 22 y 16 en su orden del Cuaderno 12.-

2.- Las Actas de Conciliación parcial suscritas entre Daniel Serrano Macías en su condición de contratista simple intermediario y los demandantes el 9 de Junio de 1989 a instancias del Inspector de Trabajo de Barrancabermeja que obran en cada cuaderno de las demandas acumuladas así: Acta 343 Folio 54 Cdno. 2; Acta 346 FL. 48 Cdno. 4; Folio 19 Cdno. 5, Fl. 57 Cdno. No. 6; Fl. 18 del Cdno. 7; fl. 53 del Cdno. 8; Fl. 16 del Cdno. 9; Fl. 21 del Cdno. 10; Fl. 17 del Cdno. 11 y Fl. 16 del Cdno. 12.

Así mismo el Tribunal *ad quem* dejó de apreciar los siguientes documentos auténticos obrantes en el expediente al Cuaderno 25.

3.- Los ejemplares auténticos de las Convenciones Colectivas de Trabajo celebradas entre la Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol y su Sindicato de Base Unión Sindical Obrera USO, para las vigencias de 1987 a 1989 y de 1989 a 1991. En sus artículos 1º y 2º y demás cláusulas normativas que consagran salarios y prestaciones sociales legales y extralegales convencionales (folios 3, 4, 74, 75, 77 al 83, 107, 113, 114, 193, 196 a 209 de las Convenciones Colectivas de trabajo de 1987 y 1989) que fueron allegadas al plenario con sus respectivas constancias de depósito legal ante la División de Relaciones Colectivas del Ministerio de Trabajo, las cuales son pruebas calificadas atendibles en Casación.

Demostración del Cargo Tercero:

Dice la sentencia recurrida en el Acápite de Prestaciones Sociales:

"No obstante que en las respectivas actas de conciliación se aprecia que se conciliaron las prestaciones sociales de los actores, es necesario revisar dichas liquidaciones para saber si se encuentran ajustadas a derecho, encontrando esta corporación diferencias a favor de los demandantes entre los valores cancelados y los que se debieron cancelar por tal razón, deberá condenarse al señor Serrano Macías, por estos conceptos, sin embargo, como en el informativo aparecen prescritos los anteriores derechos, dado que transcurrieron más de tres años desde la desvinculación laboral (30 mayo de 1989) al momento de presentar la demanda (18 de Junio de 1992), no es posible condenar al señor Daniel Serrano Macías por estas acreencias laborales. Por consiguiente se absuelve por tales conceptos.

En relación a la interrupción de la prescripción, se presentó aparentemente con la entidad petrolera y no con el señor Daniel Serrano Macías,

dado que el escrito de reclamación laboral se encontraba dirigido a Ecopetrol y no al señor Serrano Macías ..."

Del aparte transcrito cuestionado, surge de bulto el error manifiesto que se le endilga al proveído recurrido. No se explica Cómo no pudo ver el sentenciador los escritos reclamatorios de los derechos y obligaciones laborales prestacionales exigibles de los trabajadores demandantes, el yerro aparece ostensible y es malintencionada como tendenciosa la expresión de que "En relación a la interrupción de la prescripción se presentó aparentemente con la entidad petrolera y no con el señor Serrano Macías ..." cuando en realidad de verdad aparece de modo manifiesto y cierto que efectivamente todos y cada uno de los actores presentaron a la Empresa Colombiana de Petróleos

En la demostración del cargo afirmó el casacionista que el tribunal incurrió en un error manifiesto al decir que "En relación a la interrupción de la prescripción se presentó aparentemente con la entidad petrolera y no con el señor Serrano Macías...", cuando en realidad todos los trabajadores presentaron su reclamación a la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol en la ciudad de Bogotá, e inclusive los que tenían más de 20 años de servicios presentaron un escrito adicional solicitando la pensión de jubilación. Dichos escritos fueron contestados oportunamente por la empresa antes de que se cumplieran los tres años contados a partir del 30 de mayo de 1989, fecha en la cual fueron despedidos los trabajadores.

Además en las actas de conciliación los trabajadores manifestaron que se reservaban el derecho de reclamar a Ecopetrol, solidariamente, la nivelación salarial y las demás prestaciones causadas y no pagadas durante la vigencia de la relación laboral. De lo cual se deduce que los demandantes no conciliaron sus derechos, como tampoco que se encuentren prescritos.

Por lo tanto el tribunal violó los artículos 20 y 145 del C. de P.L. y 90 y 306 del C. de P.C. como violación de medio, y aplicó indebidamente los artículos 488 y 489 del C.S del T.

El opositor a su vez, repite que el matadero no es actividad inherente a la empresa petrolera; y en cuanto a la interrupción de la prescripción debe hacerse ante el señor Serrano verdadero empleador.

VI.- CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Al quedar desvirtuada la invocada solidaridad entre Ecopetrol y Serrano Macías, conforme se vio en las consideraciones de esta Sala de cara a los dos cargos precedentes, el análisis del presente debe circunscribirse a saber si frente al empleador Serrano Macías, los derechos de los trabajadores están o no prescritos.

Observa la Sala que evidentemente transcurrieron más de tres años desde la desvinculación laboral de los demandantes (30 de mayo de 1989) - y aún desde el momento de suscripción de las actas de conciliación con Serrano Macías (9 de junio de 1989)- y la presentación de la demanda (18 de junio de 1992). Esta verdad no fue cuestionada por los recurrentes. Su discentimiento se funda en la reclamación que hicieron a Ecopetrol, que por ser una entidad distinta, ese hecho no posee la virtualidad de interrumpir prescripción, porque como ya se anotó no se demostró solidaridad entre esta empresa y el patrono de los trabajadores: Serrano Macías.

Lo dicho es suficiente para negarle prosperidad al tercer cargo.

CARGO CUARTO: "Acuso la sentencia impugnada de violar por vía indirecta en el concepto de aplicación indebida los artículos 37, 38, 45, 65 del C.S.T. 4° Decreto Ley 2351 de 1965, Art. 64 literales c) y d) del C.S.T. modificado por el art. 8° del Decreto Ley 2351 de 1965, Arts. 259, 260, 267 del C.S.T. este último derogado por la Ley 171 de 1961 art. 8° y 14 vigente antes de la expedición del art. 37 de la Ley 50 de 1990 y de los art. 133, 279 de la Ley 100 de 1993, los Acuerdos No. 224 de 1966 y 029 de 1985 del Consejo Directivo del Instituto de Seguros I.S.S aprobados por los Decretos 3041 de 1966 Decreto 2879 de 1985 en relación con el Decreto-Ley 1650 de 1977 art. 6° y Decreto Ley 433 de 1971 Y el artículo 1° del Decreto Reglamentario No. 807 de Abril 21 de 1994 este último por el cual reglamenta el art. 279 de la Ley 100 de 1993 y establece el Régimen de seguridad social de la Empresa Colombiana de Petróleos.

"En estas violaciones incurrió el *ad quem* por apreciación equivocada de los siguientes documentos auténticos:

1) Del Otrosí No. 2 del Contrato ELC-062 de 1989 (Folio 324 del Cuaderno No. 21).

2) De las cartas de despido de cada uno de los trabajadores demandados que obran a los Folios 155, 156, 158 a 165 del Cuaderno No. 24.

3) De los documentos de afiliación extemporánea de los demandantes a I.S.S, obrantes en Folios 362 a 384 del Cuaderno principal No. 1

Y por falla de apreciación de las siguientes pruebas documentales e inspección judicial:

1) De los escrito de contestación de las doce (12) demandas de los actores por Daniel Serrano Macías, por intermedio de apoderado (fls. 51 Cdno. No. 1; Fls. 49 Cdno. No. 2; Fl. 43 Cdno. No. 3; Fl. 53 Cdno. 4; Fl. 57 Cdno. No. 5; Fl. 52 Cdno. No. 6; Fl. 57 Cdno. No. 7; Fl. 69 Cdno. No. 8; Fl. 50 Cdno. No. 9; Fl. 57 Cdno. No. 10; Fl. 48 Cdno. No. 11 y folio 143 Cdno. No. 12) donde se admite como ciertos los hechos primero, segundo, tercero, sexto y noveno de las respectivas demandas acumuladas referentes a los extremos de las relaciones laborales de los demandantes en el Mata dero de Ecopetrol.

2) Actas de conciliación parcial suscritas por Daniel Serrano Macías obrando en su condición de simple intermediario de Ecopetrol con cada uno de los trabajadores demandantes el 9 de Junio de 1989 ante el Inspector de Trabajo de Barrancabermeja, que obran en los respectivos cuadernos de demandas así: Fl. 54 Acta 343 Cuaderno No. 2; Fl. 48 Cdno. No. 3 Fl. 22 Cdno. No. 4; Fl. 19 Cdno. No. 5; Fl. 57 Cdno. No. 6; Fl. 18 Cdno. No. 7; Fl. 53 Cdno. No. 8; Fl. 16 Cdno. No. 9; Fl. 21 Cdno. No. 10; Fl. 17 Cdno. No. 11; Fl. 16 Cdno. No. 12, en los cuales se dejaron consignadas las fechas de iniciación y terminación de los contratos de trabajo de cada uno de los demandantes.

3) Confesión judicial del apoderado de Daniel A. Serrano Macías dentro del Proceso acumulado O-1947 visible a folio 264 del Cuaderno No. 1 y 160 y 161 del Cuaderno No. 12.

4) Los interrogatorios de parte practicados a cada uno de los demandantes a petición de las accionadas que obran a Folios 392 a 400 y 435 a 442 del Cuaderno Principal No. 1.

5) La Diligencia de inspección Judicial practicada en el departamento de Materiales Secciones de Ganadería y Comisariatos y Matadero de Ecopetrol obrantes a folios 449 a 478 Cuaderno Principal No. 1 y la foliatura de Cuaderno No. 20 que contienen las pruebas recaudadas y verificadas en la inspección judicial practicada por el Juzgado Laboral del Circuito de Barrancabermeja en este proceso acumulado: (folios 1 al 19, 27, al 30 32 al 33, 48, 52, 59 al 64, 71 al 99, 101, 132, 189 a 385 Cdno. No. 20)

6) La documental trasladada del proceso Ordinario Laboral de Daniel Serrano Macías contra Ecopetrol O-1965 obrantes a Folios 1 al 216 Cuaderno No. 21B que contienen los contratos de sacrificio de Ganado celebrados por Ecopetrol y Daniel Serrano Macías.

E igualmente incurrió el Tribunal en el siguiente error de derecho. No tener como prueba ad solennitatem y como presunción de derecho la confesión judicial lícita (art. 210 C. de P.C. al interrogatorio de parte al señor Daniel A. Serrano Macías Folios 343 a 350 del cuaderno Principal No.1).

Los errores de hecho en que incurrió el Sentenciador *ad quem*

a) Dar por probado, no estándolo que, el Contrato ELC 062 de 1987 que aparece a folio 324 del Cuaderno 21 termina la contratación el día 30 de mayo de 1989, siendo que el documento mal observado era el otrosí No.2 del Contrato ELC 062 de 1987.

b) No dar por demostrado, hallándose probado plenamente con prueba idónea suficiente y completa, que los contratos de trabajo que ligaron a los demandantes con la Empresa Ecopetrol fueron verbales con el contratista simple intermediario Daniel Serrano Macías y a término indefinido que transcurrieron dentro de los extremos tempore-espaciales señalados en las respectivas actas de conciliación parcial celebradas con los demandantes el 9 de Junio de 1989 y aceptadas por confesión lícita o

presunta en el interrogatorio de Parte por Daniel Serrano Macías QUE obra a folios 343 A 350 del Cuaderno No.1 y en las copias de las nóminas encontradas en poder de Ecopetrol Departamento de Materiales en desarrollo de la Inspección judicial practicada por el Juzgado Laboral del Circuito de Barrancabermeja (Fls.449 a 453, 455, 456, 457 del Cuaderno principal No.1 y Folios 190 a 385 del Cuaderno No.20) que contienen las planillas de pago de salarios a los demandantes entre los periodos de los años de 1973 a 1989. Y que cada relación laboral se desarrolló dentro de los siguientes lapsos en cada caso de cada demandante así:

"Que Domingo Macías Uribe Laboró como Capataz y matarife desde el día 15 de Marzo de 1964 hasta el 30 de Mayo de 1989.

"Que Vidal Silva Rodríguez Laboró como Matarife desde el día 15 de Mayo de 1970 hasta el 30 de Mayo de 1989.

"Que Marcial Segundo Campo Espitia laboró como Matarife desde el día 9 de Abril de 1972 hasta el 30 de Mayo de 1989.

"Que Alvaro Torres Laboró como Matarife desde el día 10 de Mayo de 1978 hasta el 30 de Mayo de 1989.

"Que Juan Ballesteros Villaba Laboró como matarife desde el día 2 de Junio de 1970 hasta el 30 de Mayo de 1989.

"Que Samuel López laboró como Matarife desde el día 15 de Enero de 1978 hasta el 30 de Mayo de 1989.

"Que Luis Alberto Camargo laboró como Matarife desde el día 1º de Marzo de 1970 hasta el 30 de Mayo de 1989.

"Que Ezequiel Velasquez Cuello laboró como matarife desde el día 1º de Septiembre de 1979 hasta el 30 de Mayo de 1989.

"Que Luis Jesus Serrano Rueda Laboró como Matarife desde el día 1º de Octubre de 1957 hasta el 30 de Mayo de 1989.

"Que Alfonso Bautista Camacho Laboró como matarife desde el día 2 de Febrero de 1967 hasta el 30 de Mayo de 1989.

"Que Temistocles Sarmiento Macías laboró como matarife desde Mayo de 1970 hasta el 30 de Mayo de 1989.

"c) dar por demostrado, sin esarlo, que el señor Daniel Serrano Macías le notificó a cada uno de los trabajadores accionantes el fenecimiento de la relación laboral a partir del 30 de Mayo de 1989 con preaviso.

"d) Dar por demostrado que no hubo despido injusto, por ser los contratos verbales a término de duración de la obra contratada en el Contrato ELC.-062 de 1987 que terminaba la Contratación el día 30 de Mayo de 1989. Estando demostrado que los trabajadores demandantes venían laborando con contrato verbal a término indefinido sin solución de continuidad desde mucho tiempo atrás y desde las fechas señaladas en las respectivas Actas de conciliación parcial celebradas con Daniel Serrano

Macías ante el Inspector de Trabajo de Barrancabermeja el día 9 de Junio de 1989, y en la confesión ficta del mismo accionado solidariamente que obra a Folios 343 a 350 del Cdn. ppal. No.1).

"e) No dar por demostrado, estándolo, que los demandantes Ezequiel Velásquez Cucto, Vidal Silva Rodríguez, Luis Alberto Camargo, Alvaro Torres, Samuel López, Juan Ballesteros Villalba, Temistocles Sarmiento Macías Marcial Segundo Campo Espitia habían laborado durante más de diez años de servicios como matarifes en el matadero de Ecopetrol al servicio de esta empresa a través del contratista simple intermediario Daniel Serrano Macías.

"f) No dar por demostrado, estándolo, que los demandantes Luis Jesús Serrano Rueda, Alfonso Bautista Camacho y Domingo Macías Uribe, laboraron al servicio del Matadero de Ecopetrol Distrito de Producción por más de veinte (20) años de Servicios por lo cual tienen derecho a la pensión plena de Jubilación a cargo directo de la empleadora cuando cumplan o hayan cumplido los 50 años de edad cronológica.

"g) no dar por demostrado, estándolo, en todos los casos individuales de los demandantes que no obstante haber afiliado el señor Daniel Serrano Macías a los trabajadores demandantes al I.S.S. lo hizo en forma notoriamente extemporánea e incompleta, sin ser el patrono, y las semanas cotizadas a través del contratista simple Serrano Macías no cubren todo el tiempo de servicios de los demandantes, ni alcanzan las 5000 semanas o las 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo como para que el I.S.S. asuma el riesgo de la pensión sanción o de vejez, en sustitución del patrono o empleador.

"h) No dar por demostrada, estándolo, las (sic) mala fé del empleador Ecopetrol, al mantener esta situación laboral para hacerle fraude a la ley y liberarse de los riesgos profesionales y la carga laboral de los trabajadores del matadero de Ecopetrol".

En la demostración del cargo sostuvo que el *ad quem* incurrió en error de derecho al no darle valor probatorio a la confesión ficta o presunta del señor Daniel Serrano Macías, al no comparecer a la audiencia para responder el interrogatorio de parte, ni haber justificado su ausencia. Por lo tanto debió aplicar el artículo 210 del C. de P.C.

Además el tribunal apreció erróneamente el otrosí del contrato ELC-062/87 y las cartas de despido en relación con la duración de los vínculos laborales de los demandantes, sobre todo que los contratos eran verbales por la duración de una obra o labor determinada, cuando en realidad se trataba de contratos de tracto sucesivo que databan desde antes de 1967 y se ejecutaban cada año pues la labor era continua y permanente. Se equivocó, pues, el tribunal al no ver un despido en las cartas dirigidas por el señor Daniel Serrano Macías a los demandantes y con ello violó las disposiciones legales señaladas en el cargo.

Y en cuanto a la pensión sanción y a la pensión de jubilación, consideró que el tribunal se equivocó al apreciar indebidamente el otrosí del contrato mencionado, las notificaciones de finalización de la relación laboral y las certificaciones de las afiliaciones al ISS; pues los servidores de Ecopetrol no eran afiliados forzosos del I.S.S. y por consiguiente se les aplicaba las normas particulares de dicha empresa.

Además las afiliaciones extemporáneas no eximen al empleador de las obligaciones frente a un despido sin justa causa como lo ha sostenido la jurisprudencia nacional. Y por ello es a la empresa a quien le corresponde pagar directamente las pensiones restringidas de jubilación, proporcionales al tiempo de servicios de los demandantes despedidos sin justa causa con más de 10 años de servicios, y las pensiones plenas a los demandantes que cumplieron más de 20 años de servicios, de conformidad con el artículo 260 del C.S.T y la norma convencional pertinente, que se les extiende por mandato legal, sin necesidad de acreditar la afiliación al sindicato.

El opositor por su parte sostuvo que no se puede involucrar a Ecopetrol en la relación laboral existente entre Serrano y los demandantes, pues no se trata del giro normal de sus actividades.

VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En este cargo, a pesar de que en su planteamiento inicial relaciona seis errores de hecho, en la demostración del mismo manifiesta: "El error de derecho consistió en que el fallador *ad quem*, no apreció ni tampoco le dio valor probatorio legal, debiendo hacerlo, de confesión licta o presunta..." y luego agregó "El sentenciador incurrió en este error de derecho que se le atribuye, al no haberle dado valor de convicción, a la confesión licta o presunta de la parte demandada Daniel Serrano ..." (Folio 129). Al respecto recuerda una vez más la Corte que el llamado en casación laboral "error de derecho" no se da con relación a pruebas que no son solemnes, y se configura cuando se da por establecido un hecho con una probanza que no reviste solemnidad, no obstante estatuir la Ley una determinada para la validez del acto, o cuando deja de apreclarse un medio probatorio de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo.

Ahora bien, en cuanto a los cinco primeros errores de hecho mencionados en este cargo, se remite la Sala a lo ya dicho en sus consideraciones a los ataques anteriores.

En lo que concierne a los demandantes Serrano Rueda, Bautista Camacho y Macías Uribe, no desconoció el tribunal que laboraron durante más de veinte años al servicio de su empleador Serrano Macías, pero dedujo con acierto que no tienen derecho a la pensión de jubilación impetrada frente a su empleador por estar acreditada su afiliación al I.S.S. acompañada del pago de cotizaciones, motivo por el cual será la respectiva entidad de seguridad social la comprometida al pago de la pensión de vejez, una vez se den los presupuestos legales para ello. Por lo anterior, no

se configuran los desatinos citados en los literales f, g y h de este cargo, que en consecuencia no prospera.

Quinto Cargo: Acuso la Sentencia impugnada de violar por la vía directa en el concepto de aplicación indebida el artículo 85 del C.S. del T. en relación con los arts. 60 y 61 del C.P.L. (violación de medio).

En la sustentación del cargo manifestó que si el tribunal encontró diferencias a favor de los demandantes, debió condenar por dichos conceptos a la empresa Ecopetrol, pues en relación con ella se había interrumpido la prescripción trienal de tales derechos.

Sostuvo que el tribunal no examinó la conducta procesal de Ecopetrol, al no haber acreditado su buena fe, sino por el contrario del pleاريو se desprende su mala fe.

Resaltó que de conformidad con la jurisprudencia nacional, para imponer la indemnización moratoria no se requiere de previo reclamo del trabajador y no le corresponde al trabajador acreditar la mala fe del patrono, sino por el contrario es a este último a quien incumbe probar su buena fe para exonerarse de la indemnización por mora.

El opositor se limitó a resaltar que Ecopetrol siempre actuó de buena fe.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Lo expresado por esta Sala en los cargos examinados, en los cuales no se halló dislate del tribunal en su aserción de que Serrano Macías fue el empleador de los demandantes, y no Ecopetrol, quien tampoco debe responder solidariamente, y al establecerse que el dicho patrono no adeuda suma alguna a los accionantes por haberle cancelado casi todas sus acreencias laborales y estar prescritas las demás, forzoso es concluir que no existe deuda por concepto de salarios ni de prestaciones sociales, por lo que mal puede hablarse de indemnización moratoria, como lo reclama infundadamente la acusación.

Por lo dicho, el quinto cargo tampoco prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de fecha 21 de septiembre de 1998, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en el juicio seguido por Gumercindo Leoncio Arévalo Aceros y otros, contra Daniel Antonio Serrano Macías y contra la Empresa Colombiana de Petróleos "Ecopetrol".

Costas del recurso a cargo del impugnante.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

José Roberio Herrera Vergara, Francisco Escobar Henríquez, Carlos, Isaac Náder, Rafael Méndez Arango, Luis Gonzalo Toro Correa, Fernando Vásquez Botero.

Laura Margarita Manotas González, Secretaria

VIOLACIÓN DE LA LEY SUSTANCIAL
INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO
Liquidación

BUENA FE
Exonerante de la sanción por mora

ERROR DE HECHO

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral - Santa Fe de Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Radicación 12514

Acta No. 42

Magistrado Ponente: Doctor Germán G. Valdés Sánchez

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el BANCO CENTRAL HIPOTECARIO contra la sentencia dictada el 26 de Febrero de 1999 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por ARACELY RODRIGUEZ DE RESTREPO contra la entidad recurrente.

ANTECEDENTES

La señora Aracely Rodriguez de Restrepo demandó al Banco Central Hipotecario con el fin de obtener el reajuste de la pensión de jubilación, el pago de \$ 76.249,40 por reajuste de la indemnización por despido injusto y la condena moratoria a partir del 7 de Octubre de 1989.

Argumentó con tal propósito, que laboró para la demandada desde el 24 de Enero de 1972 hasta el 6 de Julio de 1989 cuando fue despedida sin justa causa, que el último año se desempeñó como jefe del departamento de crédito con una asignación mensual de \$ 236.554,88, que al liquidar la indemnización por el despido se le descontaron 76 días no trabajados pese a que tal descuento solo está autorizado para liquidar cesantía, vacaciones y pensión, que se le reconoció la pensión pero su liquidación se hizo sin tener en cuenta todos los factores de salario y que su reclamo ante la demandada fue resuelto negativamente.

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla con su sentencia del 2 de Octubre de 1996, condenó al reajuste de la pensión en suma mensual de \$ 51.263,07 pero absolvió de las restantes peticiones.

La Sentencia del Tribunal:

Apelaron ambas partes y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla al desatar los recursos confirmó la condena impuesta por el *a quo*, revocó la absolución por las restantes pretensiones y en su lugar condenó al pago de \$76.249,40 por reajuste de la indemnización por despido y a la suma diaria de \$7.885,16 a partir del 7 de Octubre de 1989 por sanción moratoria.

En respaldo de su decisión dijo el Tribunal:

'Esta Corporación observa que el salario tomado para liquidar la pensión fue inferior al tomado para liquidar la cesantía y demás prestaciones, lo cual contradice lo preceptuado en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, que señala cuales son los factores de salario que se deben tener en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y pensiones de los empleados públicos y trabajadores oficiales. Es más, la liquidación de la pensión con un salario inferior al realmente devengado, contradice lo preceptuado en el artículo 94 del Reglamento Interno de Trabajo que señala en su parte final que 'Estas pensiones en ningún caso serán menores de (\$75.00), ni mayores de las tres cuartas partes del promedio del salario mensual devengando (sic) durante el último año de servicios', que como ya se dijo fue de \$236.554,88'

En relación con el reajuste de la indemnización por despido y la sanción moratoria dijo "que la empresa no probó la justeza (sic) del descuento efectuado en la indemnización por despido de las cuales en su liquidación se descontaron 76 días".

Luego de acotar que la suspensión del contrato de trabajo "...al tenor de lo dispuesto en el artículo 5º (sic) del C.S.T. subrogado por la Ley 50/90. art. 4º, se refiere a 'huelga declarada en la forma prevista en la ley'", acoge lo dicho por la parte actora en el sentido de no proceder el descuento del tiempo de una suspensión del contrato sino para la liquidación de cesantía, vacaciones y pensión de jubilación, y con base en ello condena al reajuste de la mencionada indemnización.

Agrega posteriormente:

'En virtud de la procedencia de las reliquidaciones que se anuncian es viable la condena por indemnización moratoria en la forma establecida en el artículo 1º Del Decreto 797/49, porque la entidad demandada no demostró la buena fe y en forma inexplicable, contrariando la realidad procesal negó el descuento de los 76 días, razón que amerita condenar al demandado al pago de la suma de \$7.885,16 diarios desde el día 7 de Octubre de 1989 y hasta que el pago se verifique".

Por último explica las razones para declarar no probadas las excepciones de mérito y aclara que no se alegó por las partes la irregularidad originada en la falta de firma del secretario en una notificación por estado.

El Recurso de Casación

Fue Interpuesto por la demandada que pretende que se case totalmente

la sentencia acusada para que en sede de instancia se revoque la condena impuesta por el *a quo* y en su lugar se absuelva por el concepto correspondiente. Subsidiariamente se pide la casación parcial en lo atinente a la condena moratoria, para que en la actuación subsiguiente se confirme la absolución que en primera instancia se impartió sobre el particular.

Con tal propósito se proponen dos cargos fundados en la causal primera de casación laboral que no fueron replicados y que se estudian en su orden.

Primer cargo.

Se propone así:

"Acuso la sentencia impugnada de violar indirectamente, en la modalidad de aplicación indebida, las siguientes normas legales: artículos: 1, 2, 11 y 17 de la Ley 6ª. de 1945; 1, 30, 31, 33, 34, 44, 45

y 46 del Decreto Reglamentario 2127 de 1945; 8 y 27 del Decreto 3135 de 1968; 42 del Decreto 1042 de 1978; 5, 45 y 46 del Decreto 1045 de 1978; 1, 2 y 3 de la Ley 65 de 1946; 6 del Decreto 1160 de 1947; 1 y 3 de la Ley 33 de 1985, 1 del Decreto 797 de 1949, 19 y 104 del Código Sustantivo del Trabajo; 60, 61 y 145 del Código Procesal del Trabajo, todo ello a consecuencia de los ostensibles errores de hecho en que incurrió el *ad quem* en la sentencia impugnada, por haber apreciado erradamente la liquidación definitiva de derechos laborales que obra a folios 14 y 125; la Resolución 541 de 18 de agosto de 1989 (fls. 3 a 6) mediante la cual el Gerente General del BCH reconoció y ordenó pagar una pensión mensual a la demandante, hasta tanto reúna los requisitos de la pensión de vejez que asumirá el ISS; el Reglamento Interno de Trabajo (fls. 41 a 94); la Resolución 0946 de 31 de marzo de 1976 (fls. 126 a 129); y por haber dejado de apreciar el escrito de 8 de septiembre de 1992 en el que se da respuesta a la comunicación de reclamación con la cual agotó la vía gubernativa la actora (fls. 24) y la Resolución 577 de 20 de octubre de 1989 emitida por el Gerente General del BCH (fls. 8 y 9), lo que condujo al Tribunal a conclusiones contrarias a la realidad probatoria, con quebranto de los intereses de mi procurado.

Los errores de hecho en que incurrió el *ad quem* fueron:

1. No dar por demostrado, estándolo, que la pensión mensual de jubilación que la entidad demandada reconoció a la actora mediante Resolu-

ción número 541 de 18 de agosto de 1989 emanada del Gerente General del BCH, tiene origen en el artículo 94 del Reglamento Interno de Trabajo de la demandada y está regulada por dicho reglamento y no por la ley.

2. Dar por demostrado, no estándolo, que el Banco demandado debió tomar como factor de salario la prima de servicio y la prima de vacaciones al liquidar a la actora la pensión de jubilación reglamentaria reconocida en la Resolución 541 de 18 de agosto de 1989, elementos retributivos que solo deben tenerse en cuenta cuando se liquidan pensiones de carácter legal.

3. No dar por demostrado, estándolo, que la actora no laboró 76 días en el tiempo efectivo de servicio que prestó a la demandada, por haber participado en un cese de actividades, total y a nivel nacional, que se presentó en las dependencias del BCH a partir del 16 de febrero de 1976.

DESARROLLO DEL CARGO:

Inicialmente el Tribunal sienta como premisa de su fallo que en la liquidación de prestaciones sociales definitivas visibles a folios 14 y 125 aparecen discriminados los valores que se pagaron a la demandante por concepto de cesantía y otros derechos laborales. De tales documentos surge para el Tribunal el salario base para liquidar las prestaciones sociales, cual es la cantidad de \$ 236,554.88. Acto seguido alude a la incorporación al expediente de la copia de la Resolución 541 de 18 de agosto de 1989, que una vez cotejada con el original que exhibe el demandado, acredita el reconocimiento y ordena el pago de la pensión mensual de jubilación por un valor inferior al anterior, vale decir, la suma de \$ 161.168, que resulta inferior al salario base que se tomó para liquidar cesantía e indemnización (fls. 14). Enseguida el *ad quem* expresa que en la diligencia de inspección judicial el juez del conocimiento deja constancia de la publicación del Reglamento Interno de Trabajo, exhibido conforme consta al folio 130. De allí concluye el *ad quem* erradamente que es la ley y no el reglamento interno de trabajo en su artículo 94 la que establece qué factores salariales deben tomarse en cuenta para liquidar la pensión de jubilación reglamentaria aludida.

En efecto, el *ad quem* aprecia erradamente la liquidación final de derechos laborales que obra a folios 14 y 125, en cuanto en ella se señala exclusivamente cuál es el salario base que sirve para liquidar la cesantía del demandante, que no tiene porque corresponder a la retribución que menciona específicamente el artículo 94 del Reglamento Interno de Trabajo (fls. 85), el cual se refiere únicamente al "sueldo mensual que haya disfrutado el empleado durante el último año de servicio" al Banco, disposición que se refiere al promedio del salario mensual devengado durante el último año de servicios pero únicamente para fijar el tope mayor o menor de la correspondiente mesada pensional reglamentaria. De suerte que es, al tenor del artículo 94 en mención, el sueldo mensual que haya disfrutado el empleado en el último año de servicios el que ha de tenerse

en cuenta para liquidar la pensión de jubilación reglamentaria y aún la indemnización por despido.

La Resolución 541 de 18 de agosto de 1989, mediante la cual se reconoció y ordenó pagar la pensión reglamentaria, transcribe el artículo 94 aludido (fl. 85) y repite que "la cuantía de la pensión se determine con base en el sueldo promedio mensual disfrutado en el último año de servicio al Banco, en el porcentaje y con las limitaciones establecidas en el citado artículo". En la parte considerativa de la Resolución se expresa como la demandante percibió durante 144 días, en el período que va del 7 de julio al 30 de noviembre de 1988 la suma total de \$ 661.920, a razón de \$ 137.900, y durante 216 días del 12 de julio de 1988 al 6 de julio de 1989 \$ 1.272.096, a razón de \$ 176.680 mensuales, para un total de salario disfrutado de \$ 1.934.016 que dividido por doce meses arroja un promedio mensual de \$ 161.168,00, que fue el salario que sirvió de base para liquidar la pensión por parte del Banco. En la Resolución 577 de 20 de octubre de 1989 se confirma que es el sueldo promedio mensual devengado en el último año de servicios el que se debe tomar en cuenta para liquidar la pensión reglamentaria del demandante y, por lo tanto, no se accede a la reposición impetrada.

De suerte que el *ad quem* aprecia erradamente la verificación salarial que hace en la diligencia de inspección judicial, en cuanto encuentra corroborado el salario promedio de \$ 236.554,88, que en la liquidación final (fl. 14 y 125) sirvió de base pero para liquidar el auxilio de cesantía.

En el documento de respuesta a la reclamación que formula el demandante (fls. 24), que no fue apreciado por el *ad quem*, se explica con claridad y se subraya que es el sueldo promedio que haya disfrutado el empleado durante el último año de servicios el que sirve de base para liquidar la pensión reglamentaria que consagra el artículo 94.

De manera que el Juez de segundo grado dio por demostrado, no estándolo, que el BCH debía tomar como factor de salario para liquidar la pensión reglamentaria del artículo 94, tantas veces citado, las primas de vacaciones y servicios, cuando la disposición reglamentaria no lo exige, con lo cual incurrió en ese evidente error de hecho.

En relación con los 76 días no laborados por la actora, es evidente que en el BCH se presentó un cese de actividades total y a nivel nacional, a partir del 16 de febrero de 1976, que declaró ilegal la Ministra de Trabajo y Seguridad Social, mediante Resolución 0946 de 31 de marzo de 1976 (fls. 126 a 129). En tal resolución se explica claramente que se ha persistido en esa suspensión ilegal y total de labores a pesar del plazo que se ha concedido al Tribunal de Arbitramento Obligatorio, que se ha ampliado en dos ocasiones la primera por Resolución de 30 de enero de dicho año, por el término de 30 días y la segunda por el término de 30 días por Resolución de 12 de marzo siguiente. A lo anterior se agrega que al dar respuesta a la reclamación que formula la demandante para agotar la vía gubernativa el BCH explica que "11 en cuanto a los 76 días descontados

en la liquidación de su indemnización, le informo que corresponden a su participación en el cese de actividades, declarado ilegal por el Ministerio del Trabajo mediante Resolución 0946 de 31 de marzo de 1976". Este último documento no fue apreciado por el Juez de segundo grado.

Sin embargo, la Resolución sobre declaratoria de ilegalidad del cese de actividades aludida (fls. 126 a 129) y la respuesta al agotamiento a la vía gubernativa (fl. 24) a la que acabamos de referirnos, coinciden con la liquidación final de los derechos laborales de la demandante (fls. 14 y 125) y acreditan que la actora dejó de prestar servicios al BCH durante 76 días y por ello se restan del tiempo efectivo de servicio que se tiene en cuenta al liquidar tanto el auxilio de cesantía como la indemnización por despido sin justa causa.

Resulta así evidente el error en que incurrió el Tribunal al no dar por demostrado, estándolo, que la actora no laboró durante 76 días, si se tiene en cuenta que en la Resolución 0946 de 31 de marzo de 1976 que declaró ilegal el cese de actividades, se expresa con claridad que la cesación de labores fue total y a nivel nacional en el Banco demandado y los 76 días no laborados por la actora están debidamente acreditados tanto en la liquidación final de derechos laborales como al dar respuesta a la petición sobre agotamiento de la vía gubernativa. Al respecto se resalta la demostración del comportamiento de buena fe de la entidad demandada.

Si el Tribunal no hubiera incurrido en los desatínos fácticos arriba enlistados, no habría aplicado indebidamente las disposiciones mencionadas en el cargo, que lo condujeron a condenar al Banco Central Hipotecario a pagar al demandante la totalidad de las pretensiones de la demanda inicial y, en su lugar, lo habría absuelto de todas ellas.

"Queda confirmada la ocurrencia de los errores fácticos censurados al Tribunal, así como la incidencia que tiene en la parte resolutive de su fallo."

SE CONSIDERA

Las consideraciones del Tribunal en lo referente a la reliquidación de la pensión realmente son confusas y parecen referirse simultáneamente a una pensión legal y a otra reglamentaria, pues alude indistintamente a disposiciones legales, por lo demás referidas a otros derechos, y a previsiones reglamentarias.

Sin embargo, observa la Corte que esa impropiedad no conduce al *ad quem* a la comisión del primer error fáctico que se le atribuye, pues encuentra que los elementos demostrativos que invoca el recurrente en realidad no brindan suficiente claridad sobre el tema de la base de liquidación de la pensión.

En efecto, dentro del artículo 94 del Reglamento Interno de Trabajo se relaciona inicialmente el "promedio del sueldo mensual", pero luego, en

aparte transcrito por el Tribunal, se menciona "el promedio del salario mensual", y si bien puede colegirse que las dos expresiones tocan con situaciones diferentes, la realidad es que ello no es claro y por tanto no puede servir de cimiento para concluir que en tal aspecto se pudo producir un error fáctico que pueda alcanzar la condición de evidente. Además, *en alguna medida queda involucrada en el tema una discusión jurídica, como es la que tiene que ver con las diferencias entre el concepto de sueldo y el de salario, que en la práctica ha tenido unas repercusiones que no coinciden totalmente con la definición legal de tales nociones, por lo que entran en juego interpretaciones doctrinarias que no pueden resolverse por la vía indirecta.*

Por otra parte, tanto en el citado reglamento como en las resoluciones de reconocimiento de la pensión y de confirmación de la misma, se alude a una pensión mensual vitalicia de jubilación, noción fácilmente asimilable con la pensión de origen legal, por lo que no resulta contundente que la pensión referida en todas estas pruebas pudiera ser la reglamentaria, que por lo demás, no parece corresponder en rigor a una pensión estrictamente dirigida a cubrir el riesgo de vejez, dado que se puede originar en circunstancias diversas, como son la incapacidad por enfermedad e incluso, como en el caso presente, por el retiro por causas independientes a la voluntad del trabajador que ha observado buena conducta, modalidad ésta última que parece tener mayor nexo con un premio que en sentido estricto con un riesgo, aunque dentro del reconocimiento que se hizo de la pensión se prevé su compartibilidad con la pensión que pueda reconocer el I.S.S.

En resumen, no es claro que el Tribunal hubiera incurrido en el primer error de hecho que se le atribuye o, por lo menos, no es posible calificar que, de haberse presentado, éste sea ostensible.

El segundo de los errores fácticos denunciados está muy ligado a lo expresado anteriormente y por ello le son aplicables las observaciones hechas. Pero además, en gran medida involucra nociones jurídicas, pues alude al "deber ser" (debió tomar) de una determinada base de liquidación de un derecho y ello excluye la posibilidad de su estudio dada la vía indirecta planteada por el cargo.

El tercero de los aspectos fácticos señalados como materia de error realmente no lo cometió el Tribunal, pese a que con su confusa redacción da lugar para que el recurrente lo plantee.

Lo que señaló el Tribunal para no aceptar que la demandada descontara 76 días en la liquidación de la indemnización por despido es que la ley solo habla de suspensión del contrato de trabajo cuando se trata de una "huelga declarada en la forma prevista en la ley" y que tal descuento solo está previsto para la pensión de jubilación, la cesantía y las vacaciones, argumentos claramente jurídicos que no pueden debatirse por la vía indirecta.

El cargo, por lo dicho, no prospera.

Segundo Cargo

Se formula así:

"Acuso la sentencia impugnada de violar indirectamente por aplicación indebida, como consecuencia de errores de hecho en la apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras, el artículo 12 del Decreto 797 de 1949, en relación con los artículos 1 y 11 de la Ley 6a. de 1945, 3, 4 y 492 del Código Sustantivo del Trabajo; 59 del Decreto 3135 de 1968 y 1, 2, 3, 5 y 6 del Decreto 2127 de 1945, todo ello a consecuencia de los ostensibles errores de hecho en que incurrió el *ad quem* en la sentencia impugnada, por haber apreciado erradamente la liquidación definitiva de derechos laborales que obra a folios 14 y 125; la Resolución 0946 de 31 de marzo de 1976 (fs. 126 a 129); y por haber dejado de apreciar el escrito de 8 de septiembre de 1992 en el que se da respuesta a la comunicación de reclamación con la cual agoló la vía gubernativa la actora (fl. 24), lo que condujo al Tribunal a conclusiones contrarias a la realidad probatoria, con quebranto de los intereses de mi procurado.

El error de hecho consistió en no dar por demostrado, estándolo, que la entidad demandada procedió con absoluta buena fe al liquidar y pagar a la ex-empleada demandante la indemnización por despido sin justa causa, restándole legítimamente 76 días no laborados por la actora por haber participado en un cese de actividades, total y a nivel nacional, declarado ilegal por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; por lo tanto, no había lugar a condenación alguna por concepto de indemnización moratoria.

DESARROLLO DEL CARGO:

El *ad quem* concluye en el fallo impugnado que la parte actora tiene razón en la inconformidad que expone, en cuanto el *a quo* no condenó por concepto de reajuste de la indemnización por despido y la consecuente indemnización moratoria, porque la entidad demandada no demostró su buena fe y en forma inexplicable, contrariando la realidad procesal, negó el descuento de 76 días, lo que amerita condenarla al pago de la suma diaria solicitada desde el 7 de octubre de 1989 hasta que se verifique el pago. Acoge en consecuencia, la inconformidad de la parte demandante que afirma fue injusto el descuento efectuado en la indemnización por despido de los 76 días no laborados, que se sustenta en que la Resolución 946 de 1976 (fs. 126 a 129), no indica el número de días en que fueron suspendidas las labores por los trabajadores al servicio de la demandada, ni discrimina quienes participaron en dicho cese y porque la suspensión del contrato de trabajo solo procede ante la huelga declarada conforme a la ley.

El *ad quem* aprecia erradamente la liquidación final de derechos laborales que obra a folios 14 y 125, en cuanto en ella se señala exclusivamente que al liquidarse la indemnización por despido de la actora se descon-

taron 1176 días no laborados". Este hecho armoniza con la Resolución 0946 de 1976 (fls. 126 a 129), que acredita como en el Banco demandado se presentó un cese de actividades, total y a nivel nacional", a partir del 16 de febrero de 1976, en el que obviamente participó la demandante porque entonces era empleada el BCH. Ningún otro sentido puede darse a la expresión del Ministerio del Trabajo cuando afirma que ese cese de actividades fue total y a nivel nacional. Por lo demás tanto la huelga legal como la ilegal suspenden el contrato de trabajo.

El Tribunal se abstuvo de apreciar la respuesta que se dio a la petición sobre agotamiento de la vía gubernativa (fls. 24), en la que se expresa que 11 en cuanto a los 76 días descontados en la liquidación de su indemnización, le informo que corresponden a su participación en el cese de actividades, declarado ilegal por el Ministerio de Trabajo, mediante Resolución No. 0946 de 31 del marzo de 1976". Este documentos confirma una vez más que el Banco efectuó un descuento con fundamentos en la participación que tuvo la actora en el cese ilegal y total de actividades aludido, como la totalidad de los servidores del Banco demandado.

De manera que en el momento en que la entidad demandada efectuó la liquidación final de los derechos laborales de la demandante, restó los 76 días de su participación en el cese de actividades, para definir el tiempo efectivo de 'servicios que dio sustento a esa liquidación', proceder en el que con esa razón atendible configuró su buena fe, vale decir, la creencia de que procedía al respecto con el mayor respeto a la ley.

Por tanto, no procede la condena a la sanción moratoria de que fue objeto el BCH.

Tanto la Resolución sobre declaratoria de ilegalidad del cese de actividades aludida (fls. 126 a 129) como la respuesta al agotamiento a la vía gubernativa (fl. 24) a la que acabamos de referirnos, coinciden con la liquidación final de los derechos laborales de la demandante (fls. 14 y 125) y acreditan que la demandante dejó de prestar servicios al BCH durante 76 días y por ello se restan del tiempo efectivo de servicio que se tiene en cuenta al liquidar el auxilio de cesantía y la indemnización por despido sin justa causa.

Resulta así evidente el error de hecho enrostrado."

SE CONSIDERA

Ya señaló la Sala al evacuar el primer cargo, que la redacción de la norma reglamentaria con base en la cual se le reconoció la pensión cuyo reajuste demanda la actora, permite diversos entendimientos. Pero además ahora, debe aceptarse que recurrentemente se alude al concepto de sueldo, tanto en el mismo reglamento interno de trabajo como en las resoluciones emitidas con el fin de reconocer la pensión y de confirmar lo decidido sobre el monto de ella.

También observa la Sala que en la liquidación final se distingue entre "Salario base" y sueldo, teniendo éste último solo como uno de los conformantes del primero.

Igualmente se anotó, frente a otro de los temas debatidos, que para ordenar el reajuste de la indemnización por despido, invocó el Tribunal unos argumentos jurídicos, lo cual destaca por una parte que frente al tema de la deducción de los 76 días hay una discrepancia conceptual, y por otra, que el Tribunal en realidad aceptó que la demandante no laboró los citados 76 días en los que se produjo una suspensión de actividades total a nivel nacional que fue declarada ilegal por el Ministerio de Trabajo.

Es decir, lo que argumenta la demandada para no haber realizado los pagos frente a los cuales se produjo condena por el Tribunal, vale señalar, el reajuste de la pensión y el de la indemnización, está claramente establecido en el proceso y efectivamente cuenca con un respaldo claro tanto en las pruebas anteriormente citadas, como en la liquidación final del contrato y en la resolución del Ministerio, además de lo expuesto en la demanda inicial y en el mismo fallo recurrido.

La parte actora reconoce la legalidad del descuento de los señalados 76 días frente a la cesantía, las vacaciones y la pensión y solo lo cuestiona en relación con la indemnización por considerar que ello no está previsto en la Ley, lo cual supone una argumentación jurídica que puede tener o no acogida, pues si bien lo que afirma la parte actora coincide literalmente con el texto de la ley, también es cierto que el tiempo de una suspensión del contrato de trabajo afecta otras liquidaciones, como sucede con la prima de servicios en el sector privado.

Además, la liquidación de la indemnización por despido está asociada al tiempo de servicios, por lo que puede pensarse en el tiempo efectivamente trabajado y sin que la Sala deba ahora pronunciarse sobre si se ajusta o no a la ley la conducta asumida por la empleadora al liquidar la indemnización por despido, lo real es que su posición no aparece caprichosa ni revestida de malicia, por lo que su argumentación debe tenerse como razonable y, por tanto, suficiente para brindar apoyo a una conducta de buena fe.

Debe recordarse que esta Sala repetidamente ha señalado que para resaltar una conducta de buena fe no es necesario que la razón brindada por el empleador sea jurídicamente acertada, sino que basta que sea razonable o atendible y que demuestre las circunstancias que lo han llevado a la convicción que argumenta.

Lo anterior lleva a la Sala a concluir que en efecto el Tribunal se equivocó ostensiblemente al señalar que "la entidad demandada no demostró la buena fe", por lo que el cargo prospera y ello conduce al quebrantamiento del fallo acusado con el efecto subsidiario señalado en el alcance de la impugnación.

En sede de instancia son suficientes las mismas consideraciones que se hicieron en el estudio del cargo en casación, pero adicionalmente debe destacarse que en el presente caso se dan circunstancias análogas a las que en otros procesos han llevado a la Sala a manifestar que no resulta razonable concluir una actitud maliciosa de la empleadora cuando ésta ha cumplido el pago de los derechos resultantes de la liquidación del contrato de trabajo en una suma importante y la deficiencia de la misma corresponde a una reliquidación originada en la inclusión de aspectos que conceptualmente permiten diferentes entendimientos sobre su viabilidad o no viabilidad, que por lo demás arrojan una cantidad claramente mínima en relación con lo cancelado. No es fácil creer que una entidad que paga una gruesa suma de dinero maliciosamente se guarde el pago de una cantidad que es claramente insignificante frente a la primera, aspecto que vale la pena tenerlo en cuenta en el momento de entrar a analizar la conducta de la empleadora.

No es viable el estudio de la potencial indexación de la condena indemnizatoria que subsiste dado que no fue materia del proceso.

Sin costas en casación. Sin costas en las instancias.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **CASA PARCIALMENTE** la sentencia dictada el 26 de Febrero de 1999 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, dentro del proceso ordinario adelantado por Aracely Rodríguez de Restrepo en contra del Banco Central Hipotecario, en cuanto condenó a la demandada a pagar a la demandante la suma de \$7.885.16 diarios, por concepto de salarios moratorios. En sede de instancia, **CONFIRMA** la decisión absolutoria adoptada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla en punto a la indemnización moratoria. **NO LA CASA EN LO DEMAS.**

Sin costas en casación. Sin costas en las instancias.

Cóplese, notifíquese, publíquese y devuélvase el Expediente al tribunal de origen.

Germán G. Valdés Sánchez, Francisco Escobar Henríquez, José Roberto Herrera Vergara, Carlos Isaac Náder, Rafael Méndez Arango, Luis Gonzalo Toro Correa, Fernando Vásquez Botero.

Laura Margarita Manotas González, Secretaria

CONTRATO DE TRABAJO

Ejecución de buena fe

TERRITORIALIDAD DE LA LEY

Aplicación Laboral

AUXILIO DE VIVIENDA

Carácter salarial

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral - Santa Fe de Bogotá D.C., veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Doctor Luis Gonzalo Toro Correa

Radicación No. 11243

Acta No.41

Se resuelve por la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por los apoderados de ambas partes frente a la sentencia del 27 de febrero de 1998, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, en el juicio ordinario de Jorge Hernán Osorio Isaza contra la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

ANTECEDENTES

El señor Osorio Isaza demandó ante el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá, a la Federación Nacional de Cafeteros, para que, previo el trámite del proceso ordinario laboral de doble instancia, se le condenara a pagarle: cesantías; intereses sobre cesantía con la correspondiente sanción por mora en el pago; indemnización por despido indirecto; pensión sanción; indemnización moratoria por el no pago oportuno de salarios, prestaciones, y su cancelación en menor cuantía de la legal; vacaciones causadas y no disfrutadas y la correspondiente prima de vacaciones, "de acuerdo con las disposiciones administrativas aplicables al personal de la Federación que prestaba sus servicios en el exterior (Resolución N° 2 de 1983)"; Bonificación por retiro del Fondo de Ahorros, Recompensas, Pensiones y Jubilaciones; Devolución de los aportes retenidos por el Fondo; Bonificación quinquenal; prima de servicios del segundo semestre de 1987; los demás derechos que se demostraren y las costas del proceso.

Funda sus pretensiones en que trabajó para la entidad demandada del 28 de febrero de 1972 al 29 de septiembre de 1987 cuando el contrato de trabajo terminó por renuncia del trabajador, con justa causa imputable al empleador, dada la exigencia de éste, sin razones válidas, "de la prestación de un servicio distinto, de inferior categoría al que venía ejecutando, en lugar diverso (Bogotá) al contratado (Tokio)". Que mediante comunicación del 9 de agosto de 1977 la demandada le designó "Jefe de la Oficina" en Tokio Japón con las siguientes condiciones: "remuneración mensual, la suma de US \$1.600.00 (dólares de los Estados Unidos); gastos de representación US \$600.00 por mes y un auxilio para vivienda a razón de 400.000.00 Yenes japoneses mensuales". Que la Federación tenía una tasa de cambio aplicable al actor, de 360.00 Yenes por cada dólar americano y que el último salario fue de US \$2.200.00 dólares de los Estados Unidos, es decir, 792.000 Yenes mensuales, US \$1.580.00 para gastos de representación, es decir, 568.800,00 Yenes, y 400.000.00 Yenes para vivienda, "así como otros factores constitutivos de salario".

Expone que con motivo de su traslado para Tokio la demandada le liquidó todas las prestaciones sociales hasta el 12 de agosto de 1977 y "con fecha agosto 13/77 se celebró otro contrato de trabajo"; pago que considera "indebido e ilegal" puesto que no hubo solución de continuidad en el servicio a la demandada, tal y como se le dijo en la comunicación de traslado para efectos de la prima de servicios, recompensa quinquenal, jubilación, y planes de financiación de vivienda.

Anota que aun en período de vacaciones le eran reconocidos los gastos de representación, según comunicación del 23 de mayo de 1977.

Expresa que para la liquidación de las prestaciones sociales no se tomaron en cuenta todos los factores de salario como "auxilio de vivienda, viáticos, primas de servicio, primas de vacaciones, cuota Club Americano, gastos de viaje, etc."; y sólo se tomó el servicio prestado desde el 13 de agosto de 1977 hasta el 28 de septiembre de 1987, cuando en realidad el demandante trabajó hasta el 29 de septiembre, inclusive. Además, el pago de la liquidación definitiva no se operó hasta el 6 de noviembre de 1987, con 36 días de mora; y no se hizo en Yenes como correspondía sino en dólares, cuando le era más favorable aquella moneda y la que correspondía de acuerdo con las disposiciones reglamentarias internas de la Federación.

Que al momento de la terminación del contrato de trabajo al actor no se le devolvió lo aportado como participación en el Fondo de Ahorros con sus rendimientos en la misma moneda en que se habían hecho (Yenes). Ni se le cancelaron las vacaciones correspondientes al período comprendido entre el 28 de febrero de 1986 y el 29 de septiembre de 1987, con el salario devengado en yenes. Tampoco las primas de vacaciones (en el valor del 120% del salario mensual) y la de antigüedad (tercer quinquenio), ni la bonificación por retiro, ni los salarios y gastos de representación del lapso comprendido entre el 15 y el 29, inclusive, de septiembre de 1987.

Anota además que mediante reclamación del 1° de noviembre de 1988, recibida por la Federación el día 15 del mismo mes, se interrumpió la prescripción. (folios 3 a 17 del primer cuaderno)

Al contestar la demanda, la Federación asegura que los contratos de trabajo que existieron entre las partes antes de designársele Jefe de la Oficina de la entidad demandada en la ciudad de Tokio (Japón), mediante comunicación del 9 de agosto de 1977, "lo fueron por relaciones cumplidas en Colombia, ya extinguidas y prescritas". Pero que desde tal momento se celebró un nuevo contrato para prestar servicios diplomáticos para cuyo efecto la Federación actuaba solo como "intermediaria para el pago en los términos del Decreto 1810 de agosto 13 de 1977 emanado de la Presidencia de la República, con implicación de fondos provenientes del Tesoro nacional, a través del Fondo Nacional del Café", quedando el actor sometido a un régimen distinto del consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo"; que se trató de una vinculación "a la demandada bajo un régimen laboral de excepción con efectos ajenos a la normatividad legal colombiana". Sin embargo acepta que en la misma comunicación del 9 de agosto de 1977 se le dijo al actor que su nueva vinculación "no implicaba solución de continuidad para la prima de servicios; recompensa quinquenal; jubilación, planes de vivienda, etc." y explica que con ello "se quiso asumir un beneficio especial para un funcionario que iba a prestar servicios en el exterior. Pero no en lo tocante con el contrato mismo", pues su nueva relación con implicaciones diplomáticas "sólo podía iniciarse en la fecha indicada en la carta de agosto 9 de 1977". Admite la estipulación salarial por valor de US \$1.600 mensuales y US \$600 como gastos de representación además de que en la misma comunicación se señaló un límite máximo para reconocimiento de vivienda. Niega que se hubiera tratado de trasladar al demandante de Tokio a Bogotá, que lo que se pretendió fue celebrar con él "una nueva vinculación bajo el régimen laboral colombiano", para la cual se le ofreció la suma de \$370.726.00 mensuales. Indica que el actor puso fin a la última vinculación "sin justificación alguna, basado, simplemente en suposiciones". Acepta que practicó una liquidación al actor por el contrato de trabajo iniciado el 13 de agosto de 1977 y terminado el 28 de septiembre de 1987, la cual estuvo a disposición del actor antes de la fecha que él menciona, 6 de noviembre de 1987, y que la entidad demandada "ha entregado todos los valores que debía poner a disposición del demandante". Los demás hechos no los admite como están redactados, se opone a las pretensiones y propone las excepciones de pago, prescripción, inexistencia de la obligación, compensación, buena fe, inaplicabilidad de la ley colombiana, régimen especial, petición indebida y la genérica. (fs 25 a 39 del primer cuaderno)

Surtido el trámite de la primera instancia, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá proferió sentencia con fecha 21 de marzo de 1997, por la cual declaró probada la excepción de "inaplicabilidad de la ley colombiana", absolvió a la demandada de todas las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora. (fs 987 a 992). Apeló ésta última y el Tribunal, mediante el fallo recurrido en casación;

revocó el de primer grado y condenó a la Federación a reconocer y pagar al actor la pensión restringida de jubilación a partir del 17 de enero de 1992 en cuantía inicial equivalente a la suma resultante de convertir US \$1.607.03 a moneda legal colombiana al tipo de cambio oficial vigente en dicha fecha, con sus correspondientes reajustes de ley; US \$6.431.94 por reajuste de cesantías; y US \$44.225.95 por concepto de indemnización por despido. Absolvió de las restantes súplicas; e impuso a la demandada las costas de la primera instancia. (fls 1029 a 1050)

EL FALLO DEL TRIBUNAL

Analiza los hechos 1, 2, 3, 8 y 18 de la demanda; el acápite de excepciones de la contestación; las respuestas dadas por el representante de la demandada a las preguntas 1, 7, 8, y 10 del interrogatorio de parte (fls 138 y ss); la confesión del actor de haber recibido la liquidación por el período comprendido del 28 de febrero de 1972 al 12 de agosto de 1977 en el interrogatorio de parte (fls 712 a 716); los documentos de folios 495, 496, 501, 524, 525, 528, 530, 535-36, 541, 543, 544, 545, 546, 651 a 656, 657 a 681, y 683 del primer cuaderno; los testimonios de Lázaro Pardo, Jacobo Enrique Castil, Pedro Jurado, María Vanegas, Fernando Jaramillo, y Carlos Ricardo Gutiérrez; del cuaderno No. 3, los documentos de folios 2, 3, 11, 12, 28 a 32, 34, 35, 39 a 39, 40-41, 42, 46 a 66, 74, 87, 88, 97-98, 102-103, y 104; para deducir:

... la conclusión lógica y jurídica a que se debe llegar es que el demandante prestó sus servicios personales a la Federación de manera ininterrumpida desde el 28 de febrero de 1972 al 28 de septiembre de 1987, que la ejecución del contrato de trabajo durante el período del 28 de febrero de 1972 al 12 de agosto de 1977 se cumplió en territorio colombiano y desde el 13 de agosto de 1977 al 28 de septiembre de 1987 en tierra extranjera pero bajo el imperio de la ley Colombiana toda vez que el contrato de trabajo fue suscrito en la ciudad de Bogotá (Colombia) y, de manera especial porque se demostró hasta la saciedad que se le aplicaron todos y cada uno de los derechos laborales que consagra el estatuto laboral nacional, amén que no aparece elemento de juicio alguno que deje en evidencia que el demandante hubiese recibido como contraprestación del servicio en Tokio prerrogativas laborales propias del trabajador japonés y, mas aun, cuando se demostró que la oficina donde prestó sus servicios el señor OSORIO no corresponde a sociedad diferente a la demandada, siendo por demás un apéndice de la misma y controlada desde Colombia.

"Surge también de lo actuado que el entonces trabajador estuvo simplemente desarrollando su labor al servicio de la demandada en el exterior y en virtud del principio de la subordinación bajo las órdenes de la demandada y recibiendo todas y cada una de las prestaciones sociales a que se refiere la ley Colombia. (sic) Luego, a juicio de la Sala, pese a que prestó parte de sus servicios en el exterior, es posible tener en cuenta los efectos ininterrumpidos del contrato de trabajo... el servicio se prestó al mismo empleador, en desarrollo del mismo contrato de trabajo aunque

parte de este en Colombia y parte en el exterior, se dice que en cumplimiento del mismo contrato de trabajo por cuanto si bien es verdad fue suscrito un 'nuevo' contrato y liquidado un período del nexo, también es verdad que ello no implicó, en estricto derecho, un cambio sustancial del mismo ni diferencias esenciales en el objeto del contrato y, no existe elemento de juicio alguno que deje de presente diferente objeto contractual que haga distinta la vinculación jurídica... al demandante se aplicaron las disposiciones de la ley colombiana durante todo el desarrollo de su gestión en TOKIO hasta el punto que así lo reconoció la demandada en su liquidación final..."

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Ambas partes recurren en casación. Concedido el recurso por el Tribunal y admitido por ésta Sala de la Corte, se procede a decidirlo, previo el estudio de las demandas correspondientes y los escritos de réplica oportunamente introducidos a la actuación.

RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Dice:

"Aspira mi poderdante a que, en virtud del presente recurso, SE CASE en su totalidad la sentencia gravada, para que la Sala, en la sede de instancia subsiguiente, confirme en un todo la decisión del *a quo*, o sea declarando probada la excepción de inaplicabilidad de la ley colombiana, con costas a cargo del demandante (cargos Primero y Segundo).

"De no prosperar ninguno de éstos dos primeros cargos se solicita la casación parcial del fallo acusado, en cuanto implica condenas al pago de pensión y de reajustes prestacionales, a fin de que en la sede de instancia la Sala absuelva a la Federación por concepto de pensión restringida de jubilación y de reajuste del auxilio de cesantía y sus intereses (Tercer cargo).

"Finalmente el Cuarto Cargo tiene por objeto la casación parcial de la sentencia gravada en cuanto condenó a la pensión restringida y a la indemnización por despido para que, en sede de instancia se absuelva por dichos conceptos'.

Para los efectos anteriores y con apoyo en la causal primera del recurso de casación laboral, la censura plantea cuatro cargos así:

Primer cargo.

Por la vía directa acusa el fallo del Tribunal de aplicación indebida del artículo 2° del CST "en conexión con el artículo 267 *ibidem* modificado por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990, con el artículo 249 de la misma codificación, con el Decreto 116 de 1976, con el artículo 62 del citado Código, subrogado por el artículo 76° del Decreto 2351 de 1965, con el

artículo 64 *ibidem* reformado por el artículo 6° de la Ley 50 de 1990 y con el artículo 8 de la Ley 171 de 1961".

DEMOSTRACIÓN

Expresa:

"De acuerdo con el segundo artículo del CST, este Código rige en todo el territorio de la República para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad". Ahora bien: el Tribunal acepta implícitamente el hecho fundamental y decisivo de que el actor residía en el Japón, habitaba en Tokio vivía allá de modo permanente y no habitaba por lo tanto en el territorio de la República de Colombia. Sin embargo aplicó la ley colombiana dándole un alcance extraterritorial no previsto en la ley.

"En sentencia de abril 22 de 1998, la Sala laboral, ... (Rad. No.10.461), dictaminó, luego de advertir que se trata de un problema definido en la misma ley por lo que la solución no puede ser variada por voluntad de las partes:

"(Es aplicable la ley colombiana)... en el evento de que el empleado se vea obligado a abandonar accidentalmente el país por razones del servicio prometido y durante períodos más o menos largos y frecuentes, sin que deje de ser habitante del territorio nacional, ni se altere el lugar donde se cumple la actividad patronal que requiere el servicio del trabajador"

"(La ley colombiana, CST art.2) ...'se aplica a todos los habitantes del territorio nacional y el concepto de habitante alude a la persona que vive o fija su morada y residencia en un determinado lugar ... (el que va a establecerse en otro país deja de habitar en Colombia)."

"Mas desde luego, si la labor del trabajador es requerida para una actividad, negocio, establecimiento o empresa que se desenvuelve fuera del territorio nacional y adicionalmente se ve comprometido a fijar su habitación en el mismo lugar, se hace inaplicable sin la menor duda la ley laboral colombiana." (subrayas fuera del texto)

"En el proceso que dio lugar a este claro y rotundo pronunciamiento jurisprudencial se trataba del caso de un trabajador que, en virtud de un nuevo contrato, aceptó el traslado a Puerto Rico y pasó a habitar en San Juan con su familia hasta el punto de que siguió viviendo allá una vez culminado el nexo laboral." La Sala en esa ocasión, muy similar a la presente, se abstuvo de casar la sentencia del Tribunal que absolvía a la empresa, o sea que acató la territorialidad propia de la ley laboral colombiana.

"No se discute, en el presente caso, si existió o no un nuevo contrato de trabajo o si el traslado fue voluntario o impuesto. Se parte tan solo del hecho de que el actor dejó de ser habitante en Colombia y pasó a habitar en el Japón, hecho escueto, fundamental y determinante que el Tribunal no niega y que por lo tanto no se discute, pero que resulta suficiente para

que, en sede de instancia, prospere la excepción de inaplicabilidad de la ley colombiana, propuesta desde el inicio de la litis.

"En tales condiciones se configura con toda claridad la violación de la ley (CST, art.2º), por aplicación indebida directa a un caso no comprendido en ella.

"El cargo, en consecuencia, está llamado a prosperar, y en la sede subsiguiente de instancia solicitamos a la Sala que confirme la decisión del Juez en cuanto declaró probada la excepción de inaplicabilidad de la ley colombiana, condenando en costas al demandante.

"En la sede de instancia deberá tenerse en cuenta que no cabe duda alguna acerca de que el Japón era el país de residencia del actor, del cual era entonces habitante. Así, por ejemplo, en el contrato de trabajo suscrito el 13 de agosto de 1977, el demandante firma como 'domiciliado en Tokio, Japón'; la demandada pagó al actor gastos de instalación para que se domiciliara en el Japón (fl. 546); en el telefax de septiembre 27 de 1987, al reclamar pago en yenes, indica que esa 'es la moneda del país donde resido'. (fl. 533), y en la demanda inicial, conforme se ha visto, se declara 'vecino de Tokio', con residencia allá. Además en esta misma demanda inicial que dio origen a este proceso, se identifica señalando el número de su certificado de residente en el Japón o sea habitante 'allá'."

LA RÉPLICA

Observa que fue la demandada la que en uso del poder de subordinación y dependencia impuso al actor las condiciones y normas bajo las cuales se regiría su contrato de trabajo en el exterior, le aplicó la ley colombiana a esa vinculación laboral y conforme al artículo 24 de la resolución N°2 de 1983 le reconoció la continuidad de la relación contractual. Se funda en abundante jurisprudencia de esta Sala de la Corte para reforzar su apreciación de que en este caso rige la legislación de Colombia y advierte que aun cuando el ataque se apoya también en jurisprudencia de esta Corporación "la misma no se acomoda al caso de autos y menos aún sirva de argumento, cuando con base en esa autonomía de la voluntad las partes aceptaron que la habitación o residencia del demandante fuera de los límites patrios no sería obstáculo para la aplicación de las leyes nacionales ..." (fls 79 a 82 del cuaderno de la Corte)

SE CONSIDERA

Cuando el ataque se orienta por la vía de puro derecho, la impugnación debe mostrar conformidad con todos los hechos que el ad quem dio por establecidos. En el sub examine, la tesis jurídica del Tribunal en cuanto a la aplicabilidad de la legislación laboral Colombiana se funda en hechos y circunstancias muy particulares que le llevaron al convencimiento de que se encontraba ante una excepción al principio de la territorialidad de la ley laboral. El recurrente dice que no discute esas individualidades porque lo único que interesa es que mientras el actor prestaba servicio en el exterior

"dejó de ser habitante de Colombia y pasó a habitar en el Japón, hecho escueto, fundamental y determinante que el Tribunal no niega" y que es suficiente para que se configure con toda claridad la violación del artículo 2° del Código Sustantivo del Trabajo por desacato a la territorialidad de la ley colombiana allí consagrada.

La norma antes citada establece efectivamente que el Código Sustantivo del Trabajo "rige en todo el Territorio de la República para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad". Es dable entender, entonces, en sana lógica, que el indicado precepto regula las relaciones dadas entre trabajadores y empleadores cumplidas en territorio colombiano. A contrario sensu, excluye de su ordenamiento los nexos de trabajo dados en el exterior.

Pero, también ha dicho esta Sala de la Corte que respecto a la "lex loci solutionis" - principio consagrado en el transcrito artículo, que se traduce en que los efectos del contrato de trabajo deben regirse por la ley del lugar donde la labor se haya cumplido-, su exégesis no puede llevar al extremo de que algunas relaciones de trabajo, originadas en Colombia entre colombianos, íntimamente vinculadas a la normatividad de este país, que bajo especialísimas condiciones se cumplen en el exterior, queden por fuera del ordenamiento laboral colombiano.

De ahí que esta Sala de la Corte ha aceptado que son las circunstancias particulares las que en cada caso determinan si se dan los supuestos legales para la aplicación del estatuto laboral colombiano o si, por el contrario, se encuentra excluido del mismo.

En el sub examine, admitiendo los supuestos fácticos que sirven de sustento a la decisión atacada, los cuales no se discuten dada la vía por la que se orienta el cargo, es indudable que rige la legislación laboral colombiana; tuvo en cuenta el sentenciador que existió entre las partes un sólo contrato de trabajo iniciado el 28 de febrero de 1972, cumplido por completo en Colombia hasta el 12 de agosto de 1977 y a partir de entonces en el Japón (por disposición de la entidad empleadora, pero controlado desde Colombia y sujeto en todo a las normas de este país), hasta el año de 1987 cuando el trabajador se vio obligado a renunciar con base en la normativa de Colombia, debido a la orden perentoria por parte de la Federación de trasladarse de nuevo a prestar servicio en Bogotá bajo condiciones que le desfavorecían desde todo punto de vista. Y no es aceptable que la Federación habiendo sido la que impuso todas las condiciones en el traslado del actor para Tokio, entre ellas el derecho aplicable, trate ahora de sustraerse a éste valiéndose de la misma ley y la jurisprudencia de este país; ello no se compadece con la autonomía de los contratantes ni con la buena fe que debe regir los contratos de trabajo según el artículo 55 del Código Laboral y que consagra el artículo 83 de la Carta Política como postulado al que deben ceñirse todas las actuaciones tanto de los particulares como de las autoridades.

Por las circunstancias especiales anotadas el cargo no está llamado a prosperar.

Segundo Cargo

También por la vía directa acusa el fallo del *ad quem* por interpretación errónea de artículo 2° del CST "en conexión con el artículo 267 *ibidem* modificado por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990, con el artículo 249 de la misma codificación, con el Decreto 116 de 1990, con el artículo 62 del citado Código; subrogado por el artículo 64 *ibidem*, reformado por el artículo 6° de la Ley 50 de 1990, y con el artículo 8 de la Ley 171 de 1961".

DESARROLLO

Expresa:

"Dice el Tribunal que el actor '...trabajó del 13 de agosto de 1997 (sic) al 28 de septiembre de 1987 en tierra extranjera pero bajo el imperio de la ley colombiana toda vez que el contrato de trabajo fue suscrito en la ciudad de Bogotá.' (pág. 8, subrayo)

"O sea que el Tribunal entendió mal el artículo 2° del CST puesto que, como se ha visto, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala arriba transcrita, no es el sitio en donde se firma el contrato el que determina la aplicación territorial de la ley colombiana, puesto que lo determinante y decisivo es el sitio en donde habita el empleado. Olvidó además que la territorialidad de la ley laboral es 'problema de soberanía definido en la propia ley', conforme lo indica la Sala en la sentencia antes transcrita.

"Al parecer fue este equivocado razonamiento el que llevó al *ad quem* a aplicar indebidamente el artículo 2° del CST.

"Digo al parecer por cuanto el fallo del Tribunal dista mucho de ser claro y coherente, tanto en este punto como en otros.

"Procede en consecuencia la casación de la sentencia gravada, conforme se solicita en el alcance de la impugnación.

"A propósito del contrato debería tenerse en cuenta, en sede de instancia lo que el Tribunal no advirtió, o sea que si bien el actor firmó el contrato en Bogotá, declaró en el mismo acto que su domicilio era en Tokio, en donde residía o habitaba". (fls 63 y 64 del cuaderno de la Corte)

LA RÉPLICA

Se remite a los argumentos de la oposición al primer cargo. Agrega que en este ataque el impugnador atribuye al Tribunal una interpretación del art 2° del CST que no es exacta puesto que el sentenciador "va más allá del simple lugar geográfico donde se celebró el contrato de trabajo (*lex loci contractus*), para situarse en el terreno de los hechos y de los acuerdos que regularon la relación laboral entre las partes, de ahí que también el cargo no pudiera proponerse por la vía de la violación directa,

en la modalidad de interpretación errónea, por cuanto quedarían incólumes los soportes probatorios en que estructuró su decisión el Tribunal".

SE CONSIDERA

En este ataque la censura acusa la violación de las mismas normas legales indicadas en la proposición jurídica del primer cargo pero ahora se refiere a la interpretación errónea de ellas como concepto de violación. Por tanto y sin desconocer la autonomía de cada uno de los cargos planteados en la demanda de casación que se examina, se remite la Corte a lo expresado por la Sala al despachar el ataque precedente para concluir que tampoco prospera la segunda acusación dados los hechos y circunstancias especiales que rodearon la vinculación entre las partes y que fueron determinantes para definir el *ad quem* la legislación laboral aplicable.

Fuera de lo anterior, incurre la acusación en error de técnica que sería suficiente para su desestimación. Se observa que en la proposición jurídica señala la interpretación errónea como concepto de violación, mientras que en el desarrollo del cargo se refiere a la aplicación indebida de la misma norma, vale decir del art 2° del Código Sustantivo del Trabajo. (ver fs 63 y 64 del cuaderno de la Corte).

Tercer Cargo

Por la vía indirecta acusa el fallo del Tribunal de aplicación indebida del artículo 2° del CST y el artículo 151 del CPL; en conexión con los artículos 249, 267 (modificado por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990), 62 (art. 7-6° del Decreto 2351 de 1965), con el artículo 64 del citado Código (art. 6° de la Ley 50 de 1990), y con el artículo 8 de la Ley 171 de 1961.

Atribuye la infracción legal a los siguientes errores de hecho los cuales califica de "evidentes y manifiestos":

Primero

"Dar por demostrado, sin estarlo, que la Federación de Cafeteros hizo uso del poder subordinante propio del empleador para darle la orden al demandante de trasladarse al Japón.

Segundo

"No dar por demostrado, estándolo plenamente, que el actor se trasladó al Japón en virtud del convenio a que llegó con la entidad demandada, convenio que fue libremente aceptado por él.

Tercero

"Dar por demostrado, sin estarlo, que no hubo solución de continuidad en la relación laboral de las partes con motivo de la designación del actor, libremente aceptada por él, para representar en el Japón a la Federación, al igual que al gobierno Colombiano.

"Cuarto

"No dar por demostrado, estándolo, que el vínculo laboral anterior fue disuelto definitivamente por común acuerdo entre las partes para dar paso a una relación nueva, esencialmente distinta a la anterior".

Indica que los yerros fácticos expresados se originaron en la "mala apreciación de las siguientes PRUEBAS calificadas: el contrato de trabajo que dio lugar al desplazamiento al Japón (folios 525-526, fs. 3-4 del anexo 3); confesiones del actor en el interrogatorio de parte (folios 712 y ss); comunicación dirigida por la demandada al actor el 9 de agosto de 1977 (anexo 3, folio 11), y constancias de liquidación y pago de cesantías e intereses antes del desplazamiento al Japón (folios 543, 544)".

DEMOSTRACIÓN

Dice que la jurisprudencia que sirvió de base a la decisión de segundo grado, que el fallador no identificó debidamente, acepta "el principio de la territorialidad de la ley laboral colombiana pero abre el paso a posibles excepciones teniendo en cuenta 'hechos singulares' o 'circunstancias fácticas especiales', como el uso del poder subordinante o la continuidad de un contrato iniciado en Colombia"; que se trata de una vieja jurisprudencia ya superada con la sentencia del 22 de abril de 1998 (Rd. N° 10461), pero que, aun para el evento de que tuviera vigencia, con este ataque se va a "comprobar que tales hechos singulares o circunstancias fácticas especiales" ... no se han dado en el presente proceso". Por lo tanto, espera que la Corte al comprobar que no se dieron las circunstancias excepcionales, en sede de instancia declare la excepción de inaplicabilidad de la ley.

Aparte de lo anterior, también se propone la impugnación, la comprobación de que son dos contratos diferentes los que vincularon a las partes. El primero, del 28 de febrero de 1972 al 12 de agosto de 1977, el cual fue liquidado definitivamente para dar lugar al segundo que se ejecutó en el exterior. Por este otro aspecto la impugnación espera que "en caso de quedar en firme la extraterritorialidad", en sede de instancia "se absuelva por concepto de reajuste de prestaciones y de pensión restringida, o que, eventualmente, se declaren prescritas las obligaciones relacionadas con el primer contrato".

Interpreta que cuando el Tribunal admite que entre las partes "se firmó un nuevo contrato" es porque también acepta "que el traslado al Japón no fue ordenado por la empresa en uso del poder subordinante propio del empleador, puesto que fue convenido por las partes, de común acuerdo, en ese nuevo contrato, en que aun se pactó período de prueba, con sobrada razón, dada la absoluta novedad de las nuevas funciones y el medio extraño en donde debían adelantarse"; tal y como "lo demuestran, sin sombra de duda... el nuevo contrato de trabajo que dio lugar al desplazamiento al Japón y en el que incluso se pactó período de prueba por tratarse de funciones básicamente diplomáticas, en un todo distintas

a las que venía realizando el actor como Jefe del Departamento de Organización y Métodos (folios 525-526, fs. 3-4), Anexo 3): las confesiones del actor en el Interrogatorio de parte cuando admite haber suscrito voluntariamente el nuevo contrato, previa liquidación definitiva del anterior, la que él aceptó (folios 712 y ss); la comunicación dirigida por la demandada al actor el 9 de agosto de 1977 de la cual se desprende que no existió continuidad (Anexo 3, folio 11), y las constancias de liquidación y pago de cesantía y sus intereses antes del desplazamiento al Japón (folios 543-544)".

Crítica la interpretación que hizo el Tribunal de la comunicación del 9 de agosto de 1977 (fl 11 anexo 3) porque la misma demuestra "que una vez establecida la solución de continuidad, la empresa, por amplitud, acepta en beneficio del trabajador una continuidad taxativa, limitada, parcial, en relación principalmente con prestaciones extralegales. O sea que se descarta la continuidad total, natural, normal o automática que el Tribunal equivocadamente deduce. Olvidó el aforismo 'inclusio unius est exclusio alterius', regla de lógica de acuerdo con la cual se está excluyendo allí la continuidad abierta e incondicionada que creyó ver el Tribunal'.

"Y obsérvese que allí se acepta la continuidad por vía exceptiva (sujeta por supuesto a interpretación restrictiva), tan solo para efectos de la jubilación, pero no para las pensiones restringidas, las que quedan entonces excluidas de los efectos de esa continuidad especial, al igual que la cesantía..."

LA RÉPLICA

Defiende las deducciones del Tribunal en cuanto a la comunicación del 9 de agosto de 1977 (fl 58 del cuaderno principal) la cual evidencia el libre poder subordinante de la empleadora en el traslado del actor para el Japón sin solución de continuidad el cual estuvo sometido a las Resoluciones N°2 de 1975 y de 1983. Concretamente invoca el artículo 24 de esta última que disponía: "Los vacíos que puedan presentarse en el área del derecho individual, se solucionarán a la luz de las normas que sobre la materia consagra la legislación sustantiva laboral colombiana".

Por último, observa que el recurrente no ataca todas las pruebas que fundan la decisión impugnada por lo que el cargo no puede prosperar (fs 82-83 del cuaderno de la Corte)

SE CONSIDERA

Propone el recurrente en este tercer ataque que la Sala deduzca de la prueba calificada, que no se dieron las circunstancias singulares del uso del poder subordinante del empleador en el traslado del actor a trabajar en el Japón y que no hubo un solo contrato de trabajo entre las partes, sino que antes de operarse el traslado en referencia y para tal finalidad se terminó el contrato iniciado el 28 de febrero de 1972 para firmar uno nuevo.

Para el efecto, la impugnación se remite a las siguientes pruebas: a) Comunicación del 9 de agosto de 1977 dirigida por la empresa al actor (fl 11 del anexo 3); b) Contrato de trabajo firmado por las partes el 13 de agosto de 1977 (fls 3-4 del anexo 3); c) Confesión del demandante al responder el interrogatorio de parte (fls 712 y ss); d) Liquidación y pago de cesantías e intereses antes del desplazamiento al Japón (fls 543-544).

Examinados por la Sala los medios de convicción en referencia, encuentra que si bien de la comunicación del 9 de agosto de 1977 se desprende que fue la decisión unilateral del empleador la que determinó que el actor se trasladara al Japón y que para ello se diera por terminado el contrato de trabajo vigente hasta ese momento y se firmara otro con las nuevas condiciones, la verdad es que el hecho de que el accionante hubiera asentido a todo ello sin objeción alguna y hubiera firmado el nuevo contrato, torna en acuerdo mutuo el origen de estas negociaciones; como también es indiscutible que las condiciones del nuevo contrato difieren sustancialmente de las del primero en cuanto al servicio, el lugar y la remuneración; luego, es evidente el error del Tribunal al considerar que el traslado del demandante al Japón estuvo regido por el mismo contrato de trabajo firmado el 28 de febrero de 1972. Se abre camino, por tanto, la prosperidad del cargo al menos en cuanto aparecen demostrados los dislates de los numerales primero, segundo y cuarto del acápite pertinente.

Cuanto al tercero de los yerro fácticos que la censura le atribuye al fallo acusado, el cual tiende a establecer que hubo solución de continuidad en la relación laboral de las partes con motivo de la designación del actor para la oficina de la entidad en Tokio, tendrá que admitirse que no se infiere así de los medios probatorios indicados en la acusación; por el contrario, todos ellos indican que el actor trabajó hasta el 12 de agosto de 1977, inclusive, en Colombia, y a partir del día 13 de los mismos, tuvo vigencia su servicio en el Japón. Indican también los aludidos instructorios que, no obstante el imperio de un nuevo contrato de trabajo, ello no implicó "solución de continuidad para los siguientes efectos: Prima Vacacional; Recompensa Quinquenal; Jubilación y Planes de Financiación de Vivienda", así quedó consignado mediante la comunicación dirigida por la demandada al actor el 9 de agosto de 1977 (fl 11 del anexo 3). Y esta circunstancia tan singular, sumada a que las mismas pruebas en referencia (incluidas las de folios 543 y 544), demuestran el propósito perentorio de las partes de someterse a la ley colombiana como rectora del nuevo contrato, hecho que se demuestra, además, con el contrato de folio 3 del anexo 3 y 525 firmado el 13 de agosto de 1977 al cual se incorporaron los reglamentos de trabajo y de higiene que rigen en la entidad, se previó la sujeción a las normas de este país y a la Resolución N°2 del 22 de mayo de 1975 la cual reglamenta precisamente la vinculación laboral de los trabajadores que prestan su servicio en el exterior a la Federación (fls 511 a 523); los documentos de folios 68 y 73 del anexo 3 según los cuales se hizo anticipo de cesantías hasta el 31 de julio de 1979, previa la autorización del Ministerio de Trabajo; los de folios 54 a 62 del mismo anexo que establecen el anticipo de cesantías hasta el 30 de octubre de 1983, también con estricta sujeción a la ley colombiana; y los de folios 40, 41, 46 a 51,

53 y 180 del anexo 3 relativos a la liquidación paralela de cesantías hasta el 30 de septiembre de 1986, previa la autorización del Ministerio de Trabajo; los de folios 64, 70, 74, 76, 77, 80 a 83 del mismo anexo que indican el pago de primas de seminario conforme al mismo ordenamiento, así como el de primas extralegales; e igualmente la liquidación definitiva del último contrato a folios 171-172, 174-175 del anexo en referencia; documentales que no dejan duda alguna de que no sólo se convino por las partes sujetarse a la ley laboral de Colombia sino que así se cumplió desde el principio hasta el fin del desarrollo del contrato; fuera de que éste último no era solo para trabajar en el exterior sino también en Colombia, tal y como se estipuló en la PRIME-RA cláusula (ver folio 3 del anexo 3 señalado por la impugnación), circunstancias especialísimas de esta vinculación laboral que necesariamente la ubican dentro de la excepción a la regla general de la territorialidad consagrada en el artículo 2º del CST, como bien lo entendió el proveído gravado, conforme a la jurisprudencia de esta Sala de la Corte según la cual la aplicación de la tesis del *lex loci solutionis* (ley del lugar donde la labor se haya cumplido) no puede ser exegética sino que en cada caso deben examinarse las circunstancias especiales que permitan establecer si el contrato está regido o no por la ley de éste país.

Es más, ya en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra prevista la posibilidad de que existan "personas colombianas con residencia en el exterior, vinculadas mediante contrato de trabajo que se rija por las normas colombianas", para quienes el artículo 9º del decreto reglamentario 692 del 29 de marzo de 1994 establece la afiliación al sistema general de pensiones que consagra la Ley 100 de 1993.

Prospera, entonces, parcialmente, el tercer cargo. Mas adelante se harán las consideraciones de instancia.

Cuarto Cargo

Por la vía indirecta acusa el fallo del Tribunal de "aplicación indebida del artículo 62 del CST, modificado por el artículo 7-b) del Decreto 2351 de 1965 y del artículo 8 ibídem, en conexión con el artículo 64 del citado Código, reformado por el artículo 6º de la Ley 50 de 1990 y con el artículo 8 de la Ley 171 de 1961".

Atribuye al sentenciador el error "manifiesto y evidente" de "haber dado por demostrado, sin estarlo, que el cargo de Subdirector de la División de Cooperativas implicaba violar 'derechos adquiridos' del actor y desmejoras injustas de 'condiciones laborales, salarios y jerarquías'".

Considera que el error fáctico denunciado se originó en la apreciación equivocada de los documentos de "folios 17 a 20, 525, 530 a 532, 533, 541 y 546, y a folios 3 del Anexo 3 (contrato de trabajo)"; así como a la falta de apreciación de los testimonios de Lázaro Alberto Pardo Silva, Alfonso del Campo Orejuela, José Fernando Jaramillo y Carlos Ricardo Gutiérrez Correa.

DEMOSTRACIÓN

Anota que el Tribunal sin mayor análisis de la carta del 26 de febrero que la Federación le envió al actor interpretó que éste había sido víctima de un despido indirecto por abuso en el *jus variandi*, pero que "el Tribunal se equivocó en materia grave por falta de puntos de referencia".

Anota que el Tribunal comparó simplemente la asignación que el actor tenía en el Japón con el salario de \$370.725 que se le ofreció para devengar en Colombia sin tener en cuenta que cuando recibiera esta última ya no requería de gastos de representación ni de auxilio de vivienda, ni que el peso en Colombia tiene mayor poder adquisitivo que los dólares o los yenes en el Japón "uno de los países con mayor costo de vida en el mundo, lo cual es hecho notorio".

Que también pasó por alto el fallador "la naturaleza sui generis del cargo que ocupaba el actor en Tokio que por su especial importancia resulta obvia la necesidad de "una sana política de rotación de los empleados del más alto nivel". Agrega:

"El Derecho Laboral, por su parte, atendiendo a la realidad de las cosas, reconoce la necesidad, en tales casos, de cierto poder directivo discrecional más amplio, en cuanto al *jus variandi*, que el que suele reconocer en el caso de trabajadores comunes y corrientes. No resulta lógico ni jurídico imponer una inamovilidad absoluta para cargos como el que ocupaba el actor tal como lo hace, en la práctica, el fallo acusado".

Acusa al sentenciador de haber apreciado "equivocadamente las pruebas básicas sobre el cambio de frente de trabajo del actor, infiriendo una desmejora que no existió y que menos aun se demostró".

Y pasa a hacer el análisis de los testimonios citados como ignorados por el fallador no obstante su autoridad y credibilidad, para deducir de ellos la comparación, a su juicio objetiva, del cargo que desempeñaba el actor en el Japón con el que vendría a desempeñar en Colombia, tratando de establecer que no hubo desmejora, dado el alto nivel jerárquico del último "con varios departamentos bajo su dirección y consiguientemente muchos otros cargos bajo su dependencia", mientras que en el Japón sólo dependía de él un secretario.

LA RÉPLICA

De su parte la oposición invoca el material probatorio como demostrativo del despido indirecto. Observa que en la cláusula primera del contrato de fi 3 anexo 3 el "actor se obligaba a poner su normal capacidad de trabajo en el desempeño personal de las funciones propias del cargo de Jefe de Oficina de las Entidad en Tokio-Japón, o en las labores anexas o complementarias o de superior o igual remuneración a éste, ya sea en la sede principal de la FEDERACION o en cualquier otro lugar del país o del exterior que se le señale, de acuerdo con las órdenes e instrucciones que

ella, sus representantes o jefes inmediatos de EL TRABAJADOR le impartan a éste". (Se subraya)".

Pero que el traslado a Subdirector de la División de Cooperativas implicaba desmejora porque: a) como jefe de la Oficina en el exterior estaba bajo la órbita del Gerente General de la entidad, de la cual depende también la gerencia auxiliar que estaba incluso en inferior categoría que el jefe de la Oficina en el Exterior; y muy por debajo de la gerencia auxiliar se encontraba la División de Cooperativas y todavía en menor escala el Subdirector, todo lo cual se puede constatar en el organigrama de folios 965 y 973. b) No se cumple el requisito de que se trate de labores anexas, complementarias o similares. c) La remuneración no es superior, ni siquiera igual. d) No aparece justificado el traslado. "Por el contrario, era evidente y manifiesta la intención de la demandada de querer perjudicar a su trabajador, mas cuando el demandante le puso de manifiesto todas estas circunstancias, a las cuales la demandada no se quiso allanar, insistiendo en el traslado".

Como muestra de la desmejora que implicaba el traslado, se remite a lo expresado en la demanda de casación objeto de la réplica, en la cual se enfatiza en la importancia del cargo desempeñado por el actor en Tokio, dignatario de delicadas funciones comerciales y diplomáticas como consejero oficial de Colombia del más importante producto en el comercio exterior del país, por lo que se reclama la posibilidad de establecer una política de rotación con los "empleados de más alto nivel", de donde infiere que el demandante ha debido ser trasladado para un cargo "por lo menos similar". (fs 83 a 85 del cuaderno de la Corte)

SE CONSIDERA

Se admite por la censura que la demandada dispuso el traslado del actor de Tokio, en donde se desempeñaba como Jefe de la Oficina de la Federación, a Bogotá con el cargo de Subdirector de Cooperativas. Y como lo advierte la réplica, es la propia demandada la que reconoce que el cargo de Jefe de Oficina en el Japón es tan importante y tan representativo que debe admitirse la posibilidad de establecer "una sana política de rotación de los empleados del mas alto nivel" [resalta la Sala]: de donde es apenas obvio que para que el actor no hubiera sufrido desmejora con el traslado a Bogotá tendría que haber sido llamado a desempeñar un cargo de la misma distinción, lo cual no depende necesariamente de la cantidad de subalternos, como parece entenderlo la censura, sino, en este caso, de la importancia y representatividad invocada por ella misma, lo cual no salta a la vista en tratándose de una subdirección; por tanto inculcaba a la impugnación acreditarlo mediante prueba apta, pero no lo hizo, puesto que, no obstante señalar en el cargo un buen número de documentos como erróneamente valorados por el sentenciador, ninguno de ellos demuestra la igualdad en la categoría de los dos cargos.

El mismo ataque refiere que el actor en Tokio estaba devengando US \$2.200 + 1.500 = 3.700 dólares, fuera de la vivienda para la cual recibía

auxilio de 400.000 yenes; y que el traslado para Colombia era con remuneración de \$370.725 mensuales, sin auxilio para vivienda. En concepto del recurrente este cambio no implica desmejora económica porque, a su juicio, el nuevo puesto no requería de auxilio de vivienda ni de gastos de representación, y el poder adquisitivo del peso colombiano en Colombia es "mucho mayor" al de "los dólares o yenes en el Japón, uno de los países con mayor costo de vida en el mundo, lo cual es un hecho notorio".

Empero, aun admitiendo el hecho notorio que expresa el recurrente, para acreditar el yerro fáctico denunciado era necesaria la demostración, mediante prueba calificada, en el sentido de que, en 1987, US \$2.200 mensuales sin tener que pagar vivienda en el Japón eran equivalentes a \$370.725 para vivir en Bogotá teniendo que sufragar lo concerniente a vivienda, y esta prueba no se infiere de los documentos de folios 17 a 20, 525, 530 a 532, 533, 541 y 546, ni del contrato de folio 3 del anexo 3, que son los medios aptos citados por la censura en este cargo, careciéndose por ello de elementos de juicio que establezcan la equivocación del Tribunal en su apreciación de que el traslado del demandante de Tokio para Bogotá le desmejoraba también en el aspecto patrimonial.

Se sigue de lo anterior que no puede la Corte examinar la prueba de testigos, pues únicamente le sería permitido de encontrarse acreditado el error de hecho, mediante prueba idónea.

Consecuente con lo anterior, no prospera esta última acusación de la parte demandada.

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDANTE

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Dice:

"Se pretende que esa H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, CASE PARCIALMENTE la sentencia proferida por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, en cuanto hace referencia a las absoluciones impartidas en favor de la demandada al no considerar como parte del salario del actor lo percibido como auxilio de habitación, gastos de representación, primas de vacaciones, para efecto de liquidar su cesantía e intereses, vacaciones, primas de servicio, pensión sanción de jubilación e indemnización por despido, así como lo dejado de cancelar por concepto de vacaciones causadas y no disfrutadas e indemnización moratoria, todo lo cual debe pagarse en yenes japoneses a una tasa preferencial de 360 yenes por dólar americano recibido y no con base en esta última moneda y no la case en lo demás, es decir, respecto de las condenas que conlleva, para que una vez hecho lo anterior, constituida esa H. Corporación en Tribunal de Instancia, revoque el fallo absolutorio dictado por el Juzgado de conocimiento y en su lugar condene a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia a pagar en favor del doctor Jorge Hernán Osorio Isaza el valor de estas peticiones de la demanda que no

fueron acogidas, con su correspondiente condena en costas ante esa H. Corporación como a las de segunda instancia".

Para el efecto y con apoyo en la causal primera del recurso de casación laboral planteó cinco cargos así:

Primer cargo.

Por la vía directa acusa el fallo del Tribunal por infracción directa de los artículos 127, 128, 129 y 130 del CST, "en relación con los arts. 1, 2, 3, 4, 13, 14, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 47 (subrogado art. 5 DL 2351/65), 55, 64 num. 4 lts. a) y d) (subrogado art. 8 DL 2351/65), 65, 135, 142, 149, 186, 189 (subrogado art. 14 DL 2351/65), 192 (modificado art. 8 D. 617/54), 249, 253 (modificado art. 17 DL 2351/65), 259, 260, 267 (subrogado art. 8 L. 171/61, posteriormente por el art. 37 L. 50/90 y actualmente por el art. 133 L. 100/93), 306 del C.S.T.; art 1° Ley 52/75; art. 3° L.48/68; arts. 145 del C.P. del T".

DESARROLLO

Dice:

"No es materia de controversia en el presente cargo que el doctor Jorge Hernán Osorio Isaza laboró al servicio de la demandada Federación Nacional de Cafeteros de Colombia entre el 28 de febrero de 1972 al 28 de septiembre de 1987...

"No ocurre lo mismo respecto del salario que tuvo en cuenta el sentenciador de segunda instancia, sobre el cual sí existe discrepancia, toda vez que estando el demandante cobijado por las leyes nacionales, como dice sostenerlo, no tuvo en cuenta para liquidar sus acreencias laborales todos aquellos pagos constitutivos de salario. Sobre el particular dispuso el *ad quem*:

"Sin embargo, no se puede perder de vista que para que un pago constituya salario no interesa la denominación que se le dé, sino que implique retribución a los servicios y que no esté comprendido dentro de los enlistados en el citado artículo 128, por cuando (sic) se repite, la ley se ha encargado de excluir expresamente que conceptos no tienen tal carácter.

"En el caso bajo examen resulta suficiente demostrado, en especial con lo confesado por el actor y lo relatado por los testigos que tanto los gastos de representación como el auxilio de vivienda se entregaba (sic) para desempeñar a cabalidad sus funciones como instrumento de trabajo y para mejorar el cumplimiento de su labor relacionada como se dijo con la comercialización del café por lo cual debía atender múltiples compromisos públicos.

"Luego en estricto derecho tales conceptos no tienen connotación salarial por cuando (sic) la empresa los puso al servicio del demandante para desarrollar mejor su labor, vale decir, como una especie de herra-

menta que se le suministró para que cumpliera el objeto del contrato de trabajo'. (Se subraya).

"Tiene sentado la jurisprudencia de esa H. Corporación que la infracción directa de la ley deviene del desconocimiento por parte del juzgador de las normas que regulan una materia determinada, por franca rebeldía contra ellas, es decir, que no las aplica al caso materia del proceso, bien por que las ignora o porque no les quere reconocer su validez.

"El Art. 129 del CST, vigente para la fecha en que el actor prestaba sus servicios a la accionada, expresamente consagraba como salario en especie la alimentación, habitación o vestuario que el patrono suministrara al trabajador', sin ningún tipo de condicionamientos, es decir, no como lo sugiere el fallador de segunda instancia que 'el auxilio de vivienda se entregaba para desempeñar a cabalidad sus funciones como instrumento de trabajo', o 'como una especie de herramienta que se le suministró para que cumpliera el objeto del contrato de trabajo', lo cual es abiertamente contradictorio, pues nada tenía que ver el auxilio de vivienda que en suma de 400.000.00 yenes mensuales le eran entregados, con las funciones que debía desempeñar. A contrario sensu valdría la pena cuestionar si no entregándose el referido auxilio de vivienda el actor no podía cumplir a cabalidad con las funciones que como Jefe o Director de la oficina de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en Tokio, Japón, tenía que realizar?

"Menos aún podría ser de recibo el argumento, según el cual, no tenía ese auxilio de habitación el carácter de retributivo y oneroso o de ingreso personal, cuando en razón precisamente a su relación laboral contractual era que lo percibía, como complemento de su remuneración, como consecuencia del cambio de residencia que por disposición de la demandada se le había ordenado al reubicarlo de sitio de trabajo. Por otra parte, cómo podría no considerarse como no onerosa una suma de dinero que vista desde la perspectiva de la persona del trabajador enriquecía su patrimonio en la medida que no tenía que erogarla de su propio peculio o si se quiere, de lo que recibía como contraprestación directa de su actividad personal? Cómo tampoco podría no implicar un beneficio personal, o que no fuera para subvenir a una necesidad personal como la de su familia?

"Es cierto que el Art. 128 del CST, de ese entonces establecía que pagos no constituían salario, pero no por ello es menos evidente que tales sumas en dinero no tendrían esa connotación salarial en favor del trabajador en la medida que no fuera para su beneficio, ni para subvenir a sus necesidades, ni para enriquecer su patrimonio', situaciones que no se podían ni pueden predicar para el caso de autos. Por lo demás no sobra recordar que en esta norma no está comprendido como elemento no constitutivo de salario lo reconocido por habitación como lo insinúa el *ad quem* en su sentencia.

"De manera que, el Tribunal mal podía negar el carácter de salario al auxilio monetario que en la cuantía indicada recibía el actor para subve-

nir a sus necesidades de vivienda, por lo que, es manifiesta su franca rebeldía contra su mandato, es decir, que no quiso aplicar al caso materia del proceso las disposiciones del Código, no por que las ignorara sino por no reconocer su validez.

"También se demostró en el proceso que al Dr. Jorge Hernán Osorio Isaza le reconocieron mensualmente durante todo el tiempo que estuvo al servicio de la demandada en Tokin gastos de representación, en una suma equivalente a US\$1.580.00, aún en época de vacaciones. De acuerdo al Art. 127 del Código de Trabajo, 'constituye salario no sólo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea la forma o denominación que se adopte'. Concordante con esta disposición el Art. 130 ibídem, establecía que los viáticos constituían 'salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento; pero no en lo que solo tenga por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación', aclarando, que en igual sentido el Art. 128 niega el carácter salarial a los gastos de representación.

"Sin embargo, no hay que olvidar que el Art. 130 en su segundo inciso establecía en materia de gastos de representación, texto que actualmente guarda vigencia, que 'Siempre que se paguen debe especificarse el valor de cada uno de estos conceptos', obligación que correspondía demostrar a la empleadora, so pena de tenerlos como parte integrante de su salario, pues no bastaba llamarlos como tal para restarle ese elemento retributivo que tenían y que por lo demás, como se señaló, recibía aún cuando estaba en uso de su descanso anual remunerado, en que se supone el trabajador temporalmente estaba alejado de sus funciones cotidianas o normales de trabajo.

"Y valga insistir que esa obligación de determinar la destinación de su valor tiene por objeto el evitar disfrazar que ciertos pagos que se consideran como parte de la remuneración del trabajador dejen de tener esa condición por la denominación que supuestamente les otorgan. De ahí que cuando se citó en su parte pertinente el Art. 127 se dijo que constituía salario no sólo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, 'sea la (sic) forma o denominación que se adopte', pero desafortunadamente, para el Tribunal resultó ser todo lo contrario, por cuanto para él 'Sin embargo, no se puede perder de vista que para que un pago constituya salario no interesa la denominación que se le dé, lo que abiertamente contradice el texto de la ley. Es manifiesta la obstinación del Ad Quem contra el texto claro de la ley al no querer aplicar la norma al caso materia de la litis, no por desconocerla, sino porque encontró en ella un efecto que no tenía.

"En sentencia de 27 de junio de 1986, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, dispuso:

"No puede concluirse, como indirectamente lo hace el Tribunal, que ante la falta de aclaración sobre la imputación de las sumas pagadas por

viáticos. éstos pierdan en su totalidad la condición de salario pues ello representa una interpretación totalmente contraria al sentido de la norma que simplemente pretende que se especifique la condición de aquellos pagos que por su naturaleza lo tienen, porque se trata de sumas que se destinan a cubrir los gastos que normalmente atiende el trabajador con su salario y que pretenden evitar la afectación del peculio del mismo cuando al salir de su sede en cumplimiento de funciones, debe cubrir necesidades cuya atención se encuentra dentro del ámbito de lo que ordinariamente se cubre con el salario.

"De modo que concluir que la falta de discriminación frente al pago de los viáticos represente no tener suma alguna de éstos como imputable a salario es contrario no sólo a la equidad y a la naturaleza de los pagos destinados a cubrir alimentación y alojamiento, sino que se opone al entendimiento jurisprudencial según el cual la obligación de precisar los conceptos pagados por viáticos corre a cargo del patrono y por tanto el incumplimiento de tal obligación sólo puede generar consecuencias negativas al mismo, las cuales sólo pueden ser las de darle a la totalidad de los pagos una incidencia y repercusiones salariales". (Subraya el recurrente).

"Igual consideración que a los dos factores constitutivos de salario antes indicados cabe hacer respecto de los pagos efectuados por concepto de la prima extralegal de vacaciones, la que se reconoció a lo largo de toda su vinculación laboral con la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en Tokio, Japón, en cuantía equivalente a un ciento veinte por ciento (120%) de su salario mensual.

"Debido a su carácter oneroso, retributivo y habitual que tenía, entra en la noción de salario conforme a lo consagrado en los varias veces invocados Arts. 127 y 128 del CST., pues tenían como consecuencia directa la prestación personal del servicio del Dr. Jorge Hernán Osorio Isaza. No se trataba de un reconocimiento ocasional, pues su pago a lo largo de su relación de trabajo lo tradujo en habitual. Tampoco se trató de un desembolso por mera liberalidad, ya que, hacía parte de sus condiciones especiales de trabajo como así lo contemplaban las disposiciones administrativas relativas al personal de la demandada que prestaba sus servicios en el exterior.

"Con fundamento en las anteriores consideraciones el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, incurrió en violación directa de la ley sustantiva laboral, en la modalidad de infracción directa de los artículos que cita el cargo, por no querer reconocerles validez o por ir en contra de su mandato expreso y claro, los cuales (habitación, gastos de representación, prima de vacaciones), siendo elementos constitutivos de salario, no se tuvieron en cuenta para efecto de liquidar las prestaciones sociales del actor, como aconteció con el monto que por auxilio de cesantía, intereses sobre ésta, primas legales de servicio, pago de vacaciones, indemnización por terminación injusta del contrato de trabajo y liquidación de la pensión restringida de jubilación, derechos cuya efecti-

vidad se persigue y por ello se invocan sus normas por tener íntima relación con aquellos.

"Consideraciones de la Corte:

"Demostrada como está la violación que se le endilga al Tribunal, esa II. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, deberá casar parcialmente la sentencia de segundo grado, para que una vez hecho lo anterior y constituida en Tribunal de Instancia, revoque la absolución que en éste sentido profirió el Juez del conocimiento y en su lugar condene en favor de mi representado, Dr. Jorge Hernán Osorio Isaza, y en contra de la demandada, la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, a la liquidación de su cesantía, intereses, primas de servicios, vacaciones, pensión restringida de jubilación e indemnización por terminación unilateral e injusta del contrato de trabajo por situaciones imputables al patrono (despido indirecto), teniendo en cuenta para ello el salario real devengado por su extrabajador, incluyendo el valor del auxilio de habitación, los gastos de representación y prima de vacaciones, aclarando que dicho pago debe comprender todos aquellos que no se encuentren prescritos y no sólo a la terminación de su relación de trabajo. Deberá mantener las condenas a favor del actor..."

SE CONSIDERA

Al acusar la infracción directa de los preceptos que definen el salario y disponen los conceptos que lo conforman así como los pagos que lo constituyen (arts 127 a 130 del CST), es porque el recurrente echó de menos la aplicación de tales normas. Sin embargo, en el desarrollo del cargo transcribe un aparte de la sentencia acusada en la cual se aplican esos preceptos y con tal efecto se cita concretamente el artículo 128 del CST.

Es suficiente lo anterior para descartar esta acusación toda vez que el concepto de violación por infracción directa de una norma legal, supone que ésta última se pasa por alto por el sentenciador ya sea por desconocimiento sobre su existencia o porque la olvida o se rebela contra ella.

Además, la pretensión de que se tenga como factor de salario lo percibido por el trabajador por concepto de una prima extralegal no mencionada en el fallo recurrido, y por gastos de representación, dice relación con el análisis de las pruebas y de los hechos, los cuales no es posible revisar por la vía de puro derecho escogida por el recurrente.

Por tanto, se desestima el ataque.

Primer Cargo

Por la vía directa acusa el fallo del Tribunal por interpretación errónea de los artículos 127, 128, 129 y 130 del CST, "en relación con los arts. 1, 2, 3, 4, 13, 14, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 47 (subrogado art. 5 DL 2351/65), 55, 64 num. 4 lits. a) y b) (subrogado art. 8 DL 2351/65), 65, 135, 142, 149, 186, 189 (subrogado art. 14 DL 2351/65), 192 (modificado

art. 8 D. 617/54), 249, 253 (modificado art. 17 DL 2351/65), 259, 260, 267 (subrogado art. 8 L. 171/61, posteriormente por el art. 37 L. 50/90 y actualmente por el art. 133 L. 100/93), 306 del C.S.T.; art 1° Ley 52/75; art. 3° L.48/68; arts. 145 del C.P. del T".

DESARROLLO

Dice:

"No es materia de controversia en el presente cargo que el doctor Jorge Hernán Osorio Isuza laboró al servicio de la demandada Federación Nacional de Cafeteros de Colombia entre el 28 de febrero de 1972 al 28 de septiembre de 1987...

"No ocurre lo mismo respecto del salario que tuvo en cuenta el sentenciador de segunda instancia, sobre el cual sí existe discrepancia, toda vez que estando el demandante cobijado por las leyes nacionales, como dice sostenerlo, no tuvo en cuenta para liquidar sus acreencias laborales todos aquellos pagos constitutivos de salario. Sobre el particular dispuso el *ad quem*:

"Sin embargo, no se puede perder de vista que para que un pago constituya salario no interesa la denominación que se le dé, sino que implique retribución a los servicios y que no esté comprendido dentro de los enlistados en el citado artículo 128, por cuando (sic), se repite, la ley se ha encargado de excluir expresamente que conceptos no tienen tal carácter.

"En el caso bajo examen resulta suficiente demostrado, en especial con lo confesado por el actor y lo relatado por los testigos que tanto los gastos de representación como el auxilio de vivienda se entregaba (sic) para desempeñar a cabalidad sus funciones como instrumento de trabajo y para mejorar el cumplimiento de su laborar relacionada como se dijo con la comercialización del café por lo cual debía atender múltiples compromisos públicos.

"Luego en estricto derecho tales conceptos no tienen connotación salarial por cuando (sic) la empresa los puso a servicio del demandante para desarrollar mejor su labor, vale decir, como una especie de herramienta que se le suministró para que cumpliera el objeto del contrato de trabajo". (Subraya el recurrente).

"Tiene sentado la jurisprudencia de esa H. Corporación que la interpretación errónea de la ley tiene cabida cuando el sentenciador halla en la norma una inteligencia o alcance distinto de los que contiene, esto es, cuando su entendimiento es equivocado.

"El Art. 129 del CST, vigente para la fecha en que el actor prestaba sus servicios a la accionada, expresamente consagraba como 'salario en especie la alimentación, habitación o vestuario que el patrono suministra al trabajador', sin ningún tipo de condicionamientos, es decir, no como lo

sugiere el fallador de segunda instancia que el auxilio de vivienda se entregaba para desempeñar a cabalidad sus funciones como instrumento de trabajo', o 'como una especie de herramienta que se le suministró para que cumpliera el objeto del contrato de trabajo', lo cual es abiertamente equivocado, pues nada tenía que ver el auxilio de vivienda que en suma de 400.000.00 yenes mensuales le eran entregados, con las funciones que debía desempeñar. A contrario sensu valdría la pena cuestionar si no entregándose el referido auxilio de vivienda el actor no podía cumplir a cabalidad con las funciones que como Jefe o Director de la oficina de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en Tokio, Japón, tenía que realizar?

"Menos aún podría ser de recibo el argumento, según el cual, no tenía ese auxilio de habitación el carácter de retributivo y oneroso o de ingreso personal, cuando en razón precisamente a su relación laboral contractual era que lo percibía, como complemento de su remuneración, como consecuencia del cambio de residencia que por disposición de la demandada se le había ordenado al reubicarlo de sitio de trabajo. Por otra parte, cómo podría no considerarse como onerosa una suma de dinero que vista desde la perspectiva de la persona del trabajador enriquecía su patrimonio en la medida que no tenía que erogarla de su propio peculio o si se quiere, de lo que recibía como contraprestación directa de su actividad personal? Cómo tampoco podría no implicar un beneficio personal, o que no fuera para subvenir a una necesidad personal como la de su familia?

"Es cierto que el Art. 128 del CST, de ese entonces establecía qué pagos no constituían salario, pero no por ello es menos evidente que tales sumas en dinero no tendrían esa connotación salarial en favor del trabajador en la medida que no fuera 'para su beneficio, ni para subvenir a sus necesidades, ni para enriquecer su patrimonio', interpretación que no se podía ni puede aplicar para el caso de autos. Por lo demás no sobra recordar que en esta norma no está comprendido como elemento no constitutivo de salario lo reconocido por habitación como lo insinúa el *ad quem* en su sentencia.

"De manera que, el Tribunal mal podía negar el carácter de salario al auxilio monetario que en la cuantía indicada recibía el actor para subvenir a sus necesidades de vivienda, por lo que, es manifiesta su errónea interpretación, es decir, halló en las normas una inteligencia o alcance distinto de los que tenían.

"También se demostró en el proceso que al Dr. Jorge Hernán Osorio Isaza le reconocieron mensualmente durante todo el tiempo que estuvo al servicio de la demandada en Tokio, gastos de representación, en una suma equivalente a US\$1.580.00, aún en época de vacaciones. De acuerdo al Art. 127 del Código de Trabajo, constituye salario no sólo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea la (sic) forma o denominación que se adopte'. Concordante con esta disposición el Art. 130

ibídem, establecía que los viáticos constituyan 'salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento; pero no en lo que solo tenga por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación', aclarando, que en igual sentido el Art. 128 niega el carácter salarial a los gastos de representación.

"Sin embargo, no hay que olvidar que el Art. 130 en su segundo inciso establecía en materia de gastos de representación, texto que actualmente guarda vigencia, que 'Siempre que se paguen debe especificarse el valor de cada uno de estos conceptos', obligación que correspondía demostrar a la empleadora, so pena de tenerlos como parte integrante de su salario, pues no bastaba llamarlos como tal para restarle ese elemento retributivo que tenían y que por lo demás, como se señaló, recibía aún cuando estaba en uso de su descanso anual remunerado, en que se supone el trabajador temporalmente estaba alejado de sus funciones cotidianas o normales de trabajo.

"Y valga insistir que esa obligación de determinar la destinación de su valor tiene por objeto el evitar disfrazar que ciertos pagos que se consideran como parte de la remuneración del trabajador dejen de tener esa condición por la denominación que supuestamente les otorgan. De ahí que cuando se citó en su parte pertinente el Art. 127 se dijo que constituía salario no sólo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, 'sea la (sic) forma o denominación que se adopte', pero desafortunadamente, para el Tribunal resultó ser todo lo contrario, por cuanto para él 'Sin embargo, no se puede perder de vista que para que un pago constituya salario no interesa la denominación que se le dé', lo que abiertamente contradice el texto de la ley, derivado de ese erróneo entendimiento que el *ad quem* le da, el cual es patente en el párrafo de la sentencia que se cita.

"En sentencia de 27 de junio de 1986, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, dispuso:

"No puede concluirse, como indirectamente lo hace el Tribunal, que ante la falta de aclaración sobre la imputación de las sumas pagadas por viáticos, éstos pierdan en su totalidad la condición de salario pues ello representa una interpretación totalmente contraria al sentido de la norma que simplemente pretende que se especifique la condición de aquellos pagos que por su naturaleza lo tienen, porque se trata de sumas que se destinan a cubrir los gastos que normalmente atiende el trabajador con su salario y que pretenden evitar la afectación del peculio del mismo cuando al salir de su sede en cumplimiento de funciones, debe cubrir necesidades cuya atención se encuentra dentro del ámbito de lo que ordinariamente se cubre con el salario.

"De modo que concluir que la falta de discriminación frente al pago de los viáticos represente no tener suma alguna de éstos como imputable a salario es contrario no sólo a la equidad y a la naturaleza de los pagos

destinados a cubrir alimentación y alojamiento, sino que se opone al entendimiento jurisprudencial según el cual la obligación de precisar los conceptos pagados por viáticos corre a cargo del patrono y por tanto el incumplimiento de tal obligación sólo puede generar consecuencias negativas al mismo, las cuales sólo pueden ser las de darle a la totalidad de los pagos una incidencia y repercusiones salariales'. (Subraya el recurrente).

"Igual consideración que a los dos factores constitutivos de salario antes indicados cabe hacer respecto de los pagos efectuados por concepto de la prima extralegal de vacaciones, la que se reconoció a lo largo de toda su vinculación laboral con la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en Tokio, Japón, en cuantía equivalente a un ciento veinte por ciento (120%) de su salario mensual.

'Debido a su carácter oneroso, retributivo y habitual que tenía, entraba en la noción de salario conforme a lo consagrado en los varias veces invocados Arts. 127 y 128 del CST., pues tenían como consecuencia directa la prestación personal del servicio del Dr. Jorge Hernán Osorio Isaza. No se trataba de un reconocimiento ocasional, pues su pago a lo largo de su relación de trabajo lo tradujo en habitual. Tampoco se trató de un desembolso por mera liberalidad, ya que, hacía parte de sus condiciones especiales de trabajo como así lo contemplaban las disposiciones administrativas relativas al personal de la demandada que prestaba sus servicios en el exterior.

"Con fundamento en las anteriores consideraciones el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, incurrió en violación directa de la ley sustantiva laboral, en la modalidad de interpretación errónea de los artículos que cita el cargo, por darles una comprensión que no tenían negando en consecuencia sus efectos, los cuales, siendo elementos constitutivos de salario, no se tuvieron en cuenta para efecto de liquidar las prestaciones sociales del actor, como aconteció con el monto que por auxilio de cesantías, intereses sobre ésta, primas legales de servicio, pago de vacaciones, indemnización por terminación injusta del contrato de trabajo y liquidación de la pensión restringida de jubilación, derechos cuya efectividad se persigue y por ello se invocan sus normas por tener íntima relación con aquellos.

"CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

"Demostrada como está la violación que se le endilga al Tribunal, esa H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, deberá casar parcialmente la sentencia de segundo grado, para que una vez hecho lo anterior y constituida en Tribunal de Instancia, revoque la absolución que en éste sentido profirió el Juez del conocimiento y en su lugar condene en favor de mi representado, Dr. Jorge Hernán Osorio Isaza, y en contra de la demandada, la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, a la liquidación de sus cesantías, intereses, primas de servicios, vacaciones, pensión restringida de jubilación e indemnización por terminación

unilateral e injusta del contrato de trabajo por situaciones imputables al patrono (despido indirecto), teniendo en cuenta para ello el salario real devengado por su extrabajador, incluyendo el valor del auxilio de habitación, los gastos de representación y prima de vacaciones, aclarando que dicho pago debe comprender todos aquellos que no se encuentren prescritos y no sólo a la terminación de su relación de trabajo. Deberá mantener las condenas a favor del actor...".

LA RÉPLICA

Dice que tampoco resulta estimable este cargo porque "el sentenciador no hizo exégesis alguna de las normas legales que tipifican los pagos que son salariales y los que no lo son. El *ad quem*, a partir del texto escueto de tales normas, sin hacer de ellas interpretación especial alguna distinta a la literal, califica los pagos que recibió el actor con apoyo en el examen de las pruebas". Considera que indagar si un determinado pago tiene o no naturaleza retributiva es sin duda problema fáctico".

SE CONSIDERA

Se refiere el ataque a tres conceptos diferentes para los que reclama igualmente el carácter salarial a saber: el auxilio de vivienda, los gastos de representación, y la prima extralegal de vacaciones.

Con respecto al auxilio "de vivienda", que según el fallo recurrido percibió el demandante habitualmente desde el comienzo hasta el fin del último contrato de trabajo, no es admisible la interpretación del fallador negándole su carácter retributivo y oneroso, porque es indiscutible que la cantidad destinada para la obtención del trabajador subvenciona una de sus necesidades básicas que de todas maneras tendría que satisfacer. De tal suerte que, conforme a los arts 127 a 129 del CST, en su redacción original, es indudable el carácter salarial de este concepto, sin necesidad de entrar a analizar otras circunstancias.

No ocurre lo mismo frente a la suma que mensualmente recibía el trabajador bajo el rubro de "gastos de representación", concepto que no es salarial según las mismas disposiciones, por lo que la pretensión de la parte actora de que se establezca que, con la suma así disfrazada, lo que se pagó al actor fue parte de su salario, es asunto que requiere ser demostrado y, por tanto, no podría la Corte examinarlo por la vía de puro derecho.

En cuanto hace con la prima de vacaciones que, dice el recurrente, recibió el actor durante su vinculación, aun cuando conforme al art 127 del CST constituye factor salarial, en este caso el fallo no alude a ella ni para atribuirle ese carácter ni para negárselo, luego, tampoco es procedente la vía directa para reclamar el reconocimiento de tal naturaleza.

En consecuencia el cargo prospera únicamente en cuanto el fallo acusado le desconoció el carácter salarial al auxilio para vivienda que por

valor de \$400.000 yenes mensuales recibió el demandante. Mas adelante se harán las consideraciones de instancia.

Tercer Cargo

Por la vía indirecta acusa el fallo del Tribunal de aplicación indebida de los artículos 127, 128, 129 y 130 del CST, "en relación con los arts. 1, 2, 3, 4, 13, 14, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 47 (subrogado art. 5 DL 2351/65), 55, 64 num. 4 lts. a) y b) (subrogado art. 8 DL 2351/65), 65, 135, 142, 149, 186, 189 (subrogado art. 14 DL 2351/65), 192 (modificado art. 8 D. 617/54), 249, 253 (modificado art. 17 DL 2351/65), 259, 260, 267 (subrogado art. 8 L. 171/61, posteriormente por el art. 37 L. 50/90 y actualmente por el art. 133 L. 100/93), 306 del C.S.T.; art. 1º Ley 52/75; art. 3º L. 48/68; arts. 51, 52, 55, 60, 61 y 145 del C.P. del T., como consecuencia de los errores evidentes y manifiestos de hecho, cometidos en la valoración de las pruebas", así:

Atribuye al fallo acusado los siguientes errores de hecho:

"1. No dar por establecido, siendo ello evidente, que lo reconocido y pagado por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia al doctor Jorge Hernán Osorio Isaza por concepto de auxilio de vivienda, gastos de representación y prima de vacaciones, eran factores o elementos constitutivos de salario".

Señala las siguientes pruebas como erróneamente valoradas por el sentenciador:

"1. Confesión rendida por el representante legal de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia a folios 138 y ss del cuaderno principal.

"2. Confesión rendida por el doctor Jorge Hernán Osorio Isaza a folios 712 y ss.

"3. Prueba testimonial de los señores Jhon Alberto Pardo Silva folios 481 a 486; Jacobo Fernando Enrique Casij Galindo folios 486 a 488; Pedro José Jurado Suárez folios 547 a 549; Martha Ines Villegas de Carvajalino folios 551 a 557; Carlos Ricardo Gutiérrez Correa folios 728 a 733 y Pedro Felipe Valencia López folios 757 a 762".

DESARROLLO

Manifiesta su discrepancia con el fallo acusado porque "no tuvo en cuenta para liquidar sus acreencias laborales todos aquellos pagos constitutivos de salario".

En este resumen se hace abstracción de lo pertinente a la naturaleza salarial del auxilio para vivienda dado el resultado del cargo anterior. Sobre los demás reparos el recurrente expresa:

"Es cierto que el art 128 del CST de ese entonces establecía qué pagos no constituirían salario, pero no por ello es menos evidente que tales sumas en dinero no tendrían esa connotación salarial en favor del trabajador en la medida que no fuera 'para su beneficio, ni para subvenir a sus necesidades, ni para enriquecer su patrimonio', aplicación que no se podía ni puede dar para el caso de autos...".

"... se demostró en el proceso que al doctor Jorge Hernán Osorio Isaza le reconocieron mensualmente durante todo el tiempo que estuvo al servicio de la demandada en Tokio gastos de representación, en una suma equivalente a US\$1.580.00, aún en época de vacaciones. De acuerdo al Art 127 del Código de Trabajo, constituye salario no sólo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea la (sic) forma o denominación que se adopte'. Concordante con esta disposición el Art 130 *ibidem*, establecía que los viáticos constituían 'salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento; pero no en lo que solo tenga por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación', aclarando, que en igual sentido el Art 128 niega el carácter salarial a los gastos de representación.

"Sin embargo, no hay que olvidar que el Art 130 en su segundo inciso establecía en materia de gastos de representación, texto que actualmente guarda vigencia, que 'siempre que se paguen debe especificarse el valor de cada uno de estos conceptos', obligación que correspondía demostrar a la empleadora, so pena de tenerlos como parte integrante de su salario, pues no bastaba llamarlos como tal para restarle ese elemento retributivo que tenían y que por lo demás, como se señaló, recibía aún cuando estaba en uso de su descanso anual remunerado, en que se supone el trabajador temporalmente está alejado de sus funciones cotidianas o normales de trabajo.

"Y valga insistir que esa obligación de determinar la destinación de su valor tiene por objeto el evitar disfrazar que ciertos pagos que se consideren como parte de la remuneración del trabajador dejen de tener esa condición por la denominación que supuestamente les otorgan. De ahí que cuando se citó en su parte pertinente el Art 127 se dijo que constituía salario no sólo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, 'sea la (sic) forma o denominación que se adopte', pero desafortunadamente, para el Tribunal resultó ser todo lo contrario, por cuanto para él 'sin embargo, no se puede perder de vista que para que un pago constituya salario no interesa la denominación que se le dé, lo que abicrtamente contradice el texto de la ley, derivado de esa indebida aplicación que el ad quem le da, el cual es patente en el párrafo de la sentencia que se cita..."

Transcribe a continuación apartes de una sentencia de esta Sala de la Corte, que no viene al caso, porque no refiriéndose propiamente a los gastos de representación sino a los viáticos, prevé la necesidad de que el empleador discrimine la parte de los mismos encaminada a sufragar los

gastos de manutención y alojamiento del trabajador, so pena de presumirse que la totalidad tendrá esa destinación y por lo mismo su carácter salarial.

Seguidamente expresa que igual consideración "cabe hacer respecto de los pagos efectuados por concepto de prima extralegal de vacaciones" la que se reconoció a lo largo de toda su vinculación laboral al actor, en cuantía equivalente al 120% de su salario mensual.

Agrega:

"Con todo y lo anterior, el sentenciador de segunda instancia en uno de los apartes del fallo recurrido estimó que de acuerdo con lo confesado por el actor y lo relatado por los testigos, tanto los gastos de representación como el auxilio de vivienda se destinaron para que el demandante desempeñara a cabalidad sus funciones y para mejorar el cumplimiento de su labor en la comercialización del café, pero acontece que en el interrogatorio de parte absuelto por el actor a folios 712 y ss al responder a la pregunta de si había recibido sumas para gastos de representación expresamente respondió: 'sí, recibía mensualmente inclusive en época de vacaciones la suma de quinientos sesenta y ocho mil ochocientos yenes (568.800) mensuales. Al respecto, desco adjuntar copia de la comunicación RI 422 de mayo 23 de 1970 de la Federación Nacional de Cafeteros dirigida a mí. Para las atenciones a los clientes tenía una cuenta de 'atenciones especiales', por la cual se cancelaban las comidas, recepciones, viajes, regalos, etc. Que autorizaba la Federación".

"... El mismo error se predica en la equivocada valoración de la prueba de confesión del representante legal de la demandada, pues aunque si bien reconoce que se le entregaba la suma de \$1.580 dólares mensuales, teniendo como propósito el mejor desarrollo de las actividades y del señor Osorio, lo cierto es que era un salario el cual la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia quería disfrazar como gastos de representación, los que como se ha dicho aún se reconocían en época de vacaciones, desembolsos que no tenía ni siquiera que justificar de manera alguna.

"Que el auxilio de habitación tenía igual destinación que los gastos de representación, es decir, facilitar el ejercicio de sus funciones como representante de la demandada, resulta realmente trónico, ya que de no haberlo recibido entonces no podía haber trabajado.

"La confesión requiere que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria, pero nunca como pretende valorarla el Ad Quem, es decir, favoreciendo a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia a través de lo que ella misma argumentó por intermedio de su representante legal...".

Añade, a continuación, a los testimonios de John Alberto Pardo, Jacobo Fernando Enrique, Pedro José Jurado, Martha Inés Villegas, Carlos Ri-

cardo Gutiérrez y Pedro Felipe Valencia, para decir que de su versión "no se puede concluir con exactitud cuál era la destinación dada a los gastos de representación" ya que "ninguno tiene conocimiento preciso de cómo se desarrollaba la relación de trabajo del demandante y cuáles sus condiciones generales y particulares de contratación..."; pero que "no alcanzan a desvirtuar el carácter de retributivo que tenían estos pagos, su carácter oneroso y habitual".

SE CONSIDERA

Teniendo en cuenta el resultado del segundo cargo, la finalidad del presente se reduce a que se tengan como factores de salario para efectos de la liquidación del contrato, las cantidades percibidas por el demandante por los conceptos de gastos de representación y de prima de vacaciones.

Dijo el Tribunal:

"En el caso bajo examen resulta suficientemente demostrado, en especial con lo confesado por el actor y lo relatado por los testigos que tanto los gastos de representación como el auxilio de vivienda se entregaba para desempeñar a cabalidad sus funciones como instrumento de trabajo y para mejorar el cumplimiento de su labor relacionada como se dijo con la comercialización del café por lo cual debía atender múltiples compromisos públicos.

"Luego, en estricto derecho tales conceptos no tienen connotación salarial por cuanto la empresa los puso a servicio del demandante para desarrollar mejor su labor, vale decir, como una especie de herramienta que se le suministró para que cumpliera el objeto del contrato. "

Como ya se advirtió por la Sala, al resolver el ataque anterior, el fallo impugnado nada dice respecto de la prima de vacaciones.

De lo expuesto se infiere que el éxito de este cargo dependía de que la prueba calificada señalada por la censura demostrara que las sumas que mensualmente recibía el demandante bajo la denominación de "gastos de representación", hubieran tenido en la realidad el propósito de camuflar una parte de la remuneración del trabajo; además, que con la misma prueba se hubiese establecido que el demandante recibió habitualmente prima de vacaciones así como el valor de la misma. Pero no fue así. Veamos:

En el ataque sólo se señalan como instructorios erróneamente valorados por el sentenciador, fuera de los testimonios que no constituyen prueba apta conforme al art. 7 de la Ley 16 de 1969, las confesiones tanto del representante legal de la Federación (fs 138 y ss) como del trabajador (fs 712 y ss). En cuanto a ésta última debe observarse que, como lo advierte el mismo recurrente con respecto a la confesión de la demandada, el art. 195 del CPC sólo le reconoce el carácter de confesión a la declaración de parte que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas.

dicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria; además, sus respuestas, en cuanto favorecen su propia causa no sirven de prueba sobre los hechos que fundan sus pretensiones.

Respecto del Interrogatorio absuelto por la parte demandada solo dijo la impugnación:

"... aunque si bien reconoce que se le entregaba la suma de \$1.580 dólares mensuales, teniendo como propósito el mejor desarrollo de las actividades del señor Osorio, lo cierto es que era un salario, el cual la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia quería disfrazar como gastos de representación, lo que como se ha dicho aún se reconocía en época de vacaciones, desembolsos que no tenía ni siquiera que justificar ...".

Pero no se refiere el ataque a prueba alguna relacionada con la prima de vacaciones, su carácter habitual y su cuantía, ni a los medios de convicción que evidencien el carácter retributivo del pago mensual que se hizo al trabajador bajo la denominación de "gastos de representación". El desarrollo del cargo se limita a una especie de alegato de instancia sin remisión concreta al material probatorio que le permita a la Sala establecer equivocación del fallador en la valoración del mismo porque de alguna prueba singularizada se deduzca ciertamente el yerro fáctico que la acusación le atribuye. No siendo, entonces, procedente el análisis de la prueba de testigos, la cual sólo le es dado a la Sala examinar cuando previamente aparece demostrado el error de hecho mediante prueba calificada. Pero es de observar que con respecto a los testimonios el mismo recurrente anotó:

"De la versión de los testigos no se puede concluir con exactitud cuál era la destinación dada a los gastos de representación...refieren a generalidades pero ninguno tiene conocimiento preciso de cómo se desarrollaba la relación de trabajo del demandante y cuáles sus condiciones generales y particulares de contratación..."

Debe la Sala advertir que, sobre los gastos de representación se tenía que demostrar por parte del trabajador su carácter salarial toda vez que en principio no es un factor de esa naturaleza, pero parece que el recurrente lo interpretó al contrario.

Ante la forma como se presenta la demostración del cargo, es conducente memorar la advertencia jurisprudencial de esta Sala en el sentido de que el recurso extraordinario de casación no es otra instancia y que no es suficiente para su sustentación presentar un simple alegato sino que deben llenarse los requisitos exigidos de manera expresa por el art 90 del CPL.

Debe concluirse, por lo anterior, que el cargo no prospera.

Cuarto Cargo

Por la vía indirecta acusa el fallo del Tribunal por aplicación indebida del artículo 135 del CST, "en relación con los arts. 1, 2, 3, 4, 13, 14, 16,

18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 47 (subrogado art. 5 DL 2351/65), 55, 64 num. 4 lts. a) y b) (subrogado art. 8 DL 2351/65), 65, 127, 128, 129, 130, 142, 149, 186, 189 (subrogado art. 14 DL 2351/65), 192 (modificado art. 8 D. 617/54), 249, 253 (modificado art. 17 DL 2351/65), 259, 260, 267 (subrogado art. 8 L. 171/61, posteriormente por el art. 37 L. 50/90 y actualmente por el art. 133 L. 100/93), 306 del C.S.T.; art. 1° Ley 52/75; art. 3° L. 48/68; arts. 51, 52, 55, 60, 61 y 145 del C.F. del T., como consecuencia de los errores evidentes y manifiestos de hecho, cometidos en la valoración de las pruebas que se reseñan".

Atribuye al fallo recurrido los siguiente errores de hecho:

"1. No dar por establecido, siendo evidente, que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia dispuso reconocerle al Dr. Jorge Hernán Osorio Isaza durante toda su permanencia en el exterior, como Jefe de esa entidad en Tokio, Japón, una tasa de cambio preferencial de pago de sus salarios y demás beneficios laborales, consistente en que por cada dólar asignado le pagaría y le pagó el equivalente a trescientos sesenta (360) yenes del Japón, por ser esta la moneda del lugar donde prestaba sus servicios.

"2. No dar por demostrado, estando, que los valores a cancelar por concepto de las prestaciones sociales finales, indemnizaciones y demás acreencias legales a que tiene derecho el Dr. Jorge Hernán Osorio Isaza a la terminación de su contrato de trabajo, deben serlo en yenes japoneses, conforme a la tasa preferencial indicada en el error anterior, porque era la moneda que efectivamente recibía, pues el dólar era valor de referencia".

Señala como pruebas erróneamente valoradas las siguientes:

"1. Contrato de trabajo suscrito entre las partes de folios 525 a 526 o 3 a 4 del anexo 3.

"2. Confesión rendida por el representante legal de la Federación Nacional de Cafeteros De Colombia a folios 138 y ss.

"3. Documentales aportadas en el transcurso de la diligencia de inspección judicial folios 651 y ss, 773 a 950.

"4. Prueba de testimonio del señor Gumercindo Salguero Jiménez de folio 683 a 685.

"5. Resoluciones No. 2 de 22 de mayo de 1975 y No. 2 de 3 de marzo de 1983 de folios 501 a 510 y 511 a 523, respectivamente".

DESARROLLO

Dice:

"Es perentorio el Art. 135 en consagrar que 'Cuando el salario se estipula en divisas extranjeras, el trabajador puede exigir el pago en su equivalente en moneda nacional colombiana al tipo de cambio oficial del día

en que deba efectuarse...'. Ninguna alusión hace la norma en comentario (sic) respecto a cual debe ser la moneda cuando de la liquidación de prestaciones se trata, lo que por analogía y lógica debe entenderse que lo es en la moneda que a su elección escoja igualmente el trabajador.

"Es un hecho que, de acuerdo con el último contrato de trabajo suscrito entre las partes para que el doctor Jorge Hernán Osorio Isaza prestara sus servicios en Tokio, Japón, se pactó como retribución de sus servicios una suma en dólares americanos, que para ese entonces era de US\$1.600.00 mensuales, 'que se pagará por quincenas vencidas o por el sistema que conforme a la ley pueda adoptar la Empresa'. (Se subraya).

"Conforme al aparte resaltado precedentemente no es cierto lo considerado por el Ad Quem que el salario convenido entre las partes lo haya sido única y exclusivamente en dólares americanos, sino que igualmente se estipuló que pudiera ser por un sistema que conforme a la ley adoptara la Empresa, que para el caso de autos se implementó, como así lo estableció en su momento la resolución No. 2 del 22 de mayo de 1975, 'Por la cual se actualizan las disposiciones administrativas relativas al personal de la Federación que labora en el exterior contratado bajo la Legislación Colombiana' (folios 501 a 510), reglamentación que le fue aplicada al doctor Jorge Hernán Osorio Isaza en sus primeros años de trabajo, la que fue posteriormente reemplazada por la resolución No. 2 del 3 de marzo de 1983 (folios 511 a 523).

"En el artículo vigésimo primero de esta última resolución expresamente se estableció que 'Conforme a lo acordado por el Comité Nacional en sesión de octubre 28 de 1971, para las oficinas de Europa y el Japón, se mantendrá, en las monedas del respectivo país, el tipo de cambio que existió en agosto de 1971, en relación al dólar de los Estados Unidos. - 'Este tipo de cambio se aplica al salario mensual, a los gastos de representación y a las primas semestrales de servicios, de conformidad con lo acordado por el Subcomité Ejecutivo en sesiones de octubre 24 y diciembre 5 de 1974. - 'Obviamente si el cambio vigente a la época de efectuarse el pago es más favorable que el de agosto 15 de 1971, pueden acogerse a aquel'.

"Es evidente... que si bien demandante y demandada en su contrato de trabajo inicialmente convinieron una remuneración en dólares americanos, no por ello es menos manifiesto que en ese mismo documento se había dejado abierta la posibilidad por parte de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia de adoptar otro sistema, como en efecto así se implementó a través de las resoluciones de marras, para pagar en una moneda distinta del dólar americano, que lo fue el yen japonés. Y es que no hay que llamarse a engaño por cuanto era precisamente esta última divisa la que recibía el doctor Jorge Hernán Osorio Isaza y con la cual debía atender a su sostenimiento, como se comprobará mas adelante.

"Con fundamento en la prueba de confesión que rindiera el representante legal de la demandada a folios 137, concretamente en la sexta pre-

gunta del interrogatorio de parte se le inquirió si era cierto o no que al demandante se le aplicaba una tasa de cambio preferencial consistente en que por cada dólar de los Estados Unidos de Norte América que percibía le entregaban 360 yenes japoneses, contestando ser cierto, y adicionando su respuesta en otros aspectos.

"Surge con meridiana claridad del análisis de las pruebas que hace el cargo, debido a su errada valoración, el primer error de hecho, ostensible y manifiesto, que se endilga al Ad Quem, como es el de no dar establecido, siendo evidente, que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia dispuso reconocerle al Dr. Jorge Hernán Osorio Isaza durante toda su permanencia en el exterior, como Jefe de esa entidad en Tokio, Japón, una tasa de cambio preferencial de pago de sus salarios y demás beneficios laborales, consistente en que por cada dólar percibido le pagaría el equivalente a trescientos sesenta (360) yenes del Japón, por ser esta la moneda del lugar donde prestó sus servicios y por la forma de regular el salario y de preservar el valor de los ingresos en suma convenida evitando así devaluaciones y revaluaciones.

"Ahora, podría caer la duda en cuanto a la moneda de pago utilizada para liquidar sus prestaciones sociales, legales como extralegales, más sin embargo esa incertidumbre queda despejada con los documentos que fueran allegados en el transcurso de la diligencia de Inspección Judicial de folios 651 a 686 y 773 a 940, en los que aparece debidamente discriminado, en primer término a qué corresponde cada pago (salarios, viáticos, gastos de representación, etc.) y en segundo lugar que los pagos efectuados al acaudante se hacían en yenes japoneses.

"De lo anterior también da cuenta el testimonio del señor Gumercindo Salguero Jiménez de folio 683 a 685, quien fuera la persona encargada de atender la diligencia de Inspección Judicial, que aún cuando no es prueba calificada en casación es atacable al servir de soporte al fallo recurrido, siempre y cuando, se haya hecho previamente la censura con las que si tienen ese carácter.

"Este testigo al responder a las preguntas que el juez del conocimiento le formuló sobre cómo se determinaba la moneda con que se realizaron los pagos en los listados de movimiento que se allegaron, manifestó que a pesar de que la asignación salarial fue en dólares, el pago físico se hizo en yenis (sic) en algunos comprobantes debido a que el desembolso se hacía a través de un banco en yenis (sic) utilizando para ello una tasa de cambio entre dólares y yenis (sic)".

Invoca los principios de inescindibilidad o conglobamento, de favorabilidad, y de primacía de la realidad, para apoyar su apreciación de que así como "la remuneración y demás beneficios laborales se pagaron realmente en una moneda distinta del dólar americano", en la misma moneda debe cubrirse la liquidación "de prestaciones sociales definitivas" porque "lo acordado y operado en la práctica" no fue en dólares sino en yenes.

Dice que los hechos demuestran "una realidad contraria a lo que decía el contrato de trabajo como así se acredita con la Resolución No. 2 del 22 de mayo de 1975 y 3 de marzo de 1983, como las documentales aportadas en el transcurso de la diligencia de inspección judicial o con lo confesado por el representante legal de la demandada..."; por ello que la conclusión no puede ser distinta. Cita el inciso 4° del artículo 17 de la Resolución No. 2 de 1983, el cual dispone: "Los pagos en el exterior se harán en la respectiva moneda, pero los pagos a los jubilados que por cualquier circunstancia regresen a Colombia y los que se efectúen en el país se hacen en pesos colombianos."

De ahí que resulte contraria a la ley, inconsecuente, la conclusión del fallador de segunda instancia en cuanto que no dio por demostrado, estando, que los valores a cancelar por concepto de las prestaciones sociales finales, indemnizaciones y demás acreencias legales a que tiene derecho el Dr. Jorge Hernán Osorio Isaza a la terminación de su contrato de trabajo, deben ser en yenes japoneses, conforme a la tasa preferencial indicada en el primer error de hecho. Esto es, 360 yenes por dólar.

"Acreditado como están los yerros fácticos que la censura le atribuye al Ad Quem, por la equivocada valoración de las pruebas analizadas en el cargo, esa II. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, deberá casar parcialmente la sentencia recurrida, para que hecho lo anterior y actuando como Tribunal de Instancia, revoque la absolución proferida en este sentido por el juzgado de conocimiento y en su lugar condenar a ...hacer la correspondiente liquidación de las acreencias laborales ...en yenes japoneses a una tasa de cambio de 360 por dólar percibido." (folios 23 a 28 del cuaderno de la Corte).

LA RÉPLICA

Observa que el Tribunal consideró en derecho que la liquidación debía hacerse en la moneda pactada en el contrato (dólares), lo cual constituye tema jurídico y no realidad fáctica por lo que el cargo debe desestimarse.

Que el art 135 del CST dispone el pago en divisas (dólares) cuando así se ha pactado, aunque autoriza también el pago equivalente en moneda nacional; y no contempla la posibilidad de una segunda divisa que tan sólo ha servido como moneda para pagar en el Japón la divisa pactada (dólares), "única que podía tenerse en cuenta para liquidar acreencias según la ley colombiana".

Invoca el mismo principio de inescindibilidad al que recurre la censura para advertir que "lo que pretende el cargo es precisamente que se escindan las normas aplicables para tener en cuenta, por un lado, la legislación colombiana que consagra los derechos reclamados, y acudir por otro lado a un mecanismo de cambio que tan solo tenía vigencia durante el desarrollo del contrato, en el Japón". (folios 49-50 del cuaderno de la Corte)

SE CONSIDERA

Debe la Sala observar que no le asiste razón a la oposición en su apreciación de que el cargo no podía orientarse por la vía indirecta, pues no se trata de atacar la tesis jurídica del fallo del *ad quem* sobre la divisa con la cual debe efectuarse el pago, sino que la finalidad del ataque tiende a que se establezca la obligación del empleador, en este caso, de efectuar el pago de las acreencias de la liquidación final del contrato en yenes, a la tasa de cambio prevista en las Resoluciones No. 2 del 22 de mayo de 1975 (fls 501 a 510) y No. 2 del 3 de marzo de 1983 (fls 511 a 523).

El argumento principal del recurrente consiste en que, tal y como puede verse a folios 551 a 686 y 773 a 940, mientras estuvo vigente la relación laboral en el exterior al actor se le pagó en yenes lo correspondiente a salarios, viáticos, gastos de representación etc..

Invoca para el efecto la cláusula segunda del contrato de trabajo (fl 3 del anexo 3) en la que se estipuló:

"SEGUNDA.- Como retribución por sus servicios, LA FEDERACION reconocerá al TRABAJADOR, exclusivamente en dinero, la cantidad de un mil seiscientos dólares (US\$ 1.600.00) mensuales, que pagará por quincenas vencidas o por el sistema que conforme a la ley pueda adoptar la Empresa...", subraya el recurrente, para mal interpretar su significado, pues aplica la última frase no a los periodos de pago, que es a lo que se refiere, sino a la divisa, expresando que lo subrayado permitía cambiar lo convenido de cubrir en dólares por el compromiso de cancelar en yenes, y que así ocurrió en efecto mediante las Resoluciones No. 2 del 22 de mayo de 1975 y No. 2 del 3 de marzo de 1983.

Pero pasa por alto la censura que la primera de las aludidas resoluciones (fls 501 a 510) ya estaba vigente en el momento de suscribirse el contrato de trabajo en referencia, y que la segunda de las mismas mantuvo las disposiciones pertinentes a la tasa de cambio en las que se apoya para su reclamo la impugnación. Es evidente por tanto que, no obstante lo previsto en la Resolución del 22 de mayo de 1975 (fls 511 a 523), las partes estipularon en dólares el pago de la asignación.

La Resolución No. 2 de 1975 establecía en el art 5° literal d) que la liquidación definitiva de un contrato cuyos servicios se habían prestado en el exterior se harían en la moneda "en que tenga asignado el salario, si el pago se efectúa en el exterior". (subraya la Sala). En el art 20 de la misma se disponía:

"...Tipo de cambio: El Comité Nacional en sesión de octubre 28 de 1971 acordó, para las oficinas de Europa y Japón, mantenerles en la moneda del respectivo país el tipo de cambio que existió en agosto 15 de 1971, en relación con el dólar de los Estados Unidos.

"Este tipo de cambio se aplica al salario mensual, a los gastos de representación y a las primas semestrales de servicios, de conformidad con lo acordado por el Subcomité Ejecutivo en sesiones de octubre 24 y diciembre 5 de 1974 (resalta la Sala).

"Obviamente si el cambio vigente a la época de efectuarse el pago es más favorable, que el de agosto 15 de 1971, puede acogerse a aquel".

La Resolución No. 2 del 3 de marzo de 1983, reproduce las disposiciones que se acaban de aludir, la primera en el artículo 6° literal d) y la segunda en el artículo vigésimo primero (¶ 522). El vigésimo cuarto dice:

"Los vacíos que puedan presentarse en el área del derecho individual, se solucionarán a la luz de las normas que sobre la materia consigna la legislación sustantiva laboral colombiana" (¶ 523).

El representante legal de la FEDERACION al responder a la pregunta sexta del interrogatorio de parte admitió que al demandante "se le aplicaba una tasa de cambio preferencial consistente en que por cada dólar de los Estados Unidos de Norte América que recibía se le entregaban \$360 yenes japoneses", y agrega que "el señalado cambio especial para Europa y el Japón fue dispuesto en una oportunidad de dificultad y oscilaciones fuertes en el cambio", que "se aplicó exclusivamente a unos pocos ítems", que en todo caso el salario del demandante fue pactado contractualmente en dólares y que "su última remuneración laboral fue de US \$2.200".

Del análisis precedente sobre los medios de convicción aducidos por el recurrente no se infiere error de apreciación por parte del sentenciador al considerar que la divisa acordada por las partes lo fue el dólar y que era ésta la indicada para la liquidación final del actor; debiéndose observar que las pruebas citadas por la censura demuestran que, aun durante la vigencia del contrato, todas las liquidaciones se efectuaron en dólares conforme a lo convenido y luego se les aplicaba el cambio a yenes con la tasa preferencial que correspondía conforme a la decisión del Comité Nacional del 28 de octubre de 1971, cambio que sólo era exigible para salarios, gastos de representación y primas semestrales.

Entonces no le asiste razón al recurrente en su pretensión de que el producto de la liquidación final que comprende cesantías, intereses, indemnización por despido y pensión sanción, se le convierta en yenes al tipo de cambio previsto en disposiciones administrativas que rigen al interior de la FEDERACION con restricción a otros conceptos diferentes.

En consecuencia el cargo no prospera.

Quinto Cargo

Por la vía indirecta acusa el fallo recurrido por aplicación indebida del artículo 65 del CST, "en relación con los arts. 1, 2, 3, 4, 13, 14, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 47 (subrogado art. 3 DL 2351/65), 55, 64 num. 4

lits. a) y b) (subrogado art. 8 DL 2351/65), 127, 128, 129, 130, 135, 142, 149, 186, 189 (subrogado art. 14 DL 2351/65), 192 (modificado art. 8 D. 617/54), 249, 253 (modificado art. 17 DL 2351/65), 259, 260, 267 (subrogado art. 8 L. 171/61, posteriormente por el art. 37 L. 50/90 y actualmente por el art. 133 L. 100/93), 306 del C.S.T.; art. 1° Ley 52/75; art. 3° L. 48/68; arts. 51, 52, 55, 60, 61 y 145 del C.P. del T., como consecuencia de los errores evidentes y manifiestos de hecho, cometidos en la valoración de algunas pruebas y la falta de apreciación de otras que se reseñan".

Atribuye al fallo recurrido los siguientes errores de hecho:

"1. Dar por demostrado, sin estarlo, que por la circunstancia de haber suscrito el actor un nuevo contrato de trabajo al momento de su desplazamiento al exterior, constituyó de hecho un factor determinante de exoneración de la indemnización moratoria, ante la ausencia de mala fe del empleador, máxime cuando las partes habían actuado de común acuerdo y el doctor Jorge Hernán Osorio Isaza no elevó reclamación alguna ante la liquidación de prestaciones sociales de su primer contrato de trabajo, por confesión que hiciera éste último.

"2. Dar por establecido, no siendo cierto, que al haberse cuestionado por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia la totalidad del tiempo de servicio prestado por el doctor Jorge Hernán Osorio Isaza, con elementos de juicio idóneos, como la confesión de éste y la prueba testimonial, vale decir, a través de aseveraciones serias, la demandada acreditó la aceptación del demandante de sus nuevas condiciones de trabajo para prestar su servicio en el exterior.

"3. Dar por probado, no estando, que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia obró de buena fe al no pagar oportunamente los salarios, prestaciones sociales y demás beneficios causados a favor del doctor Jorge Hernán Osorio Isaza, a la terminación de la relación laboral."

Señala como pruebas erróneamente valoradas las siguientes:

"1. Contrato de trabajo suscrito entre las partes de folios 525 a 526 o 3 a 4 del anexo 3.

"2. Confesión rendida por el doctor Jorge Hernán Osorio Isaza a folios 718 y ss.

"3. Documentales aportadas en el transcurso de la diligencia de inspección judicial folios 528, 530 a 536, 538, 651 y ss, 773 a 950.

"4. Resoluciones No. 2 de 22 de mayo de 1975 y No. 2 de 3 de marzo de 1983 de folios 501 a 510 y 511 a 523, respectivamente.

"5. Prueba testimonial de los señores John Alberto Pardo Silva folios 481 a 486; Jacobo Fernando Enrique Casij Galindo folios 486 a 488; Pedro José Jurado Suárez folios 547 a 549; Martha Ines Villegas de

Carvajalino folios 551 a 557; Carlos Ricardo Gutiérrez Correa folios 728 a 733 y Pedro Felipe Valencia López folios 757 a 762.

"6. Documentales de folios 20 a 24 del anexo 3.

"7. Carta mediante la cual se dio por terminado el contrato de trabajo del actor suscrita el 9 de agosto de 1977, obrante a folio 58 o 498 del cuaderno principal como también a folio 11 del anexo 3".

DESARROLLO

Considera que por no haberse tenido por parte de la Federación que existió un sólo contrato de trabajo del 28 de febrero de 1972 al 29 de septiembre de 1987, incurrió en mala fe que ha debido acarrearle la sanción moratoria, toda vez que conforme a la Resolución No. 2 del 22 de mayo de 1975 lo que sucedió fue un mero traslado del demandante en el mes de agosto de 1977 para continuar el desarrollo del mismo contrato en la ciudad de Tokio; por lo que "no es de recibo la argumentación del *ad quem* en cuanto que la suscripción de un nuevo contrato de trabajo al momento de su desplazamiento al exterior, constituye de hecho un factor determinante de exoneración de la indemnización moratoria, ante la ausencia de mala fe".

Además, que no era posible la duda en cuanto al régimen jurídico aplicable si la Resolución No. 2 del 3 de marzo de 1983 (fs 511 a 523) indica el sometimiento a la ley colombiana, "la cual no contempla como causal o modo de terminación el suscribir sucesivos y continuos contratos de trabajo o el de prestar sus servicios en un lugar diferente... Por el contrario, por vía de jurisprudencia se ha sostenido que 'no se puede hablar de dos contratos de trabajo mientras no haya diferencias sustanciales en el objeto del mismo contrato o mientras no se haya terminado una relación laboral y se haya iniciado otra...', así como tampoco implica la ruptura de la relación el desplazamiento geográfico en la prestación del servicio...".

Se remite a lo previsto en el fallo sobre la inexistencia de pruebas que acrediten que el demandante hubiera estado sometido a las leyes japonesas, para argüir que esa situación le convertiría "en un apátrida o huérfano en cuanto a la legislación laboral que debían aplicarle, ya que, si de acuerdo con la tesis de la demandada no estaba sujeto a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y tampoco lo estaba para la de sus similares en el Japón, entonces a qué régimen debía recurrir? Es un planteamiento falso e inocuo; de mala fe...".

Considera equivocada la apreciación del Tribunal al deducir la buena fe de la demandada de hechos como haberse firmado un nuevo contrato de trabajo al momento del desplazamiento del actor para el exterior, no haberse objetado la liquidación que se practicó en tal oportunidad, y éste

haber aceptado las nuevas condiciones de trabajo, "cuando lo único claro y contundente es que el doctor Jorge Hernan Osorio Isaza desde que firmó su inicial contrato de trabajo hasta la terminación del mismo siempre estuvo al servicio de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, recibió órdenes de ella en todo momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, situación que mantuvo a lo largo de toda su relación".

Se refiere a la documental de folios 965 o 973 para enfatizar en que el actor siempre estuvo sujeto a la Gerencia General de la Federación, pero tal medio de prueba no aparece relacionado ni como dejado de valorar ni como indebidamente apreciado por el fallador.

Acto seguido analiza el interrogatorio absuelto por el demandante (a folios 712 y ss) para afirmar que del mismo "no se desprende ningún elemento que a la postre pudiera redundar en beneficio de la demandada, toda vez que "no existe de las 19 preguntas...una sola respuesta que permita llegar a la conclusión que la demandada actuó de buena fe o que tal determinación fue avalada por el actor sobre la forma como se liquidaron sus prestaciones sociales y demás beneficios a la cancelación de su contrato de trabajo".

Repara además en que la liquidación definitiva se practicó con 39 días de retardo fuera de que se hizo en moneda de menor poder adquisitivo "de la que de ordinario recibió durante más de 10 años de servicio..."

Dicho lo anterior, entra a analizar los testimonios para aducir que aun cuando fundaron la tesis del *ad quem* sobre la buena fe de la demandada "ninguno tiene la certeza de conocer cómo fueron en verdad las condiciones que motivaron al actor para prestar sus servicios en la ciudad de Tokio, cómo se sucedieron éstos durante más de diez años que siguieron a sus labores en Colombia, cuáles eran sus beneficios o prerrogativas, si se le pagaba o no en una moneda distinta del dólar americano etc."

Y critica, a continuación, la absolución contenida en el provido impugnado, de pagar "salarios y gastos de representación adeudados al demandante durante el período comprendido entre el 15 y el 29 de septiembre de 1987...con fundamento en que el demandante se encontraba para esa época disfrutando de vacaciones"; pero que de los documentos de folios 20 a 24 del anexo 3 no se desprende que el actor hubiese estado en vacaciones, sino pendiente de si debía trasladarse o no para Bogotá; y que "no hay un sólo comprobante de egreso de los múltiples allegados al proceso en el transcurso de la diligencia de inspección judicial que demuestre el pago de la última quincena de trabajo. (folios 28 a 35 del cuaderno de la Corte).

LA RÉPLICA

Observa que la censura no logra configurar ningún error del Tribunal en los planteamientos que fundan la absolución por concepto de sanción moratoria, porque en realidad que en agosto de 1977 se pactó libremente

entre las partes un contrato sui generis que implicaba un cambio total, profundo y sustancial en la relación laboral que mantenían en Colombia las partes desde febrero de 1972. Considera evidente que la Federación actuó de buena fe al liquidar en forma definitiva el contrato que existía antes del desplazamiento del actor para trabajar en el exterior. (fs 51 a 54 del cuaderno de la Corte).

SE CONSIDERA

Se centra este ataque en la finalidad de que se anule la decisión absolutoria del fallo gravado respecto de la sanción moratoria perseguida por la parte actora; a ello se circunscriben los dislates que endilga a la sentencia de segundo grado sin que aparezca ninguno de ellos relacionado con la absolución de pagar la última quincena del mes de septiembre de 1987, de tal suerte que en el examen del cargo deben descartarse los reparos que a última hora y apoyado en las documentales de folios 20 a 24 del anexo 3, formula el recurrente echando de menos el "pago de la última quincena de trabajo..." y negando el disfrute de vacaciones por la misma época, en abierta oposición a lo que anota el propio demandante a folio 20.

Se refiere principalmente esta acusación a la mora en el pago de cesantías que podría predicarse en caso de que hubiera persistido el fallo del Tribunal en cuanto condenó al reajuste de la prestación bajo el presupuesto de que existió entre las partes un solo contrato de trabajo desde el 28 de febrero de 1972 al 28 de septiembre de 1987. Pero como el recurso extraordinario dio al traste con la unidad contractual y sus consecuencias, no son de recibo los planteamientos tendientes a demostrar mala fe de la empleadora por no haber pagado el reajuste así originado.

También se refiere el ataque a la demora por parte de la Federación para cubrir el pago de la liquidación definitiva, por más de 39 días a juicio de la censura; a ello circunscribe en el desarrollo del cargo el tercero de los yerros fácticos indicados en el correspondiente capítulo, pero no singulariza prueba alguna para demostrarlo, como tenía que hacerlo de acuerdo con el literal b) del numeral 5 del artículo 90 del CPL.

En consecuencia, el cargo no prospera.

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

La existencia de dos contratos de trabajo, iniciándose el último de ellos el 13 de agosto de 1977, deja sin base los reajustes de cesantía y de intereses dispuestos en el proveído gravado y obliga la rectificación de la cuantía correspondiente a la indemnización por despido.

De otro lado la casación del fallo en cuanto no tuvo en cuenta el auxilio de vivienda como factor de salario, implica también la reliquidación de la indemnización por despido y, a su vez, la de la pensión sanción. Es de observar que en las peticiones de la demanda no aparece concretamente el reajuste de prestaciones sociales con base en el auxilio de vivienda.

Teniendo en cuenta lo anotado la indemnización por despido ascendente a US \$23.380.50 dólares, más \$4'251.000 yenes.

A la cuantía inicial de la pensión restringida debe agregársele la suma de \$221.160 yenes mensuales que, para efecto de establecer la cantidad pertinente a la primera mesada y valorar los reajustes de ley, deberán convertirse a pesos colombianos como fue ordenado en el fallo impugnado respecto de la parte de la misma mesada calculada en dólares.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia impugnada, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá el 27 de febrero de 1998, en el juicio ordinario de Jorge Hernán Osorio contra la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en cuanto, ordenó reajuste de cesantías e intereses y porque estableció la cuantía de la indemnización por despido en US\$44.225,95; igualmente en cuanto denegó el carácter de salario al auxilio de vivienda que mensualmente se le pagó al demandante. NO LA CASA EN LO DEMAS. En sede de instancia, calcula el valor de la indemnización por despido en US \$23.380.50 dólares, más \$4'251.000 yenes; y dispone que a la cuantía inicial de la pensión restringida se le agregue la suma de \$221.160,00 yenes mensuales que, para efecto de establecer la cantidad pertinente a la primera mesada y valorar los reajustes de ley, deberán convertirse a pesos colombianos como fue ordenado en el fallo impugnado respecto de la parte de la misma mesada calculada en dólares.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiase, notifíquese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Gonzalo Toro Correa, Francisco Escobar Henríquez, (Salvamento de Voto); José Roberto Herrera Vergara, Carlos Isaac Náder, Rafael Méndez Arango, (Salvamento de Voto); Fernando Vásquez Botero.

Laura Margarita Manóius González, Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO

LEY LABORAL

Aplicación territorial

CONTRATO DE TRABAJO

Efectos

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral. Santa Fe de Bogotá, D.C., noviembre cinco (5) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Expediente No. 11243

Me permito salvar el voto toda vez que no comparto la decisión de la mayoría que considera aplicable al caso la ley colombiana, puesto que mi criterio es que de acuerdo a lo dispuesto en el art. 2° del C. P. del T, las relaciones desarrolladas fuera del territorio nacional no se rigen por la legislación nacional y por tanto no resulta válida una estipulación de las partes para someterse a su imperio.

Es así, puesto que el claro mandato del mencionado art. 2° lleva a la inaplicación de la ley colombiana cuando, como en este caso, la empresa o establecimiento funciona en el exterior y allí se ejecuta la labor por parte del trabajador. En consecuencia la voluntad de los contratantes no puede contrariar esa disposición legal que tiene el carácter de obligatoria por ser de orden público y de ahí que resulte claro el límite que en tal sentido se impone a la autonomía de las partes.

Respecto al tema de la aplicación territorial de la ley esta Sala tuvo oportunidad de pronunciarse en la sentencia de radicación 10461 del 22 de abril de 1998, citada por el apoderado de la entidad demandada en su demanda de casación, en la cual se expuso:

"...Según la letra del artículo 2 del Código Sustantivo del Trabajo, este estatuto '...rige en todo el territorio de la República para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad' de manera que es dable entender que regula las relaciones de trabajo que se ejecuten en Colombia así como las que se den entre trabajadores y empleadores que habiten el territorio nacional y, en sentido contrario, excluye de su régimen los vínculos laborales cumplidos en el extranjero y que se presentan entre personas, colombianas o extranjeras, que no habiten en la República de Colombia.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Sala ha reconocido que el artículo 2 C.S.T. contiene la teoría del *la lex loci solutionis*, pues se reitera que si, según su texto, el Código '...rige en todo el territorio nacional...', resulta diáfano que ha de aplicarse a las pertinentes relaciones laborales cumplidas en Colombia. Sin embargo, la recepción de esa teoría como derivada del tan citado precepto, no puede ser llevada al extremo de entender que la respectiva relación de trabajo queda automáticamente excluida de la regulación de la ley laboral colombiana, en lo que hace a los servicios prestados en el exterior, en el evento de que el empleado se vea obligado a abandonar accidentalmente el país por razones del servicio prometido y durante periodos más o menos largos y frecuentes, sin que deje de ser habitante del territorio nacional, ni se altere el lugar donde se cumple la actividad patronal que requiere del servicio del trabajador.

En efecto, no debe perderse de vista que la disposición extiende el imperio de la ley laboral colombiana a todos los habitantes del territorio nacional y el concepto de habitante alude a la persona que vive o fija su morada y residencia en un determinado lugar, y en lo que toca con el empleador tiene que ver con la sede de la respectiva unidad de explotación económica, empresa, establecimiento, actividad o negocio a la que el operario presta su fuerza de trabajo, de ahí que aquella ley no deje de aplicarse por la circunstancia de que este deba aducir en desarrollo del contrato de trabajo labores más o menos extensas en el extranjero, pues ello no implica necesariamente que vaya a establecerse en el país donde le corresponde cumplir su misión transitoria o, en otros términos, que deba cambiar de residencia ni tampoco la sede territorial del negocio o empresa en que su trabajo se halla involucrado.

Mas desde luego, si la labor del trabajador es requerida para una actividad, negocio, establecimiento o empresa que se desenvuelve fuera del territorio nacional y adicionalmente se ve comprometido a fijar su habitación en el mismo lugar, se hace inaplicable sin la menor duda la ley laboral colombiana.

Importa también aclarar que en principio la voluntad de las partes no determina por sí sola la norma aplicable, pues se trata de un problema de soberanía definido en la propia ley, de forma que los contratantes carecen de la potestad de convenir que quedan cobijados o excluidos del estatuto laboral colombiano pues éste se debe aplicar si se dan los supuestos legales de su aplicación o inaplicarse en el evento contrario. Sin embargo, así mismo es pertinente reconocer que la expresión de los sujetos contractuales puede resultar decisiva en la dilucidación de los casos dudosos, verbigracia para la hipótesis de que no quede clara la verdadera morada del trabajador o la sede de la actividad empresarial en la cual este debe aportar su fuerza de trabajo o cualquier otra circunstancia de hecho definitiva de la ley aplicable...'

En consecuencia, el recurso propuesto por la parte accionada debió prosperar en tanto sostuvo la inaplicabilidad de la ley colombiana para

relaciones desarrolladas con el carácter de permanentes en el exterior; como así no lo concluyó la mayoría de la Sala, dejó salvado el voto.

Franciso Escobar Henríquez.

SALVAMENTO DE VOTO
TERRITORIALIDAD DE LA LEY
Aplicación laboral

CONTRATO DE TRABAJO
Ejecución de buena fe

SISTEMA GENERAL DE PENSIONES
Aplicación a todos los habitantes del territorio Nacional

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral.

Radicación No. 11243

Conforme lo manifesté al discutirse el asunto resuelto en el fallo del que me aparto, estimo que la mayoría ha desconocido el claro mandato del artículo 2º del Código Sustantivo del Trabajo, el cual paladinamente dispone que "rige en todo el territorio de la República para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad", pues en este caso a un contrato ejecutado en su integridad en el extranjero se le aplicó extraterritorialmente la ley laboral colombiana.

No está demás recordar que la territorialidad de la ley la consagra el artículo 4º de la Constitución Política al establecer que "es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades", fórmula utilizada en 1991 que repite lo que estatuyó el artículo 10 de la Constitución de 1886, cuyo texto era el siguiente: "Es deber de todos los nacionales y extranjeros en Colombia vivir sometidos a la Constitución y a las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades". Como se ve, con una variación de la redacción que no afecta ni la esencia ni el sentido del precepto constitucional, el ordenamiento jurídico ha consagrado secularmente la territorialidad de la ley colombiana.

La territorialidad de la ley establecida explícitamente en el artículo 2º del Código Sustantivo del Trabajo tiene como consecuencia que el contrato se rija por la ley del lugar de su cumplimiento, fórmula adoptada por el legislador colombiano que se condensa en la expresión latina "*lex loci solutionis*".

No desconozco que hay doctrinantes que critican la fórmula, y que aún en el seno de la misma Corte algunos magistrados han hecho reparos respecto de la solución legislativa al arduo conflicto de la aplicación de las leyes en el espacio. También acepto que podría haberse optado por acoger el principio diferente que se enuncia con el aforismo "lex loci contractus"; sin embargo, es lo cierto que el texto legal existe, y ello es suficiente para que los jueces lo acaten y sometiendo a la ley lo hagan cumplir, y de manera especial la Corte Suprema de Justicia, cuya función constitucional es mantener el "imperio de la ley".

Aun cuando obviamente entiendo que los criterios jurisprudenciales varían según la integración de los organismos encargados de fijarlos y que la aplicación de las leyes está sujeta a vaivenes que resultan de su interpretación, considero que no es impertinente recordar que, salvo ahora y algunas decisiones de la extinguida sección primera, la jurisprudencia nacional siempre mantuvo la aplicación territorial de la ley laboral colombiana; y como ejemplo de ello puedo citar la sentencia del Tribunal Supremo del Trabajo de 19 de diciembre de 1952 (Gaceta del Trabajo, Tomo IX, págs. 548 a 558), fallo en el que refiriéndose dicha corporación al artículo 20 del Código Civil, que era el aducido por el recurrente para sostener que los efectos de su contrato de trabajo se regían por la ley colombiana, asentó que los servicios prestados en el exterior en virtud de un contrato celebrado asimismo en el extranjero estaban sometidos a la legislación foránea. Este fue el primer fallo que sobre este punto de derecho se dictó por un organismo encargado de fijar la jurisprudencia laboral en Colombia.

En igual sentido concluyó la Sala de Casación Laboral en sentencia de 9 de abril de 1959 (Gaceta Judicial, Tomo XC págs. 411 a 424), de la que juzgo pertinente reproducir aquí los siguientes apartes:

"Haciendo abstracción, por no venir al caso, de las múltiples corrientes de opinión doctrinaria en torno al tratamiento que deba dársele al fenómeno del conflicto de leyes, dos tendencias principales se han disputado la primacía en el derecho internacional privado para la solución jurídica de casos como el de autos: la que sustenta la territorialidad de la ley y la que aboga por la aplicación de los estatutos. Propugna aquélla por la validez exclusiva de las leyes del Estado sobre el ámbito territorial del mismo, sin atender a la condición de nacional extranjero de la persona, y proclama la segunda que las leyes, descompuestas en estatutos de carácter personal y estatutos de carácter real (aquellos relativos al régimen de las personas y éstos al de las cosas), tienen alcance diverso en el evento de la colisión de normas: los primeros tienen fuerza extraterritorial, se aplican aún a los nacionales que se encuentren en el extranjero; los segundos son estrictamente territoriales.

"Sin entrar a calificar el valor científico de tales puntos de vista, aunque advirtiendo que los estudiosos de esta ardua rama del derecho formulan críticas severas a una y otra posición y avanzan en la búsqueda

de nuevas soluciones, es menester reconocer que la legislación colombiana es de un marcado carácter territorialista. Anclada en tal postura (que no por parecer a muchos desueta puede determinar en el aplicador su desobediencia), la vigencia territorial casi absoluta de la ley está consagrada por el artículo 10 de la Carta, por el 18 del Código Civil y más concretamente por los artículos 59 de la Ley 149 de 1888 y 57 de la Ley 4a. de 1913. Estas dos últimas disposiciones, que son reformativas de la anterior, se concretan en un texto de idéntico tenor literal que a la letra dice:

"Artículo 59 de la Ley 149 de 1888 (57 de la Ley 4a. de 1913): 'Las leyes obligan a todos los habitantes del país, inclusive los extranjeros, sean domiciliados o transeúntes, salvo, respecto de éstos, los derechos concedidos por los tratados públicos'.

"El principio territorial es igualmente consagrado por el artículo 2º del Código Sustantivo del Trabajo que reza:

"Artículo 2º el presente código rige en todo el territorio de la República para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad" (pág. 418).

De idéntica manera resolvió la Corte en sentencia de 23 de julio de 1974 (Gaceta Judicial, Tomo CXLVIII, págs. 510 a 520), en la que al decidir un recurso de casación en el que se planteaba la tesis ahora acogida por la mayoría, explicó que "sujetar al extranjero en Colombia, en todo caso, a la ley local y en cambio exigir que el colombiano en el extranjero no se rija por la ley local es perfectamente ilógico. Este sistema atenta contra un derecho esencial de las naciones, como es el de la igualdad jurídica" (pág. 519).

La misma orientación jurisprudencial inspira la sentencia de la extinguida sección segunda de la Sala de Casación Laboral de 29 de julio de 1982 (Gaceta Judicial, Tomo CLXIX, págs. 722 a 737), oportunidad en la que el litigante recurrente pretendía que se tomara en cuenta el tiempo trabajado en otro país, en ese caso Panamá, pretensión que no fue acogida, pues, por el contrario, se dijo en tal fallo lo que a continuación copio:

"...En el caso concreto de autos, ante la innegable realidad de dos relaciones contractuales laborales, surgidas entre las mismas partes una en Colombia y otra en Panamá, no era posible para el fallador de segunda instancia aplicar las disposiciones sustanciales que el casacionista invoca como violadas, sino al contrato celebrado en Colombia y la liquidación de los derechos que le fueron reconocidos al demandante conforme al último salario que el actor del juicio percibió en este país. No podía tampoco el Tribunal tener en cuenta el tiempo servido por el señor Pérez en Panamá, ni la remuneración recibida en dólares americanos por éste durante la vigencia de su contrato celebrado en la vecina república, porque cada contrato tenía que estar sometido al régimen jurídico del respectivo Estado en donde tal vinculación contractual tuvo su origen y desempeño.

El *ad quem* no podía trasladar la aplicación de las leyes consagradoras de los derechos del actor de la demanda, nacidos bajo el régimen jurídico de aquel país [...] así como tampoco los preceptos que consagran los derechos que le fueron reconocidos en Colombia, derivados del contrato que tuvo su desarrollo en este Estado, pueden tener aplicación fuera de los lindes patrios, ya que cada país tiene su propia legislación, respetable íntegramente dentro de la igualdad jurídica de las naciones..." (pág. 736).

Sé que la anterior sentencia corresponde a una sola sección, y ya manifesté al comienzo que la antigua sección primera llegó a decir que el artículo 2º del Código Sustantivo del Trabajo "permite aplicar la ley laboral colombiana a quienes siendo habitantes del territorio nacional celebran un contrato de trabajo para ejecutarlo en el extranjero" (Gaceta Judicial, Tomo CCII, pág. 831), aun cuando la verdad no dio una razón para explicar el fundamento de tan categórico aserto, diferente del de que las partes habían expresado "su voluntad de someterse a dicha ley"; pero ocurre que cuando dejaron de funcionar las secciones, la Sala de Casación Laboral asentó de manera categórica en la sentencia de 15 de abril de 1997 (Rad. 9003) que "la Corte ha sostenido reiteradamente, tal como lo afirma la censura, la tesis de la territorialidad absoluta conforme al principio denominado *lex loci solutionis*. Conforme a éste, la ley aplicable es la del territorio donde se ejecute el contrato de trabajo".

En esa ocasión únicamente yo salvé el voto, y lo hice precisamente porque si bien se reiteraba el criterio tradicional sobre la aplicación territorial de la ley colombiana por virtud de lo dispuesto en el artículo 2º del Código Sustantivo del Trabajo, contradiciendo la tesis jurídica y el precepto legal, se sumaban al tiempo laborado en Colombia por un trabajador los servicios que había prestado en el territorio de Venezuela. Como lo dije en esa ocasión, la mayoría no fue coherente entre el supuesto del cual partió y la conclusión a la que llegó para resolver el litigio.

Con posterioridad, y ya sin ningún salvamento de voto, por dos veces diferentes en 1998 la Sala de Casación Laboral se pronunció sobre el tema de la territorialidad de la ley colombiana, explicando el 22 de abril de ese año lo siguiente:

"Debe observarse en primer término que la interpretación que efectúa el Tribunal del artículo 2 del C.S.T. se redujo a advertir que este precepto reconoce la teoría de la *lex loci solutionis*, esto es la que entiende que los efectos del contrato de trabajo deben regirse por la ley del lugar de ejecución del mismo, pero en la sentencia no aparece que el *ad quem* haya otorgado a esta teoría las consecuencias que le atribuye la recurrente bajo el calificativo de absurdas.

"Además tampoco es dable colegir dichas consecuencias de la forma como en últimas se decidió el asunto de los autos, dado que en éste obran circunstancias particulares, reconocidas en la providencia gravada, que impiden concluir que las labores cumplidas por el demandante fuera del país hayan obedecido a razones puramente accidentales, emanadas de la

potestad subordinante y provenientes del interés exclusivo de la empleadora, como parece entenderlo la recurrente, sino que, antes por el contrario, se generaron en virtud del convenio formal de las partes, quienes previamente habían puesto fin, mediante conciliación judicial, a los nexos laborales que venían desarrollando.

"Todas esas circunstancias particulares declaradas en el fallo, pero ignoradas por la recurrente al plantear los ataques, impiden la prosperidad de éstos, en tanto si se acusa la transgresión directa de la ley deben aceptarse todos los supuestos de hecho que encontró el fallador como fundamentales.

"Con todo interesa observar que según la letra del artículo 2 del Código Sustantivo del Trabajo, este estatuto '...rige en todo el territorio de la República para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad' de manera que es dable entender que regula las relaciones de trabajo que se ejecuten en Colombia así como las que se den entre trabajadores y empleadores que habiten el territorio nacional y, en sentido contrario, excluye de su régimen los vínculos laborales cumplidos en el extranjero y que se presenten entre personas, colombianos o extranjeros, que no habiten en la República de Colombia.

"Ahora bien, la jurisprudencia de la Sala ha reconocido que el artículo 2 C.S.T. contiene la teoría del *la lex loci solutionis*, pues se reitera que si, según su texto, el Código '...rige en todo el territorio nacional...', resulta diáfano que ha de aplicarse a las pertinentes relaciones laborales cumplidas en Colombia. Sin embargo, la recepción de esa teoría como derivada del tan citado precepto, no puede ser llevada al extremo de entender que la respectiva relación de trabajo queda automáticamente excluida de la regulación de la ley laboral colombiana, en lo que hace a los servicios prestados en el exterior, en el evento de que el empleado se vea obligado a abandonar accidentalmente el país por razones del servicio prometido y durante periodos más o menos largos y frecuentes, sin que deje de ser habitante del territorio nacional, ni se altere el lugar donde se cumple la actividad patronal que requiere el servicio del trabajador.

"En efecto, no debe perderse de vista que la disposición extiende el imperio de la ley laboral colombiana a todos los habitantes del territorio nacional y el concepto de habitante alude a la persona que vive o fija su morada y residencia en un determinado lugar, y en lo que toca con el empleador tiene que ver con la sede de la respectiva unidad de explotación económica, empresa, establecimiento, actividad o negocio a la que el operario presta su fuerza de trabajo, de ahí que aquella ley no deje de aplicarse por la circunstancia de que éste deba adelantar en desarrollo del contrato de trabajo labores más o menos extensas en el extranjero, pues ello no implica necesariamente que vaya a establecerse en el país donde le corresponde cumplir su misión transitoria o, en otros términos, que deba cambiar de residencia ni tampoco la sede territorial del negocio o empresa en que su trabajo se halla involucrado.

"Mas desde luego, si la labor del trabajador es requerida para una actividad, negocio, establecimiento o empresa que se desenvuelve fuera del territorio nacional y adicionalmente se ve comprometido a fijar su habitación en el mismo lugar, se hace inaplicable sin la menor duda la ley laboral colombiana.

"Importa también aclarar que en principio la voluntad de las partes no determina por sí sola la norma aplicable, pues se trata de un problema de soberanía definido en la propia ley, de forma que los contratantes carecen de la potestad de convenir que quedan cobijados o excluidos del estatuto laboral colombiano, pues éste se debe aplicar si se dan los supuestos legales de su aplicación o inaplicarse en el evento contrario. Sin embargo, así mismo es pertinente reconocer que la expresión de los sujetos contractuales puede resultar decisiva en la dilucidación de los casos dudosos, verbigracia para la hipótesis de que no quede clara la verdadera morada del trabajador o la sede de la actividad empresarial en la cual este debe aportar su fuerza de trabajo o cualquier otra circunstancia de hecho definitiva de la ley aplicable".

El 28 de mayo reiteró la Sala el punto de derecho, anotando al respecto lo que a continuación copio:

"...es pertinente señalar que esta Sala en decisiones recientes ha ratificado la aplicación de la ley colombiana a los contratos ejecutados en el país, lo cual no sólo corresponde a lo expresado en el artículo 2º del Código Sustantivo del Trabajo, sino que obedece a un principio de orden y respeto entre las legislaciones de los distintos países que rige con la posibilidad de aplicación de diferentes legislaciones dentro del ámbito territorial de una república (subrayo para destacar).

"En la sentencia de Abril 15 de 1997, radicación 9003, como postulado general, se señaló por esta Corporación que 'La Corte ha sostenido reiteradamente, tal como lo afirma la censura, la tesis de la territorialidad absoluta conforme al principio denominado *lex loci solutionis*. Conforme a éste, la ley aplicable es la del territorio en donde se ejecuta el contrato', y posteriormente en la sentencia de abril 22 de 1998, radicación 10461, reiteró lo siguiente:

"Con todo interesa observar que según la letra del artículo 2 del Código Sustantivo del Trabajo, este estatuto '...rige en todo el territorio de la República para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad de manera que es dable entender que regula las relaciones de trabajo que se ejecuten en Colombia así como las que se den entre trabajadores y empleadores que habiten el territorio nacional y, en sentido contrario, excluye de su régimen los vínculos laborales cumplidos en el extranjero y que se presenten entre personas, colombianos o extranjeros, que no habiten en la República de Colombia'.

Es claro entonces, que las orientaciones de esta Sala se han centrado en el respeto por el principio de la territorialidad absoluta consignado

dentro de nuestra legislación laboral en el artículo 2º del Código Sustantivo del Trabajo, lo cual no excluye la posibilidad de estudio de situaciones especiales en las cuales la atención de lo pactado por las partes del contrato de trabajo no represente una contradicción frente a las normas vigentes en el país o una transgresión de las mismas, pues es admisible que dentro del respeto a ellas, se incluyan pactos derivados de la aplicación de legislaciones foráneas que no vulneren los principios y preceptos propios de la nuestra" (subrayo).

No obstante ser tan recientes los unánimes pronunciamientos reconociendo la aplicación de la territorialidad de la ley colombiana, en este asunto, con argumentos que no comparto y que francamente considero resultan contradictorios, se desconoce el claro mandato del artículo 2º del Código Sustantivo del Trabajo, al decirse que esta Sala "ha aceptado que son las circunstancias particulares las que en cada caso determinan si se dan los supuestos legales para la aplicación del estatuto laboral colombiano o si, por el contrario se encuentra excluido del mismo" (página 12), porque "su exégesis no puede llevar al extremo que algunas relaciones de trabajo, originadas en Colombia entre colombianos, íntimamente vinculadas a la normatividad de este país, que bajo especialísimas condiciones se cumplen en el exterior queden por fuera del ordenamiento laboral colombiano" (ibidem), pues "no es aceptable que la Federación habiendo sido la que impuso todas las condiciones en el traslado del actor para Tokio, entre ellas el derecho aplicable, trate ahora de sustraerse a éste valiéndose de la misma ley y la jurisprudencia de este país, ello no se compadece con la autonomía de los contratantes ni con la buena fe que debe regir los contratos de trabajo según el artículo 55 del Código Laboral y que consagra el artículo 83 de la Carta Política como postulado que deben constreñirse de todas las actuaciones tanto de los particulares como de las autoridades" (página 3).

Para mí, además de equivocado es confuso el planteamiento; pero estimo que el único sentido del argumento plasmado en los fragmentos de la sentencia que transcribo es el de que la autonomía de la voluntad prevalece sobre normas de orden público, con lo que no sólo se aparta la mayoría de lo dispuesto en el artículo 2º del Código Sustantivo del Trabajo, sino que igualmente pasa por alto el artículo 14 del mismo código y lo dispuesto desde hace más de un siglo en el artículo 16 del Código Civil. Ello porque el precepto que dispone la aplicación territorial de la ley es una de esas normas cuyo carácter de orden público no puede discutirse con un fundamento serio, por ser inseparable del aspecto de la soberanía y, como es sabido, no puede derogarse por un convenio particular una ley "en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres", siendo por esto irrenunciables "los derechos y prerrogativas" que dicha disposición reguladora del trabajo humano concede.

Creo que no puede aducirse la buena fe como argumento suficiente para desconocer una norma de orden público que tan perentoriamente consagra la regla de aplicación territorial de la ley, sin ninguna excepción; muchísimo menos invocar la autonomía de la voluntad.

De mantenerse esta novedosa tesis, según la cual en desarrollo de la autonomía de la voluntad y por respeto a la buena fe con la que deben ejecutarse los contratos, es legalmente posible mediante un convenio particular derogar una ley en la que están interesadas "el orden y las buenas costumbres", habría que aceptar que así como es legítimo y conforme a derecho extender la ley colombiana para que se aplique por fuera del territorio, también forzosamente vendría a serlo convenir la aplicación de leyes extranjeras en el país.

Debo reconocer que, sin que yo hubiese hecho reserva sobre el punto, en la sentencia de 28 de mayo de 1998, quedó dicho que "es admisible" que "se incluyan pactos derivados de legislaciones foráneas que no vulneren los principios propios de la muestra"; mas yo entendí --y creo que esa es la orientación doctrinaria del fallo-- que lo admitido era la posibilidad de celebrar pactos que reconocieran derechos derivados de legislaciones extranjeras en la medida en que no contraritaran la ley colombiana, esto es, que se podía mejorar el mínimo de derechos y garantías consagrados en la ley nacional. Jamás creí que se quisiera autorizar la posibilidad de desconocer mediante convenios particulares normas de orden público, como lo es el artículo 2º en cuanto dispone la aplicación territorial para quienes habitan en la República de Colombia, "sin consideración a su nacionalidad".

En la sentencia de la que me separo se hace la diferencia entre nacionales y extranjeros, para establecer que contratos celebrados entre colombianos se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo aun cuando se ejecuten en el extranjero, aplicando extraterritorialmente la ley nacional contra el texto expreso del artículo 2º de dicho código.

Adicionalmente, debo decir que el desconocimiento del precepto que dispone claramente la aplicación territorial de la ley a todos los habitantes de la República de Colombia, sin consideración a su nacionalidad, resulta aquí aun menos justificable por cuanto en la misma sentencia se da por establecido que fueron dos los contratos de trabajo: uno celebrado y ejecutado en Colombia entre el 29 de febrero de 1972 y el 12 de agosto de 1977 y otro, ejecutado en su integridad en el Japón, que se inició el 13 de agosto de 1977 y terminó el 29 de septiembre de 1982. Precisamente por tratarse de dos diferentes contratos prosperó la acusación de ser ilegal el fallo que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia le hizo en el tercero de los cargos que formuló en su demanda de casación, habiéndose, por ello, aceptado que el Tribunal incurrió en el dislate de no dar por demostrado "que el vínculo laboral anterior fue disuelto de común acuerdo entre las partes para dar paso a una relación nueva, esencialmente distinta a la anterior".

Para refutar la argumentación que creyó encontrar la mayoría en el artículo 9º del Decreto Reglamentario 692 de 1994, en cuanto se refiere a la afiliación en forma obligatoria de "todas aquellas personas colombianas con residencia en el exterior, vinculadas mediante contrato de traba-

jo que se rija por normas colombianas", dejó decir que la Ley 100 de 1993 establece en su artículo 11 que el Sistema General de Pensiones "se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional", con lo que consagra igualmente el carácter territorial de las normas sobre seguridad social, lo que reitera en su artículo 15 al disponer que pueden ser afiliados en forma voluntario "los extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo permanezcan en el país y no estén cubiertos por ningún régimen de su país de origen o por cualquier otro".

Si la ley sobre seguridad social tiene aplicación territorial, al igual que el Código Sustantivo del Trabajo y las leyes laborales en general, hay que entender que el decreto reglamentario se refiere necesariamente a aquellos excepcionales casos en que por virtud de tratados públicos es aceptado como norma el principio "lex loci contractus", o a la situación especial de personas que aun cuando estén en el exterior trabajan en circunstancias en las que por disposición expresa del legislador es posible que su contrato de trabajo se rija por la ley laboral colombiana: pero que se prevenga esta hipótesis en una norma reglamentaria, no significa que se conceda una autorización para que mediante convenios particulares se deroguen disposiciones como el artículo 2º del Código Sustantivo del Trabajo.

No está de más anotar que ni siquiera remitiéndose a las normas del Código Civil --remisión que tampoco resultaría legal por existir norma exactamente aplicable al caso-- se encontraría fundamento plausible a lo decidido por la mayoría, puesto que de lo establecido en los artículos 18, 19, 20 y 21 de dicho código resulta también claro que allí se consagra la aplicación territorial de la ley, haciéndose excepción únicamente en relación con el estado civil de las personas y su capacidad "para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en alguno de los territorios administrados por el gobierno general, o en asuntos de la competencia de la Unión", al igual que en lo atinente a "las obligaciones y derechos que nacen de las obligaciones de familia: pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes en los casos indicados en el inciso anterior".

Un fallo como éste, del cual me aparto, desconoce el expreso mandato del artículo 2º del Código Sustantivo del Trabajo y permite la aplicación extraterritorial de las leyes laborales colombianas para que rijan contratos de trabajo ejecutados en su integridad en el extranjero.

Rafael Méndez Arango

RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION

CONTRATO DE TRABAJO

Presunción

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral Santa Fe de Bogotá D.C., veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Radicación No.12169

Acta No.42

Magistrado Ponente: Doctor *Luis Gonzalo Toro Correa*

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Edgar Hernández Palma contra la sentencia proferida, el 31 de agosto de 1998, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, dentro del proceso adelantado por el recurrente contra Previsión Médica Integral Limitada "Previmedie Ltda" Y Montagut Asociados Ltda.

ANTECEDENTES

Edgar Hernández Palma llamó a juicio ordinario laboral a las sociedades Previsión Médica Integral Limitada "Previmedie Ltda" Y Montagut Asociados Ltda; para que fueran condenadas a pagarle distintas sumas que concernió por los conceptos de salarios de 8 días, cesantía, intereses a la cesantía, prima de servicios, vacaciones proporcionales, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria y lo que resultara probado conforme al principio extra y ultra petita.

En sustento de sus pretensiones aduce que se vinculó con la empresa Montagut Asociados Ltda el día 20 de octubre de 1991, mediante contrato verbal de trabajo a término indefinido con un sueldo inicial de \$250.000.00, "como Contador, cargo de manejo y confianza", en un horario de 8 a. m. a 12 m. y de 2 p. m. a 5:30 p. m. todos los días salvo los martes y jueves, "días en que las partes convinieron que el trabajador podría disponer libremente de las mañanas para atender otros asuntos, esto es de 8 a. m. a 12 m.". Posteriormente, el 26 de noviembre de 1991, empezó a desempeñarse como contador en la empresa Previsión Médica Integral Limitada "Previmedie Ltda" Y Montagut Asociados Ltda, la cual se encontraba ubicada en el mismo sitio de la anterior; que debido al

aumento de trabajo encomendado, por desempeñarse como contador de las dos sociedades, a partir de enero de 1992 le fue aumentado el salario a \$310.000.00 mensuales y desde el 1º de abril siguiente a \$350.000.00.

Asevera que el 30 de julio de 1992 fue requerido para que informara sobre ciertas inconsistencias encontradas por la auditoría interna de las dos sociedades, por lo que el 5 de agosto del mismo año rindió las explicaciones del caso; sin embargo, el día 11 de agosto FABIO MÉNDEZ RIVERA, en nombre y representación de PREVIMEDIC LTDA, le comunicó que le aceptaba una supuesta renuncia verbal a partir del 3 de agosto anterior, cuando en el escrito que él le dirigió hizo constar "expresa y enfáticamente, que no RENUNCIARIA del cargo en razón a que las observaciones formuladas por la Auditoría Interna carecían de fundamento de todo orden."

Agrega que prueba de la subordinación la constituyen los memorandos del 18 de junio y 30 de julio de 1992, "suscritos por FABIO MÉNDEZ FERNÁNDEZ, en su condición de representante legal de MONTAGUT ASOCIADOS LTDA y PROVIMEDIC LTDA, en su orden, pues en el primero suscribe en papel membretado de MONTAGUT ASOCIADOS LIMITADA y como gerente de dicha firma, en el segundo, avala su firma con el sello de PREVIMEDIC LTDA, de la cual es SUPLENTE DEL GERENTE con funciones de representante legal ..."

En la respuesta a la demanda, las empresas demandadas negaron los hechos y se opusieron a las pretensiones. Alegaron que el demandante estuvo vinculado mediante contrato verbal de prestación de servicios profesionales, en su condición de contador, pero sin dependencia laboral. En su defensa propusieron las excepciones de falta de causa y cobro de lo no debido.

El Juzgado Cuatro Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá, mediante sentencia del 1º de julio de 1998 (folios 243 a 264), condenó a las demandadas a pagar al actor 104.999.99 por salario, \$262.500.00 por cesantía, \$31.500.00 por intereses a la cesantía, \$262.500.00 por vacaciones, \$262.500.00 por prima de servicios, \$524.999.97 por indemnización por despido injusto y \$11.666.66 diarios por indemnización moratoria. Le impuso costas.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Apeló la demandada y el Tribunal, mediante fallo del 31 de agosto de 1998 (folios 229 a 244), revocó la sentencia de primer grado y en su lugar absolvió a las demandadas. Condenó en costas en la primera instancia al demandante y no fijó en la alzada.

El Ad quem, después de analizar, entre otras, la prueba testimonial, el interrogatorio de parte del demandante y el dicho de las demandadas respecto de la labor que aquel desarrollaba, consideró que los servicios prestados correspondían al ejercicio de una profesión liberal, la de conta-

don, por lo que debía probar que la subordinación "era la prevista en el literal b) del artículo 1º de la Ley 50 de 1990, como lo establece el artículo 2º *ibidem*, o sea que el demandante hubiera estado sometido permanentemente a las orientaciones y decisiones y disposición, tanto laborales como disciplinarias de las sociedades demandadas, lo cual no surge del acervo probatorio de autos, y si al contrario, por las respuestas del propio demandante al absolver los interrogatorios (sic) de parte, se advierte que la subordinación jurídica fue más bien la prevista para el cumplimiento de la labor o actividad contratada, o sea la de llevar la contabilidad de cada una de las empresas en forma libre y conforme a su criterio profesional, como lo admitió al responder la 5ª pregunta del interrogatorio (il.75), y por consiguiente no se ha demostrado la relación de trabajo afirmada en la demanda, lo cual lleva necesariamente a la absolución total de las demandadas, quedando entonces la Sala relevada de pronunciarse sobre la solidaridad invocada por el actor ya que la inexistencia de un contrato de trabajo es la que ya determina el fracaso de las súplicas de la demanda, que a su vez impone revocar el fallo apelado." (folio 244 C. del Tribunal)

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Fue interpuesto por la parte actora y concedido por el Tribunal. Admitido por esta Sala de la Corte se procede a resolver.

ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende que se case totalmente la sentencia proferida por el Tribunal y que en sede de instancia se confirme la dictada por el Juzgado Cuartor Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá.

Con tal propósito formula dos cargos, debidamente replicados, que se estudian conjuntamente, dado que ambos están formulados por la vía directa, persiguen los mismos fines y acusan por aplicación indebida el artículo 24 inciso segundo del Código Sustantivo del Trabajo.

Primer cargo.

Dice así:

"La sentencia objeto de la presente demanda es violatoria de las (sic) preceptiva legal sustantiva contenida en los artículos 2º, 25, 53 y 228 de la de la Constitución Política, artículos 1º, 13, 20 y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida del artículo 24 *ibidem*."

En su desarrollo, la censura comenta las normas constitucionales y legales que consideró violadas y, después de transcribir el inciso segundo del artículo 24 del C. S. del T., argumenta que esta norma contiene en sí misma los elementos indispensables para su correcta aplicación; que "en efecto, si bien es cierto que el demandante, Edgar Hernández Palma, fue contratado por su condición de Contador Titulado, porque las funciones del cargo exigían estas calidades, no se celebró con él un contrato de

la naturaleza prevista por la disposición antecitada, para que el profesional realizara el trabajo en el lugar que considerara más acorde con su interés, con sus propios medios, etc., sino que se le obligó a realizar el trabajo en la misma sede de las empresas contratantes, con medios de ellas y bajo la dependencia de sus ejecutivos: por tratarse de una excepción, se tiene que aplicar de manera restrictiva, esto es, en presencia de los elementos por ella previstos, como el identificar las actuaciones como parte del ejercicio profesional; así como la representación de abogado, en proceso o fuera de él, o la asesoría externa de la misma profesión, no pueden considerarse como actos de ejecución de un contrato de trabajo, no es posible que se excluya de esta forma de relación toda forma de trabajo que realicen los titulares de las llamadas profesiones liberales, sin establecerse las condiciones de autonomía profesional, porque ello implicaría convertir en regla la excepción, al momento de interpretar la preceptiva.

"2ª. A pesar de la claridad de la preceptiva relacionada en los párrafos precedentes, la Sala de Decisión del Tribunal, decidió que no estaba suficientemente probada la naturaleza de la relación de trabajo del demandante y, aunque tampoco existía prueba suficiente acerca de un contrato de naturaleza civil o comercial, desconoció el mandato establecido por los artículos 20 y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, para decidir desfavorablemente las pretensiones planteadas por el demandante. El sentenciador de segunda instancia insiste en remas que no estuvieron en discusión en el curso del proceso: 1) La dedicación exclusiva, que no fue pactada en el contrato que vinculó al demandante Hernández Palma con las sociedades demandadas; 2) La jornada de trabajo que, desde el principio, se dijo que era todos los días de 8:00 a 12:00 y de 2:00 a 6:00, salvo martes y jueves, que comprendía solamente las horas de la tarde; precisamente, en el análisis de estos aspectos, hace recaer el juzgador la fuerza de su convicción, como se desprende de lo expresado en el penúltimo párrafo de la parte motiva de la sentencia, así: 'Al armonizar la prueba testimonial apreciada con los Interrogatorios del demandante, y además con la aceptación de las demandadas de la labor del actor, la Sala fácilmente establece que el actor fue la persona que dirigía todo el manejo contable de las sociedades demandadas (resalto), y por la confesión del demandante se respalda el dicho de la declarante Gladys Esparza según el cual el actor simultáneamente prestaba servicios a 'otros clientes' ... de los cuales la testigo señaló algunos de ellos.'; la pregunta que surge naturalmente, pero que el juzgador no se planteó, puede ser: ¿El hecho de que un profesional liberal tenga comprometido laboralmente parte de su tiempo, le impide arrendar otros compromisos relacionados con su formación profesional?" (folios 15 y 16 C. de la Corte)

LA RÉPLICA

Se opone a la prosperidad del cargo argumentando que el Tribunal no violó el artículo 24 del C.S.T., porque el demandante en la primera ins-

lancia debió probar la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador, durante todo el tiempo planteado como existencia del contrato de trabajo y; que la ausencia de tales elementos, como de jornada de trabajo y de un salario como retribución del servicio prestado, impide que concurren los elementos esenciales para que se declare la existencia del contrato de trabajo.

Segundo Cargo

Acusa la sentencia de "ser violatoria, directamente, de los artículos 25, de la Constitución Política, 14 y 23 del C. S.T., por aplicación indebida del artículo 24, inciso segundo, del estatuto sustantivo del trabajo".

En su demostración indica que si los artículos 25 de la Constitución Política y 14 del C. S. del T. permiten la celebración de contratos de trabajo, en condiciones como las que celebró el demandante, no se puede convalidar la existencia de un presunto contrato de prestación de servicios profesionales, para alterar la realidad de la relación laboral celebrada. Que "en el curso del proceso se pudo establecer con la suficiente fuerza probatoria, la presencia de los elementos naturales del contrato de trabajo, especialmente, el de la subordinación que lo caracteriza" y más adelante reitera que dicha "subordinación o dependencia se mantuvo durante toda la vigencia del contrato, y que su última manifestación la constituye el memorando por el que se exige explicación al trabajador sobre unas presuntas inconsistencias en la contabilidad de las empresas demandadas; sin embargo la sentencia impugnada elude el análisis de este elemento, presente en la relación contractual que le fue sometida, para calificar sus efectos en derecho." (folio 17 C. de la Corte).

Arguye que el Tribunal desechó la presunción contenida en el inciso primero del artículo 24 del C.S. del T. y optó por aplicar la excepción contemplada en el inciso segundo, "pero sin detenerse en el análisis de las condiciones de subordinación y dependencia bajo las cuales se había cumplido la relación contractual entre el actor y las sociedades que son demandadas en este proceso, a pesar de que debía hacerlo antes de optar por la aplicación de la excepción contenida en la misma disposición; el análisis de esta situación jurídica se hizo en otro aparte de la demanda." (folio 17 C. de la Corte)

LA RESPUESTA

Aduce que el cargo no puede prosperar porque el recurrente desconoce la prueba material de la existencia de los contratos de prestación de servicios profesionales independientes, a más de que la existencia del contrato de trabajo no fue probada. Insiste en que hay ausencia de prueba en relación con la subordinación o dependencia entre el actor y las demandadas.

Además que el Tribunal al no aplicar la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, identificó

con plena claridad la inexistencia de vínculo contractual laboral, antes que optar por una excepción respecto de la regla general, como equivocadamente lo plantea el recurrente en casación.

SE CONSIDERA

Inicialmente, debe precisarse, frente a la preponderancia que en la proposición jurídica de cada uno de los cargos se les da a distintas disposiciones de carácter constitucional, que éstas, por no contener derechos específicos y concretos, no son susceptibles de violación, acorde con lo que exige el estudio de este extraordinario recurso.

De otro lado, advierte la Corte que si el Tribunal aplicó al asunto debatido el inciso segundo del artículo 2º de la Ley 50 de 1990, vigente para la fecha en que se profirió la decisión impugnada, pues fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-665 del 12 de noviembre de 1998, implicaba que la censura estuviera en un todo de acuerdo con los hechos que el fallador dio por probados, en virtud de que escogió la vía directa para intentar infirmar el fallo.

Pese a ello, en el desarrollo de los cargos el recurrente alude a aspectos fácticos que le sirvieron de soporte al *ad quem* para establecer su conclusión. En efecto, en el primer cargo critica que haya tenido en cuenta temas que según él "no estuvieron en discusión en el curso del proceso. 1) La dedicación exclusiva, que no fue pactada en el contrato que vinculó al demandante Hernández Palma con las sociedades demandadas; 2) La jornada de trabajo que, desde el principio, se dijo que era todos los días de 8:00 a 12:00 y de 2:00 a 6:00, salvo martes y jueves, que comprendía solamente las horas de la tarde; precisamente en el análisis de estos aspectos, hace recaer el juzgador la fuerza de su convicción, como se desprende de lo expresado en el penúltimo párrafo de la parte motiva de la sentencia". Y, en el segundo, reiteradamente alega que en el curso del proceso se pudo establecer la subordinación o dependencia que mantuvo el actor con sus empleadoras durante toda la vigencia del contrato, tal como se desprende del memorando que éstas le pasaron "sobre unas presuntas inconsistencias en la contabilidad de las empresas demandadas".

Aun cuando tales deficiencias sirven para desestimar los cargos, es conveniente precisar que el fallador de segundo grado en manera alguna, como lo asegura el impugnante, "desechó la presunción contenida en el artículo 24, inciso primero, del C.S.T., subrogado por el art. 2º de la Ley 50/90, según el cual "Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo", ya que admitido que toda presunción legal puede desvirtuarse con la demostración de hechos contrarios, el *ad quem*, como puede observarse en el proveído cuestionado, concluyó que, de acuerdo con el acervo probatorio, del interrogatorio de parte del demandante, no se había "demostrado la relación de trabajo afirmada en la demanda". (folio 244 C. 1)

En consecuencia, se inadmiten los cargos.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia impugnada, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, el 31 de agosto de 1998, en el juicio ordinario de Edgar Hernández Palma contra Previsión Médica Integral Limitada, "Previmedica Ltda" y Montagui Asociados Ltda.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Gonzalo Toro Correa, Francisco Escobar Henríquez, José Roberto Herrera Vergara, Carlos Isaac Náder, Rafael Méndez Arango, Germán G. Valdés Sánchez, Fernando Vásquez Botero.

Laura Margurita Manotas González, Secretaria

CASACION
Hecho nuevo inadmisible

VIA GUBERNATIVA

PENSION DE VEJEZ

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral.- Santa Fe de Bogotá D.C., veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Doctor Luis Gonzalo Toro Correa

Radicación No.12235

Acta No.42

La Corte resuelve el recurso extraordinario de casación interpuesto frente a la sentencia dictada el 10 de diciembre de 1998 por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el juicio ordinario de Francia Elena López Hernández contra Instituto de Seguros Sociales.

ANTECEDENTES

Francia Elena López Hernández llamó a juicio ordinario laboral al Instituto de Seguros Sociales para que fuera condenado a reconocerle la pensión de vejez o la indemnización sustitutiva y las costas.

En sustento de sus pretensiones afirma que prestó servicios "mediante contrato verbal de trabajo de carácter indefinido y en forma continua a la Empresa (restaurante) Arroyo López Benivaldo en la ciudad de Ciénaga (Magd.) como empleada de oficios varios", del 6 de enero de 1978 al 29 de mayo de 1993, su último salario fue de \$81.510.00 mensuales y que el 20 de agosto de 1980 fue afiliada al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo, invalidez, vejez y muerte.

Agrega que el 16 de julio de 1990, a la Seccional Magdalena, solicitó el reconocimiento de la pensión por vejez o indemnización sustitutiva de la misma, pero le fue negada la pensión con el argumento de que solo había cotizado 465 semanas y no las 500 requeridas; que no hubo pronunciamiento respecto a la indemnización sustitutiva pedida y que continuó cotizando por 19 meses más.

Aduce que, posteriormente, el 20 de febrero de 1992 elevó las mismas peticiones y el ISS, a través de la Resolución 006947 del 2 de octubre de

1992, de nuevo se las negó, según el ente, porque "no está demostrado el vínculo o relación jurídica laboral entre la asegurada y la Empresa Arroyo López Benivaldo". Que interpuso recurso de reposición aportando pruebas para demostrar la relación laboral, con resultados negativos. Que agotó la vía gubernativa.

En la respuesta a la demanda el ISS se opuso a las pretensiones, aceptó el hecho relativo a haberle negado la prestación reclamada y de los demás hechos dijo atenerse a lo que se probara.

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Ciénaga, por sentencia del 14 de noviembre de 1997 (folios 109 a 113), condenó al Instituto de Seguros Sociales a reconocer y pagar a Francia Elena López Hernández la pensión de vejez a partir del 30 de mayo de 1993 por valor de \$81.510.00 mensuales junto con los reajustes legales. Le fijó costas.

Apeló la entidad demandada y el Tribunal, mediante decisión del 10 de diciembre de 1998 (folios 40 a 44 C. 2), confirmó el fallo recurrido. No impuso costas.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Consideró el *ad quem* que el asunto analizado debía desatarse "a la luz de las disposiciones del Acuerdo 224 de 1966, modificado por el Acuerdo 029 de 1985"; que "Conforme a tales preceptivas el derecho a la pensión de vejez se causaba cuando el asegurado tuviese 60 años de edad si es varón, o 55 si es mujer; y haber acreditado un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores a la fecha de la solicitud, o haber acreditado un mínimo de 1.000 semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo". Que, por tanto, lo que debía tenerse en cuenta era si la demandante en el evento de haberse hecho la solicitud antes del 17 de abril de 1990, fecha de expiración de la vigencia de las normas, había alcanzado a cotizar el número de las 500 semanas.

Seguidamente, con fundamento en los documentos de folios 21, 22, 24, 25, 30 y 31 del cuaderno del Tribunal estableció que, a la indicada fecha, la actora había cotizado 508.85754 semanas y que, conforme al folio 10 del cuaderno principal, había cumplido los 55 años de edad el 18 de octubre de 1979, concluyendo que tenía derecho a la pensión de vejez pedida. Además, encontró acreditado con el testimonio de Benivaldo López (folio 76) y del acta de Inspección Judicial (folio 77), que Francia López laboró al servicio del mencionado declarante en un restaurante de propiedad de éste, entre el 6 de enero de 1978 y el 29 de mayo de 1993.

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Fue propuesto por la parte demandada y concedido por el Tribunal. Admitido por la Corte, se procede a resolver.

ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Persigue que se case totalmente la sentencia de segunda instancia y que convertida la Corte en falladora de instancia revoque íntegramente el

fallo de primer grado y en su lugar dicte uno inhibitorio. "Subsidiariamente, y con base en los dos últimos cargos formulados, una vez anulada la sentencia del Tribunal, esta Superioridad, revocará en su totalidad el fallo de primera instancia, para en su lugar absolver a la demandada de todas las pretensiones contenidas en la demanda." (folios 25 y 26 del C de la Corte)

Con tal propósito formula tres cargos, que no fueron replicados y que se estudian a continuación.

Primer cargo.

Acusa la sentencia impugnada por infringir por la vía indirecta, por aplicación indebida el artículo 11 del Acuerdo 224 de 1996 -sic-, aprobado por el Decreto 3041 de 1966, en relación con el artículo 6° del Código Procesal del Trabajo.

Señala que a la violación se llegó por haberse incurrido en los siguientes errores de hecho:

"1°. No haber dado por demostrado, estándolo plenamente, que la demandante no interpuso el Recurso de Apelación contra la Resolución No006947 del dos de octubre de 1992, que le había negado la prestación solicitada.

"2°. No haber dado por demostrado, siendo así, que la demandante no agotó debidamente la vía gubernativa, para poder acudir a la jurisdicción.

"3°. No haber dado por demostrado, siendo evidente, que el Juez Laboral carecía de competencia para asumir el conocimiento del proceso." (folio 27 C. de la Corte)

Dice a continuación que fundamentalmente la prueba dejada de apreciar fue: la documental del folio 92 del primer cuaderno que contiene el recurso de reposición interpuesto por la actora contra la resolución 006947 del 2 de octubre de 1992, la demanda, en su hecho 6 (folios 2 a 6), la resolución 0288 del 28 de octubre de 1993 emanada del ISS (folios 95 y 96), que conforma la negativa a reconocer la prestación solicitada.

Argumenta que el *ad quem* no analizó si se cumplían los presupuestos procesales, dentro de ellos el de la competencia, puesto que no se percató que contra la resolución que negó el reconocimiento de la pensión de vejez no se había interpuesto el recurso de apelación, único obligatorio conforme a lo previsto por el artículo 51 del Decreto 01 de 1984, con lo cual se habría dado cuenta de la falta de agotamiento de la vía gubernativa "en razón a que la norma mencionada al prever que el recurso de reposición no es obligatorio, obviamente quiere decir que contrario sensu, el recurso de apelación es obligatorio para tener por válidamente agotada la vía gubernativa, requisito de insoslayable cumplimiento para poder atribuirle competencia al juez laboral para conocer del proceso."

Que se equivocó el Tribunal porque a pesar de que en el hecho sexto de la demanda se afirma que interpuso recurso de reposición ante el ISS, sin mencionar para nada la interposición del de apelación, no dictó fallo inhibitorio. Que a lo mismo habría llegado si hubiera observado que dentro de la resolución 0288 del 28 de enero de 1993, que resolvió la reposición interpuesta contra la 006947 no se hizo referencia alguna a la interposición del recurso de apelación "y que en cambio si se dice que contra dicho acto no procede ningún recurso."

Después de comentar los artículos 50, 62 y 63 del Código Contencioso Administrativo, alega que no siempre la firmeza del acto administrativo conlleva el agotamiento de la vía gubernativa, sino que por el contrario un acto tal puede causar ejecutoria, sin que se haya agotado el procedimiento gubernativo, como sería precisamente el evento que se analiza por no haberse interpuesto el de apelación que era obligatorio. Que así, el último de los errores fácticos deviene como consecuencia de los ya explicados, porque si el *ad quem* no dio por demostrada la no interposición del recurso de apelación y por ende el no agotamiento de la vía gubernativa, concluyó en no dar por acreditada la falta de competencia para que la jurisdicción ordinaria en lo laboral conociera del presente juicio.

Precisa que son varios los pronunciamientos de la Corte respecto a que cuando se trata de entidades de derecho público, la falta de agotamiento de la vía gubernativa conlleva la falta de uno de los llamados presupuestos procesales, como lo es la carencia de competencia del juez para conocer y fallar el proceso. En apoyo de su tesis transcribe un aparte de la sentencia Rad. 8968 del 9 de octubre de 1996 y enfatiza que aunque lo transcrito corresponde a un caso de indebida acumulación de pretensiones, en el que la Corte respaldada el fallo inhibitorio del Tribunal, los razonamientos son aplicables al presente asunto.

Finalmente, asevera que no podría aducirse que por no haberse percatado los falladores de instancia, ni la demandada del defecto, no sea posible casar la sentencia y en sede de instancia revocarse la de primer grado; que de ninguna manera puede considerarse subsanado por el hecho de no haberse alegado, como que la competencia es improrrogable; que no se trata de un asunto puramente procedimental sino que toca mas bien con el derecho sustancial.

SE CONSIDERA

Propone el recurrente la anulación del fallo impugnado porque, según él, no se agotó la vía gubernativa, violándose así el artículo 6º del Código Procesal del Trabajo.

Sin duda, la mencionada norma procedimental establece que las acciones contra, entre otras, una entidad de derecho público, como sería el caso del Instituto de Seguros Sociales, solo pueden iniciarse cuando se haya agotado el procedimiento gubernativo o reglamentario correspondiente; sin embargo, en este caso no le asiste razón a la censura, pues se

advierle que la falta de agotamiento gubernativo no fue debatida en ninguna de las instancias, dado que el ISS no cuestionó dicho punto como requisito previo para que se adelantara el proceso.

De manera que constituye un medio nuevo el que se hubiera puesto a consideración en este recurso extraordinario y, por esa razón, la Sala está impedida para estudiarlo.

Precisamente sobre el tema comentado, ya la Corte en varias oportunidades ha emitido su criterio. En ocasión reciente y en juicio adelantado contra el I.S.S. Rad.12300 del 9 de septiembre de 1999 se pronunció en los siguientes términos:

"De la revisión detenida del expediente se desprende que el Instituto demandado en la contestación de la demanda sólo propuso la excepción de prescripción; en la primera audiencia de trámite o en el escrito de sustentación del recurso de apelación tampoco hizo referencia alguna a la falta de agotamiento de la vía gubernativa. Por lo anterior, este aspecto no puede ser traído ex novo ante la Corte en el recurso extraordinario de casación porque se trata de un punto que no fue materia de discusión durante las instancias del proceso, vale decir constituye un medio nuevo inadmisibles en este recurso extraordinario."

Por tanto, no prospera el cargo.

Segundo Cargo

Acusa la sentencia impugnada de violar por la vía indirecta por aplicación indebida el artículo 11 del Acuerdo 224 de 1966 del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, aprobado por el Decreto 3041 de 1966, a causa de los siguientes errores de hecho:

"1°. No haber dado por demostrado, estándolo, que la demandante no cotizó para el riesgo de vejez, semana alguna al Instituto de Seguros Sociales, dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de sus cincuenta y cinco años de edad.

"2°. Haber dado por demostrado, sin estarlo, que la actora cumplió con los requisitos del acuerdo No. 224 de 1966, para acceder a la Pensión de vejez.

Señala que el Tribunal apreció equivocadamente la partida de bautismo de la demandante (folio 10 del C. 1) y la historia laboral de la demandada. (folios 24, 25 y 30 y 31 del C. 2)

En la demostración alega que no se compadece que el Tribunal hubiera concluido que 'la promotora de la litis cumplió los requisitos reclamados por el acuerdo 224 de 1966, modificado por el acuerdo 029 de 1985, para la radicación en su cabeza del derecho a la pensión de vejez', porque si la señora Francia López nació el 18 de octubre de 1924, cumplió el derecho a pensión el 18 de octubre de 1979 y si fue asegurada para el

riesgo de vejez el 20 de agosto de 1980, para esta última fecha "ya habiendo cumplido con anterioridad ellos 55 años, resulta obviamente imposible cumplir con el literal b) del artículo 11 del acuerdo 224, en el sentido de acreditar 500 semanas de cotización pagadas dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de esa edad mínima, establecida en el literal precedente (55 años).

Que "Tal circunstancia la corrobora plenamente la Historia Laboral de la accionante, según la cual las 500 semanas fueron cotizadas dentro del lapso comprendido entre el 20 de agosto de 1980 y el mes de marzo de 1990, periodo no comprendido dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de los cincuenta y cinco años, que lo fue entre el 18 de octubre de 1959 y el 18 de octubre de 1979, tiempo durante el cual no se presenta cotización alguna." (folio 33 C. de la Corte).

Que el fallador debió advertir que el número de semanas que cotizó la actora no ocurrió durante un periodo diferente a aquel en que debía presentarse, por lo que no tenía derecho a la pensión de vejez.

Finaliza diciendo que en la resolución que negó la pensión no se hizo referencia a este aspecto, pero en la que resolvió el recurso de reposición "claramente se anota que una de las razones por la que se confirma la negativa es precisamente porque dentro de los veinte años anteriores al cumplimiento de la edad mínima requerida, no aparece cotizada ni una sola semana. (Folio 34 C. de la Corte)

SE CONSIDERA

Los errores de hecho enunciados por el impugnante apuntan a demostrar que el Tribunal se equivocó al reconocer la pensión de vejez a la demandante, una vez encontró satisfechos los requisitos previstos por el Acuerdo 224 de 1966.

Aun cuando el sentenciador de segundo grado para conceder dicho beneficio indicó el mencionado ordenamiento junto con el Acuerdo 029 de 1985 como aplicables al asunto, también es verdad que seguidamente precisó que "tales preceptivas rigieron hasta el 17 de abril de 1990" y que conforme a ellas "el derecho a la pensión de vejez se causaba cuando el asegurado hubiese 60 años de edad si es varón, o 55 si es mujer, y haber acreditado un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores a la fecha de la solicitud, o haber acreditado un mínimo de 1000 semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo."

Es innegable entonces que, conforme a lo transcrito, el ad quem no hizo cosa distinta que aplicar el artículo 1º del Acuerdo número 016 de 1983 aprobado por Decreto 1900 del mismo año, que modificó el literal b) del artículo 11 del Acuerdo 224 de 1966, ya que puntualizó que lo que debía examinarse era si la solicitud se había hecho durante la vigencia de las prectadas

normas. Y es que primero se exigía un número de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas y luego de la modificación el requisito era que durante similar tiempo se cotizara el mismo número de semanas, pero anteriores a la fecha de la solicitud.

De suerte que la censura no logra desquiciar el fallo, dado que únicamente en el desarrollo del cargo se ocupó de demostrar que el fallador de la segunda instancia había desacertado al aplicar indebidamente el literal b) del artículo 11 del Acuerdo 224 de 1966, cuando, como se vio, este precepto fue modificado en su contenido por el Decreto 1900 de 1983. Correspondía al recurrente probar que la señora LOPEZ HERNANDEZ antes de la fecha de la solicitud de su pensión no había sufragado las 500 semanas, para de esta forma destruir el soporte de la decisión impugnada, pero nó, como con desacierto lo hizo, intentar demostrar que no había cotizado tal número de semanas antes del cumplimiento de las edades mínimas, pues, se repite, este aspecto fue modificado. En ese orden, como los errores de hecho pretendían que se llegara por la Corte a la anotada conclusión, de lógica no resultan demostrados.

Por tanto, no prospera el cargo.

Tercer Cargo

Acusa la sentencia por infringir directamente en la modalidad de aplicación indebida, el artículo 11 del acuerdo No.224 de 1966 del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, aprobado por el Decreto 3041 de 1966.

Empieza afirmando que no discute los supuestos fácticos acreditados por el Tribunal, respecto a que la actora nació el 18 de octubre de 1924 y que por tanto cumplió los 55 años de edad el 18 de octubre de 1979, así como que el 17 de abril de 1990 tenía 503.8575 semanas cotizadas.

Dice que el acuerdo 224 de 1966 es el que verdaderamente correspondía aplicar, pero que el *ad quem* se equivocó al aplicarlo parcialmente y no en su integridad, porque la norma aunque exige el contar la mujer 55 años de edad y haber cotizado por lo menos 500 semanas, "hipótesis que a la sazón cumple la demandante", la norma contiene el ingrediente adicional de que esas 500 semanas deben haberse completado "durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas..."

Agrega que dicha norma reclama su aplicación en forma íntegra y no como lo hizo el sentenciador que "la mutila, exigiendo la concurrencia de sólo algunos de los requisitos, olvidando uno de ellos, que de haber sido tenido en cuenta habría llevado a una decisión diametralmente opuesta a la que se produjo."

Que "Existe, entonces, una clara incongruencia entre los hechos que se acreditaron dentro del proceso y la sentencia, en cuanto que la norma llamada a operar no se aplicó en los términos que la norma jurídica reclama, o lo que es lo mismo, partiendo del recto entendimiento de la norma,

y sin que se presenten errores de hecho ni de derecho, al aplicarla se hace de una manera tan inconveniente y equivocada que no se refleja el genuino querer del legislador." (folio 35 C. de la Corte)

Por último, asegura que en la resolución que negó la pensión no se hizo referencia a este aspecto, pero en la que resolvió el recurso de reposición "claramente se anota que una de las razones por la que se confirma la negativa es precisamente porque dentro de los veinte años anteriores al cumplimiento de la edad mínima requerida, no aparece cotizada ni una sola semana (Folio 35 C. de la Corte)

SE CONSIDERA

La censura incurrió en la misma equivocación que se anotara por la Sala al despachar el cargo anterior, en la medida en que el artículo 11 literal b) del Acuerdo 224 de 1966 fue expresamente modificado por el Decreto 1900 de 1983 aprobatorio del acuerdo 016 del mismo año, con relación a que a partir de su vigencia ya no era necesario que las 500 semanas de cotización fueran pagadas durante los 20 años anteriores a la fecha del cumplimiento de las edades mínimas, sino "anteriores a la fecha de la solicitud", que fue lo que tuvo en cuenta el Tribunal para conceder la pensión de vejez a la actora.

Por consiguiente no puede endilgársle al *ad quem* aplicación indebida del citado ordenamiento, pues la norma que aplicó fue la que modificó específicamente el supuesto a que anteriormente se hizo referencia.

En consecuencia, no prospera el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia impugnada, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, el 10 de diciembre de 1998, en el juicio ordinario de Francia Elena López Hernández Contra Instituto de Seguros Sociales.

Sin costas en el recurso extraordinario de casación.

Cópiase, Notifíquese, Publíquese y Devuélvase El Expediente al Tribunal de origen.

Luis Gonzalo Toro Correa, Francisco Escobar Henríquez, José Roberto Herrera Vergara, Carlos Isaac Náder, Rafael Méndez Arango, Germán G. Valdés Sánchez, Fernando Vásquez Botero.

Laura Margarita Manotas González. Secretaria

**COTIZACION SANCION
PENSION SANCION
PENSION DE VEJEZ
TRABAJADOR OFICIAL**

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral. - Santa Fe de Bogotá D.C., dos (2) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Doctor Carlos Isaac Nader

Radicación No. 11898

Acta No. 42

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de Alcañis De Colombia Limitada 'Alco Ltda En Liquidación' contra la sentencia proferida el 29 de octubre de 1998 por el Tribunal Superior del distrito Judicial de Cartagena en el juicio que contra la recurrente siguen los señores Julio Antonio Luna Ramos, Carlos Julio Lozano Zuñiga, Carmen Rosa Lenes Mestra y Arnulfo López Morales.

I. ANTECEDENTES

1. Los demandantes llamaron a juicio a Alco Ltda con el fin de que se les reintegrara y cancelara los salarios dejados de percibir durante la desvinculación, y la declaratoria de no haber existido solución de continuidad. Subsidiariamente solicitaron el pago de lo que resultara insoluto de la indemnización por despido injusto, las sumas que resulten de la reliquidación de cesantías y sus intereses, prima legal de servicios, prima extralegal de servicios, vacaciones, prima de vacaciones y prima de antigüedad, la pensión plena de jubilación o la restringida de jubilación según el caso la cotización sanción y las costas del proceso.

En la demanda, se dijo, que los demandantes en su orden habían laborado para la empresa desde el 7 de septiembre de 1971, 3 de marzo de 1976, 1º de septiembre de 1976 y 20 de junio de 1972 hasta el día 26 de febrero de 1993 cuando la empresa dio por terminado los contratos de trabajo. Igualmente se afirmó que la convención colectiva tenía pactado el reintegro para trabajadores con más de cinco años de servicios que pidieran dentro de los 15 días siguientes a la terminación del contrato la reconsideración del despido y el reintegro, y que así ellos lo hicieron oportu-

namente, pues eran socios del sindicato Nacional de Trabajadores de la Empresa Alcalis "Alco Ltda.". Finalmente que agotarón la vía gubernativa.

2. Alcalis de Colombia Ltda, se opuso a todas las pretensiones y en cuanto a los hechos, negó unos y aceptó otros, afirmando que el despido se efectuó por justa causa en razón de la liquidación de la empresa. Propuso las excepciones de pago, prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, falta de título y causa de los demandantes, compensación, inexistencia del derecho a demandar, e inexistencia del derecho pensional por parte de la demandada y por último argumentó, que como los trabajadores habían sido afiliados al ISS desde el comienzo de la relación laboral y hasta su extinción, la pensión sanción no era de cargo de la empresa sino que seguía las normas generales de la seguridad social. Durante el trámite del proceso los demandantes Julio A. Luna Ramos, Carmen Rosa Lenes Mestra y Arnulfo López Morales conciliaron las pretensiones incoadas en la demanda y desistieron de sus pretensiones. (folios 84, 235 y 258)

3. En audiencia pública celebrada el 23 de enero de 1998 el Juzgado Quinto Laboral del Circuito condenó a la empresa a pagar la cotización sanción correspondiente a Carlos Julio Lozano Zufiga, y a las costas del proceso y la absolvió de las demás pretensiones.

Al resolver la alzada propuesta por el apoderado de los accionantes el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena revocó parcialmente la sentencia del *a quo* y condenó a Alco Ltda. En Liquidación a pagar a favor de Carlos Julio Lozano la pensión sanción en un 63.07% de su último salario promedio a partir de que acreditara el cumplimiento de 50 años de edad; también condenó a la demandada a pagar \$14,00 por concepto de la diferencia existente en la liquidación de la cesantía; y a favor de Carmen Rosa Lenes Mestra, la pensión sanción en cuantía igual al salario mínimo a partir del momento que acredite haber cumplido 60 años de edad; además la cotización sanción correspondiente a estos dos demandantes. Confirmó en lo restante la sentencia del *a quo*.

Al efecto llegó a la conclusión de que el despido había sido injusto y concedió la pensión sanción a Lozano y Lenes en razón de ser trabajadores oficiales cobijados por el régimen del art. 8 de la Ley 171 de 1961.

II. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto, concedido y admitido por la Sala de esta corporación el recurrente aspira a que se case parcialmente la sentencia en cuanto condenó a la empresa demandada a pagar a los actores la pensión restringida de jubilación a partir de los 50 y 60 años y el pago de las cotizaciones para que en sede de instancia confirme la del *a quo*.

Subsidiariamente pretende que se case parcialmente la sentencia en cuanto condenó a pagar la pensión restringida a favor de Carmen Rosa Lenes Mestra y el pago de las cotizaciones faltantes de dicha demandante

y en sede de instancia se modifique la del a quo para condenar a pagar la pensión sanción y las cotizaciones faltantes solo con relación a Carlos Julio Lozano Zuñiga.

Al efecto plantea tres cargos de los cuales se estudiarán el primero, y el segundo, y dada la prosperidad de éste, se prescindirá de examinar el tercero por perseguir los mismos objetivos.

A. Primer cargo.

Por la vía directa acusa la violación en la modalidad de aplicación indebida de los artículos 8º de la Ley 171 de 1961, 37 de la Ley 50 de 1990 y otras normas relacionadas en la proposición jurídica, en relación con el art. 6 del Acuerdo 029 de 1985, 17 del Acuerdo 049 de 1990. Plantea que la discrepancia jurídica consiste en que el Tribunal concluyó, que el artículo 37 de la Ley 50 de 1990 no le es aplicable a los trabajadores oficiales y por eso aplicó el 8º de la Ley 171 de 1961.

En la sustentación dice, que el régimen de seguridad social privada le es aplicable al trabajador oficial cuando está afiliado al I.S.S. Al efecto trae parcialmente transcrita la parte considerativa del tercer cargo de la sentencia proferida por esta Sala de la Corte el 6 de mayo de 1997 que ostenta la radicación 9561.

SE CONSIDERA

La parte final de la sentencia que transcribe el recurrente, con omisión de lo importante, es del siguiente tenor:

"Por tanto, dentro de las circunstancias fácticas aquí determinadas, el trabajador solo tendrá derecho a que su empleador le pague la pensión restringida de jubilación dentro de las hipótesis y características propias de la regulación contenida en los acuerdos del seguro social sobre la materia".

Esta doctrina, reiterada varias veces por esta Sala de la Corte, se aviene al caso bajo estudio, pues en verdad, al trabajador le eran aplicables las normas correspondientes al régimen del seguro social y específicamente el artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990 expedido por el ISS que ciertamente autoriza la aplicación del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 e impone la cotización sanción, señalando la compartibilidad de la pensión restringida de jubilación con la de vejez, de suerte, que el Tribunal no se equivocó al condenar a la empresa a pagar la pensión sanción.

Por lo demás, la única condición que impone esa norma es, que el trabajador despedido tenga derecho a que se le aplique el artículo 8º de la Ley 171, lo cual se cumple en este caso, si se tiene en cuenta la calidad de trabajador oficial que tuvo el actor durante su vinculación, pues el artículo 37 de la Ley 50 de 1990 señalado por la censura aplicable, no lo es, dado que este régimen normativo tan solo modificó el estatuto propio de los trabajadores particulares dejando vigente la pensión sanción establecida por la Ley 171 de 1961 para los trabajadores oficiales. El cargo no prospera.

B. Segundo Cargo

Acusa por la vía indirecta en la modalidad de aplicación indebida la violación del artículo 8° de la Ley 171 de 1961 y otras normas que cita en la proposición jurídica.

Señala como errores de hecho: "No dar por demostrado estándolo, que una de las demandantes la Sra. Carmen Rosa Lenes Mestra, concilió todas sus pretensiones en este proceso (que incluyó la pensión sanción y las cotizaciones al I.S.S.) en el mismo Juzgado 5° Laboral de Cartagena y firmó ella con su apoderado el acta"; y, "No dar por demostrado estándolo, que la Sra. Carmen Rosa Lenes Mestra, por conducto de su apoderado, en el mismo acto en que concilió, DESISTIO (sic) de todas las pretensiones de la demanda y la Juez del conocimiento en auto ejecutoriado del 18 de diciembre de 1995 aceptó el desistimiento, que incluyó la pensión sanción y las cotizaciones del ISS."

Como prueba dejada de apreciar indicó el acta de conciliación y el consiguiente desistimiento que obra en los folios 84, 85 y 86 vuelto.

El recurrente aduce que a pesar de que el Juzgado de conocimiento aceptó por medio de auto que cobró ejecutoria, el desistimiento que hizo la señora Carmen Rosa Lenes Mestra de las pretensiones incoadas en la demanda que dio origen a este proceso, el Tribunal, inexplicablemente, condenó a Alco Ltda. a pagarle la pensión restringida y la cotización sanción.

SE CONSIDERA

Incuestionable resulta la queja del censor, pues ciertamente durante el trámite de este proceso, la señora Lenes Mestra concilió con la demandada sus diferencias y en el acta correspondiente que obra a folios 84 a 86, desistió de todas y cada una de sus pretensiones, decisión que fue aceptada por el Juzgado mediante auto que cobró ejecutoria. Siendo esto así, resulta evidente que el Tribunal ignoró la existencia de la conciliación y el desistimiento contenido en los documentos señalados como inapreciados y por esa razón incurrió en los errores que le atribuye la censura, dado lo cual, el cargo prospera.

SENTENCIA DE INSTANCIA

Lo dicho en sede de casación resulta suficiente para confirmar la sentencia del *a quo* en cuanto absolvió a la empresa Alcala de Colombia "Alco Ltda" En Liquidación de las pretensiones propuestas por la señora Carmen Rosa Lenes Mestra en la demanda inicial.

En mérito de lo expuesto la corte Suprema de Justicia, Sala de casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley CASA PARCIALMENTE la sentencia proferida el 29 de octubre de 1998 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena dentro del proceso ordinario promovido por el señor Julio

Antonio Luna Ramos y Carmen Rosa Lenes Mestra contra Alcaldía de Colombia "Alco Ltda" EN LIQUIDACION en cuanto condenó a esta última a pagar a favor de Carmen Rosa Lenes Mestra la pensión sanción y la cotización sanción. No la casa en lo demás. En sede de instancia, confirma la sentencia del a quo en cuanto absolvió a la empresa demandada de esas condenas.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiense, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Carlos Isaac Náder, Francisco Escobar Henríquez, José Roberto Herrera Vergara, Rafael Méndez Arango, (Salvamento de voto); Luis Gonzalo Toro Correa, Germán G. Valdés Sánchez, (Salvamento de voto); Fernando Vásquez Botero.

Laura Margarita Manotas González, Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO.

PENSION SANCION

Este salvamento de voto se origina en la discrepancia que tengo con la mayoría de la Sala sobre la decisión adoptada en relación con el primer cargo, pues en mi opinión este ha debido prosperar dado que en realidad el Tribunal aplicó mal el Artículo 37 de la Ley 50 de 1990, pues le hizo producir efectos en una causa respecto de la cual no es aplicable dado que aquella norma está dirigida a los trabajadores particulares y los demandantes no tienen tal calidad.

El fallo del cual me aparto en alguna medida acepta el anterior planteamiento pero a la postre adopta como uno de los sustentos de su decisión la circunstancia de considerar que corresponde aplicar el Artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990 para conceder prosperidad a las pretensiones del actor formuladas con base en el Artículo 8º de la Ley 171 de 1961.

Sobre el particular he expresado de vieja data mi discrepancia con tal posición, dado que considero que la pensión surgida de la última de las disposiciones mencionadas es diferente a la establecida en el Acuerdo 049 de 1990 expedido por el ISS, sobre lo cual tuve oportunidad de manifestar las razones de esta posición en salvamento de voto presentado conjuntamente con el Dr. Rafael Méndez Arango.

En lo pertinente, en aquella oportunidad se dijo lo siguiente:

e) "No se desconoce que el artículo 17 del acuerdo 049 de 1990 emanado del Instituto de Seguros Sociales remite al artículo 8º de la Ley 171 de 1961 cuando hace referencia a la pensión restringida, pero no por ello puede considerarse que una y otra expresión pensional corresponden a una misma figura, debido a que normativa y jurisprudencialmente se han establecido claras diferencias entre uno y otro derecho, que impiden darles el mismo tratamiento jurídico.

f) En efecto, al identificar las características de la pensión restringida de jubilación consagrada en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, la jurisprudencia, mayoritaria pero constantemente, señaló que por su naturaleza y estructura tal figura no se dirigía a cubrir el riesgo de vejez y como consecuencia, en relación con la misma, no operaba la subrogación del riesgo previsto en los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, al crearse la pensión de vejez asumida por el régimen de seguridad social por medio del acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 del mismo año.

De allí surgió la reiterada conclusión doctrinaria de la compatibilidad o coexistencia de la pensión sanción a cargo del empleador, con la pensión de vejez reconocida por el Seguro Social, teoría que, a pesar de contar con una sólida y muy razonada oposición, se mantuvo inalterable hasta que las disposiciones emanadas del Instituto de Seguros Sociales por conducto del acuerdo 029 de 1985 aprobado por el Decreto 2878 de tal año, permitieron una nueva expresión jurisprudencial que en su desarrollo y perfeccionamiento, junto con la expedición del acuerdo 049 de 1990, consolidaron una modificación dentro de la doctrina anterior para concluir que la pensión restringida de jubilación entraba a ser compartida con la pensión de vejez asumida por la seguridad social, lo cual significó reconocer que tal pensión restringida, dentro de la normatividad del Seguro Social, sí cubría el riesgo de vejez, pues de otra forma la compatibilidad establecida, resultaba totalmente inconsistente.

Como obligación patronal, la nueva pensión proporcional solo representa el pago de las mesadas en su valor total hasta el momento en que se cumplan los requisitos mínimos para adquirir frente al Seguro Social el derecho a la pensión de vejez, al igual que la atención de las cotizaciones orientadas a ésta última, momento a partir del cual su carga queda reducida al pago de la diferencia entre el valor de la pensión restringida y el de la pensión de vejez, e incluso puede quedar liberado de toda deuda si, como puede resultar frecuentemente, tales valores coinciden o el de la pensión de vejez resulta mayor. Por el contrario, la pensión restringida prevista en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, sin afectación alguna de la regulación propia de la seguridad social, impone al empleador el pago vitalicio de las mesadas en forma exclusiva y sin reducción alguna de su carga económica cuando el I.S.S. llegara a reconocer la pensión de vejez.

En sentido contrario, para el beneficiario la pensión en cuestión a la luz del primigenio artículo 8° de la Ley 171 de 1961 representa un derecho inmodificable adquiera o no pensión de vejez, mientras que la pensión del artículo 17 del acuerdo 049 de 1990 supone un derecho que va a sufrir necesariamente variación, y concretamente mengua, cuando surja el derecho a la pensión de vejez. Incluso, como antes se vio, puede llegar a desaparecer en su significado económico.

Se tiene entonces que por corresponder a pensiones de naturaleza distinta, que cubren riesgos diferentes y que tienen, como consecuencia, proyecciones dispares, constituyen derechos distintos y por ello conceder judicialmente uno de ellos cuando se ha solicitado claramente el otro, supone generar una modificación dentro del petitório de la demanda e incurrir por tanto en la prohibición del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, frente al cual la única excepción admisible en el campo laboral, cuando de decidir sobre las pretensiones se trata, corresponde a la que nace del ejercicio de la potestad para fallar extra o ultra petita que contempla el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo, norma que restringe esta facultad al juez de primera instancia, por lo cual está proscrito para esta Corporación en forma absoluta. Tal criterio, que constituye el

fundamento de la discrepancia que sostiene este salvamento, no se afecta por la circunstancia de tener los demandantes la condición de trabajadores oficiales habida cuenta de las razones que condujeron a concluir como aplicable a ellos, dentro de este caso, las disposiciones propias de la seguridad social.

Es pertinente aclarar que después de la fecha de la sentencia frente a la cual se expresó el anterior salvamento de voto, junio 18 de 1997, la Corte Constitucional declaró parcialmente inexecutable el Artículo 50 del CPT, lo cual introduce una modificación en la alusión que se hace a esa disposición, pero ello no cambia el fundamento que se tuvo para apartarse entonces, y también ahora, del criterio mayoritario de la Sala.

En la forma anterior dejo expresadas las razones de mi dissentimiento.

Fecha ut supra.

Germán G. Valdés Sánchez

SALVAMENTO DE VOTO

PENSIÓN DE VEJEZ

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral.

Radicación 11898

Como bien lo explica el otro magistrado que también salva el voto, nadie discute que el artículo 17 del Acuerdo 49 de 1990 remite al artículo 8º de la Ley 171 de 1961 para referirse a la pensión restringida de jubilación que dicha norma consagraba; pero esta sola remisión no significa que se trate de una misma prestación social pues la pensión que establecía la ley derogada tenía una naturaleza especial reconocida por la jurisprudencia, ya que al crearla el legislador tuvo primordialmente el propósito de impedir que por un acto inmotivado o injusto suyo el patrono truncara al trabajador la posibilidad de cumplir el tiempo de servicio exigido para obtener el derecho a la pensión de jubilación, por lo que, a la par que amparaba el riesgo de vejez, sancionaba el proceder torticero del empleador. De ahí la denominación que hizo carrera de "pensión sanción": expresión que ha sido acogida inclusive por textos legales.

Como está dicho en el salvamento que en el pasado suscribí conjuntamente con el magistrado Germán G. Valdés Sánchez, la pensión restringida o proporcional de jubilación estaba a cargo exclusivo del patrono, y por tener un carácter sancionatorio de su conducta, no excluía la posibilidad de que el trabajador despedido, si laboraba al servicio de otro patrono, completara las cotizaciones que permitieran al Instituto de Seguros Sociales concederle la pensión de vejez, por lo que eventualmente quien era despedido sin justa causa después de diez años podía llegar a recibir dos pensiones diferentes.

Hay que recordar que uno de los argumentos que se daba para refutar a quienes sostenían que adquirida la pensión de vejez no era dable que el pensionado continuara devengando la pensión restringida o proporcional de jubilación a cargo del patrono, era el de no ser asegurable el dolo del empleador.

La pensión proporcional regulada por el Acuerdo 49 de 1990 es, sin lugar a dudas, de la misma naturaleza que la pensión de vejez, y ella la razón por la que, al cumplir los requisitos mínimos para tener derecho a

esta pensión, el empleador sólo deba pagar la diferencia entre la restringida que ha estado cubriendo y la otorgada por el Instituto de Seguros Sociales de conformidad con sus reglamentos.

Por los antedichos motivos, que esencialmente son los mismos expresados en el salvamento conjunto que en el pasado hice con el magistrado Valdés Sánchez, me veo precisado a disentir del criterio de la mayoría.

Rafael Méndez Arango.

INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL

No es procedente cuando se reconoce en oportunidad legal y el empleador obligado a su pago no ha retardado su cancelación

OBLIGACIONES

El régimen de las obligaciones impide que los jueces amparados en el principio de equidad procedan a revalorizar cualquier obligación.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral - Santa Fe de Bogotá D.C., tres (3) de noviembre de mil novecientos noventa nueve (1999).

Magistrado Ponente: *Germán G. Valdés Sánchez.*

Radicación No. 12119

Acta No. 43

Resuelve la Corte el recurso de casación que interpuso la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, dictada el 30 de Septiembre de 1998, en el juicio ordinario laboral que presentó Fernando Uribe Uriza contra la entidad recurrente.

ANTECEDENTES

Fernando Uribe Uriza demandó a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero para obtener el reajuste del valor inicial de su mesada pensional, reconocida a partir del 2 de Julio de 1989, mediante la actualización del salario promedio devengado por él durante su último año de servicios a dicha entidad, teniendo en cuenta la devaluación monetaria sufrida por el peso colombiano entre el 20 de septiembre de 1977 y el 2 de julio de 1989, la cual ascendió a 931.31% ; y, que como consecuencia de lo anterior se reajustara dicha pensión jubilatoria a partir del 1° de enero de 1990 y para los años subsiguientes en consonancia con lo dispuesto por las leyes 71 de 1988 y 100 de 1993.

Como fundamento de su petición dijo que laboró para la entidad demandada del 2 de Septiembre de 1957 al 20 de septiembre de 1977; que el salario promedio devengado durante su último año de servicios fue de \$39.587.04 ; que la accionada le reconoció una pensión sanción de jubilación a partir del 2 de julio de 1989, en cuantía de \$29.348.02; que entre la fecha de terminación del contrato de trabajo y el 2 de julio de 1989 el

peso colombiano sufrió una devaluación de 931.31%; que como consecuencia de este proceso de devaluación su pensión de jubilación debió ser liquidada con base en un salario de \$408.265.10, lo que significa que esta prestación social debió reconocérsele en una cuantía inicial de \$302.669.02.

La Caja Agraria se opuso a las pretensiones de la demanda e invocó las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, pago, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica que se probara dentro del proceso.

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá, en sentencia del 7 de julio de 1998, condenó a la demandada a pagar al actor \$336.621.78 M/cte., por concepto de reajuste a la primera mesada pensional y \$39.021.350.52 M/cte. por concepto de reajuste anual de la pensión desde 1990.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Apeló la parte demandada y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, en la sentencia aquí acusada, decidió lo siguiente:

"1°) MODIFICAR el literal a) del punto PRIMERO del fallo apelado de fecha 7 de julio de 1998 proferido por el Juzgado 6° Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá en este proceso ordinario de Fernando Uribe Uriza contra Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, en el sentido de determinar que la primera mesada pensional queda indexada a la suma de \$323.714.53 que por estar prescrita no debe cancelarse la diferencia que existió frente al valor reconocido por la demandada, conforme a lo expresado en la parte motiva de esta sentencia.

2°) CONFIRMAR en todo lo demás el fallo apelado teniendo en cuenta lo dicho en la parte motiva."

Para adoptar su decisión el Tribunal se basó en la sentencia proferida por la Corte el 5 de agosto de 1996. Decisión esta que, en esencia, prohija la indexación de la primera mesada pensional.

EL RECURSO DE CASACIÓN

Lo interpuso la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y con él persigue que la Corte "...CASE TOTALMENTE la sentencia recurrida en cuanto modificó el literal "a)" del numeral primero de la decisión del Juzgado a quo y condenó a la Caja Agraria a indexar la primera mesada del actor por un valor de \$323.714.53 y que por estar prescrita no debe cancelarse la diferencia que existió frente al valor reconocido por la demandada según lo señalado en la parte motiva de la sentencia recurrida y confirmó en todo lo demás el fallo del a- quo y en sede de instancia se sirva revocar los numerales 1°, 2° y 3° de la sentencia de primera instancia y en su lugar disponga absolver a la demandada de todas y cada una

de las pretensiones de la demanda; sobre costas resolverá de conformidad."

Con ese propósito formula cuatro cargos: Uno por la vía indirecta, por aplicación indebida; y, los otros tres, por la vía directa, en su orden, por las modalidades de interpretación errónea, aplicación indebida e infracción directa de las normas sustanciales enunciadas en la proposición jurídica que hace parte de cada cargo.

Por razones de metodología y de economía procesal, la Corte entra a estudiar el segundo cargo.

En este segundo cargo se acusa al Tribunal por violar directamente, por interpretación errónea, los "artículos 8° de la Ley 153 de 1887; 1°, 16, 19 y 20 del Código Sustantivo del Trabajo; 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 1494, 1546, 1612, 1613, 1614, 1617, 1626, 1627, 1646, 1649, 2056 y 2224 del Código Civil; 831 del Código de Comercio; 178 del C.C.A.; 61 y 145 del C.P.L., infracción que condujo a la violación consecuencia, por aplicación indebida del artículos 27 del Decreto - Ley 3135 de 1968; artículos 68, 73 y 74 del Decreto 1848 de 1969; artículos 44 y 45 del Decreto - Ley 1045 de 1978, artículos 1°, 2°, 3° y 13 de la Ley 33 de 1985; artículo 8° de la Ley 171 de 1961; artículo 37 de la Ley 50 de 1990; artículo 1° del Decreto 2218 de 1966; 1°, 2° y 5° de la Ley 4ª de 1976; artículos 1° y 2° de la Ley 71 de 1988; artículos 14, 35, 36, 50 y 142 de la Ley 100 de 1993 y artículo 151 del C.P.L."

Para demostrar la transgresión de la ley se afirma:

"El quebranto de las anteriores disposiciones se produjo por la vía directa, sin consideración de las pruebas aportadas al proceso, pues para los efectos del cargo se aceptan todos los presupuestos fácticos del *ad quem*.

"La discrepancia es jurídica y radica en que el *ad quem* interpretó erróneamente las normas sobre indexación de las obligaciones dinerarias, porque se entendieron mal las disposiciones sustanciales que apoyan la aludida indexación, que únicamente tienen alcance para obligaciones incumplidas por el deudor, pero no respecto de las que no han nacido a la vida jurídica; lo anterior condujo a aplicar de manera indebida las normas que consagran el derecho pensional, las cuales correctamente aplicadas, habrían conducido a que la pensión de jubilación del actor se liquidará.(sic) como lo efectuó la Caja Agraria demandada conforme lo señala los artículos 73 y 74 del Decreto 1848 de 1969 y demás disposiciones concordantes.

"Por tanto, si la norma que aplicó la Caja Agraria para reconocer la pensión es clara y precisa, no existe razón para desatender su letra y espíritu, tal como lo interpretó equivocadamente el *ad quem*, con la teoría de la indexación no autorizada por la legislación Colombiana para este caso.

"En gracia a la brevedad, doy por reproducidos los demás argumentos contenidos en el primer cargo, ya que el punto es idéntico y sólo varía (sic) el concepto de la violación, pues este es por la vía directa, en la modalidad de interpretación errónea".

La parte opositora al referirse a la anterior acusación sostiene que el Tribunal Superior no hizo interpretación alguna de las normas señaladas en la proposición jurídica del cargo como erróneamente interpretadas. Y manifiesta, además, que el recurrente no señala cuál es, a su juicio, la verdadera comprensión de las disposiciones que denuncia como mal entendidas por el *ad quem*. Deficiencia esta que, en sentir de la oposición, constituye un incumplimiento de las formalidades propias de la técnica de casación cuando se pretende la infirmación de una sentencia por esta vía y modalidad.

De otro lado, la opositora critica la proposición que el recurrente hace a la Corte, en el sentido que se tenga como argumentación del cargo de marras los razonamientos esgrimidos como fundamento de la primera acusación, porque tal proceder desconoce la autonomía que en casación tiene cada uno de los cargos que se formulan con el propósito de destruir la legalidad de la sentencia de segunda instancia atacada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Aun cuando tiene razón la réplica en la crítica que le formula a la proposición que le hace el recurrente a la Corte, en el sentido que se tengan como reproducidos en el segundo cargo los argumentos constitutivos de la sustentación de la primera acusación que se le hace a la sentencia impugnada, -impropiidad en la que también incurrió la oposición- porque, efectivamente, ello riñe con la independencia y autonomía que necesariamente deben guardar en su planteamiento los cargos en casación, todavía más cuando éstos sean opuestos en atención a que uno se proponga por la vía indirecta y otro por la vía directa, como ocurre en el caso que nos ocupa; también lo es, que la argumentación que alcanza a esbozar el impugnante como demostración del segundo cargo es suficiente para entrar al estudio de fondo del mismo, aún más cuando de la misma acusación se desprende que se ataca es el fundamento jurídico sobre el cual descansa la construcción jurisprudencial de la teoría de la indexación de la primera mesada pensional.

En lo que atañe al otro reproche que la parte opositora le enrostra al cargo, esto es, que no se indica por el recurrente cuál es la interpretación genuina de las disposiciones denunciadas en la proposición jurídica, hay que decir que en este punto no le asiste razón a la réplica, pues en la demostración de este cargo se expresa que el mal entendimiento de dichas normas por parte del Tribunal estriba en deducir de ellas que la indexación es aplicable a las obligaciones que no han nacido a la vida jurídica, cuando, en sentir del censor, las mismas únicamente permiten la aplicación de la indexación respecto de las obligaciones incumplidas

por el deudor. Planteamiento que así concebido se ajusta a las formalidades técnicas que exige la casación respecto de la acusación que se haga por violación directa de la ley sustancial, en la modalidad de interpretación errónea.

Aclarado lo anterior, se procede al estudio de la acusación que le formula el recurrente al Tribunal de haber interpretado erróneamente los artículos 19 del C.S.T. y 8 de la Ley 153 de 1887, que consagran

los principios de justicia y equidad que constituyeron el soporte legal del fallo recurrido en casación.

La sentencia de casación que sirvió de fundamento jurídico a la que en este proceso proferiera el Tribunal de Medellín fue la dictada por esta Sala de la Corte el 5 de agosto de 1996. Cuatro de sus Magistrados la apoyaron y los tres restantes salvaron su voto. Con ocasión de la recomposición de la Sala Laboral debida al retiro de dos de los Magistrados que apoyaban la tesis de la indexación de la primera mesada pensional, se acoge ahora por mayoría la tesis que antes informaba el salvamento de voto.

El actual criterio mayoritario reafirma que en el sistema legal colombiano no existe una regla general que preceptúe que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda sea una carga económica que debe asumir el deudor, con mayor razón tratándose de pensiones de jubilación, las que por su alto contenido económico, se han convertido en uno de los factores que más ha contribuido a afectar la capacidad económica de las empresas, lo que indiscutiblemente se traduce en últimas en la imposibilidad de ofrecer más y mejores fuentes de trabajo.

La tesis ahora mayoritaria es la siguiente:

La indexación no tiene alcance general. El legislador la ha reconocido para casos particulares y la jurisprudencia de esta Sala y de la Civil de la Corte, únicamente como el medio correctivo adecuado a las situaciones de pago retardado de algunos créditos.

Siguiendo ese criterio, si las normas que regularon la pensión de jubilación, particular u oficial, establecieron que el empleador debía pagar al trabajador con derecho a la pensión un 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicios, esa base salarial no puede ser modificada por el juez actualizando su valor monetario, pues la norma no lo autoriza para el caso en que la pensión empieza a disfrutarse después de la fecha de la terminación del contrato ni cuando las dos fechas coinciden y la devaluación igualmente afecta la base salarial. La pérdida del poder adquisitivo de la moneda o su revaluación, que son las contingencias de toda economía monetarista, representan el daño o el beneficio que afecta a cualquier patrimonio (a los derechos y obligaciones que lo conforman), pero el riesgo que corre el sujeto no siempre gravita sobre el deudor a menos que actúe con retardo o mora y en las situaciones específicas que reconocen la ley y la jurisprudencia. Los reajustes pensionales que establece la ley,

obedecen a consideraciones de equidad y el deudor de la pensión las asume aunque no incurra en retardo o en mora, pues así lo determina expresamente la ley misma.

Como el artículo 260 del CST, al igual que las disposiciones que han regulado la materia en el sector oficial, contiene esa regulación normativa dentro de un sistema legislativo y económico que no acoge como regla general la revaluación monetaria de las obligaciones, debe concluirse que el Tribunal debe aplicar esos preceptos legales y por tanto, no es pertinente acudir al artículo 8º de la Ley 153 de 1887 y por ende el 19 del CST, que solo operan cuando hay ausencia de regulación expresa de un fenómeno en las relaciones jurídicas.

Por otra parte, la indexación resulta distante de la filosofía y estructura de la seguridad social dado que ella opera dentro de un régimen contributivo que solo subsiste en la medida en que sus ingresos sean suficientes para cubrir las obligaciones pertinentes y dentro de ellas las pensionales. Si alguien deja de cotizar pero aumenta la base de liquidación de su pensión, genera un desequilibrio dentro de ese sistema de ingresos y egresos al que se ha aludido, con el consecuente detrimento de la capacidad de la entidad pagadora de pensiones para sufragar oportunamente la totalidad de las obligaciones de tal orden, con sus consecuentes repercusiones de orden social, lo cual es necesario anotar dado que las pensiones, como realmente corresponde a su esencia, se encuentran ahora establecidas a cargo del Sistema de Seguridad Social Integral, como regla general.

En forma concordante y complementaria de lo anterior, la Sala mayoritariamente señaló en sentencia de fecha 18 de agosto de 1999 (Rad. No. 11818) lo siguiente:

"5. Mas, existen aspectos puntuales sobre esta materia que en esta oportunidad la Sala de Casación Laboral precisa, a fin de rectificar los criterios que en ocasiones anteriores se han esbozado:

a) Huelga resaltar, en principio, que no se indexan las obligaciones contractuales, en tanto acreedor y deudor han tenido la oportunidad de pactar mecanismos de proyección contra el proceso inflacionario. El juez no puede interferir en el libre juego de las voluntades de los contratantes, quienes, en presencia de un hecho notorio como la inflación, deciden celebrar una negociación y mantener incólumes el valor de sus prestaciones exigibles en un mediano o largo plazo. Tentero los contratantes la posibilidad de prever un fenómeno absolutamente notorio para cualquier hombre de mediana capacidad que entra en la esfera negocial, deben actuar ellas con diligencia y cuidado (numa auditur propriam inprudinem alegans).

Ahora bien, esta primera tesis es válida mientras se cumpla la obligación en la oportunidad convenida. Porque no satisfecha en tiempo, si del

incumplimiento se deriva una significativa deprecación de la misma, entonces puede solicitarse su indexación como un componente del daño emergente ocasionado al acreedor.

b) Se indexan las obligaciones puras y simples, vale decir, existentes y exigibles, cuya fuente es directamente la ley, cuando ésta no prevé ningún mecanismo para que al acreedor se le entregara la prestación a que realmente tiene derecho. Se propende con ello restablecer el equilibrio perdido en la relación jurídica emanada de la norma, por no haber previsto los alcances de su tendencia nominalista. El presupuesto es, se reitera, la presencia de una obligación cierta, respecto de la cual existe una situación jurídica constituida y cuyos efectos se surtieron o se están surtiendo. Ilustra lo afirmado en este punto, el caso de las prestaciones sociales, respecto de las cuales ha dispuesto el legislador, de manera expresa, la sanción moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de manera que siendo ésta, por definición del precepto en cita, una "indemnización", no desvirtuada la mala fe y condenándose a ella, tornase improcedente la indexación por haberse previsto una fórmula indemnizatoria propia.

c) No se indexan, pues, en primer lugar las obligaciones condicionales suspensivas, es decir, las pendientes "de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no", según las voces del artículo 1530 del Código Civil, en tanto enerva la adquisición del derecho mientras él no se cumpla (art. 1536 tb.). En segundo término, tampoco se revalorizan los derechos eventuales. Estos, conforme a la teoría de las obligaciones, son los que emanan de un acto, hecho o negocio jurídico en formación (in nuce), o incompleto o imperfecto, como los que han reunido uno o varios de los elementos necesarios para su existencia, pero les falta otro u otros de ocurrencia futura. Mucho menos, no está demás decirlo, pueden ser valorizadas las meras expectativas de derechos, respecto de las cuales no cabe hablar, siquiera, de obligación.

6. Lo antes expresado conduce a la CORTE a rectificar su doctrina expuesta en fallos de mayoría, citados por el juzgador ad quem, para dejar por senado que no es posible, jurídicamente hablando, indexar la primera mesada pensional cuando el derecho se reconoce en la oportunidad indicada en la ley y el empleador, obligado a su pago por no haberla sustituido en ninguna entidad encargada del riesgo, no ha retardado su cancelación. Lo dicho se funda en las siguientes razones:

a) Porque el derecho a reclamar la pensión sólo surge respecto de su acreedor a partir de la concurrencia de dos elementos esenciales para su existencia:

1) el cumplimiento de una cantidad preestablecida de cotizaciones o de un determinado número de años de labores, según se estuviera, o no, cubierto por el régimen de la seguridad social; y 2) el advenimiento de la edad señalada en la ley para obtenerla. Quien, como en el caso del actor, ha satisfecho uno solo de los dos factores esenciales para alcanzar la pensión (el tiempo de servicio fijado en la ley o pactado en la convención) tiene, a no

dudarlo, un derecho eventual, apenas en ciernes, en tanto falta el otro de las componentes imprescindibles para que se pueda consolidar, con un titular del derecho, de una parte, y un obligado a su satisfacción, por la otra.

Sostienen algunos que en el caso antes referido hay más bien un derecho sometido a condición suspensiva; pero, en rigor jurídico, se trata de un derecho in nuce, por cuanto en la relación jurídica condicionada el derecho se encuentra perfeccionado, sólo que sus efectos se hallan en estado de latencia por estar pendientes de un hecho futuro e incierto, ajeno a su esencia y no requerido para su consolidación. El derecho eventual y su obligación correlativa, en cambio, nacen a la vida jurídica en el momento en que se completan los requisitos exigidos en la ley o en el contrato; tal es el caso de los derechos del nasciturus, o el del asignatario (Código Civil, art. 1215), o el de los esposos (art. 1771 y ss. ib.), los del constituyente de una hipoteca (art. 2441, ib.), y, en materia laboral, entre otros, los del trabajador con derecho a la pensión de invalidez (art. 39 Ley 100/93), de vejez (art. 33 ibidem), de jubilación (art. 260 C S T), por aportes (art. 7º Ley 71/88), de sobrevivientes, para no citar más.

Muchos doctrinantes van más allá, pues consideran que en el caso de que sólo se haya satisfecho uno de los componentes vitales para la existencia del derecho a obtener la pensión, lo que hay es una mera expectativa. Esto implica, por supuesto, la posibilidad de negociación y renuncia de parte del trabajador de su esperanza de adquirir un derecho fundado en una norma vigente, o incluso de modificación o extinción mediante ley de lo que hasta entonces no era un derecho por falta de los presupuestos materiales o de hecho.

En cambio, en tanto derecho eventual, el empleador o la entidad de provisión, deudor futuro de la pensión que se le reclamaría en caso de completarse los elementos requeridos para su existencia, sabe que hay una "expectativa de derecho" y no una "mera expectativa", expresiones que no se deben confundir, como no lo hace la doctrina ni la ley, en la medida en que la primera comprende los derechos condicionales y los eventuales, que por su especial naturaleza confieren al futuro titular (de cumplirse la condición suspensiva, en los primeros, o completarse los elementos faltantes, en los segundos) posibilidades jurídicas de administración, conservación y disposición (artículos 575, 1215 y 1547 a 1549 del Código Civil).

b) Así pues, integrados los requisitos necesarios para la consolidación del derecho en cabeza de su titular, nace la obligación de pagar la mesada que la ley impone, conforme a los parámetros en ella señalados, y el derecho correlativo de quien adquiere la pensión. Antes no, porque mientras el derecho eventual se perfeccionaba había apenas una expectativa de derecho, o mejor, un derecho en perspectiva, esto es, en vías de adquirirse; pero, jamás, un derecho adquirido.

c) La obligación surgida a la luz del derecho es la indicada en la ley, esto es, la mesada pensional, para cuyo cálculo el legislador dispuso, de

manera expresa, factores matemáticos precisos. No existe, pues, vacío legal alguno al respecto y, por lo mismo, no le cabe al juzgador apartarse de lo preceptuado en las normas vigentes, según cada caso, por cuanto sería asumir una conducta contraria a su claro tenor literal, so pretexto de decidir en equidad que, valga decirlo, sigue siendo criterio auxiliar en la resolución de los conflictos.

No existe, en consecuencia, laguna legal que llenar con los principios generales del derecho, y tanto es ello así, que desde la década del sesenta se dispusieron mecanismos para conjurar el deterioro real de las pensiones, hasta llegarse a la actualización anual con base en el salario mínimo legal, en la Ley 71 de 1988, mejorada con la fórmula consagrada en la Ley 100 de 1993.

d) Puede reclamarse el reconocimiento de la pensión, de acuerdo con lo antes dicho, desde cuando se constituye el derecho, esto es, se completan los elementos requeridos para su existencia. Y sólo entonces se podrá exigir la mesada reconocida, entendiéndose, desde luego, que el acreedor de ella deberá estar retirado del servicio, en la medida en que esta sí es una condición de la cual pende la exigibilidad de su pago.

7. Las conclusiones expuestas constituyen la nueva doctrina de la Sala Laboral de la Corte sobre esta temática, para lo cual se tuvo en cuenta, además, que la tesis estricta de la "indexación de la primera mesada pensional" conduciría al extremo de tener que actualizar, con base en el costo de la vida, no solo los derechos exigibles, sino las bases salariales de su establecimiento, principio que aplicado a otras situaciones iguales apartaría fatalmente una indexación general de los salarios y de las bases de liquidación de todas las prestaciones con sus perturbadoras consecuencias jurídicas y económicas; así las cosas, los acuerdos celebrados en el contrato de trabajo o en las convenciones colectivas perderían su validez, en tanto tendrían que quedar sujetos a la referida actualización. De igual modo, aplicados esos criterios aun después de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se aniquilarían los efectos del inciso 3º de su artículo 36, que sí estableció, por primera vez, la corrección monetaria del ingreso base de liquidación de pensión de vejez o jubilación, pues lo concebido en los fallos anteriores al presente sobre el punto contraría el texto de la nueva ley, si en cuenta se tiene que ésta actualiza la base de las cotizaciones de los años indicados en el precepto, y no la primera mesada.

Finalmente no puede desconocerse que la equidad también está consultada por la Ley 100 de 1993, dado que a partir de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, además de éstas, debe cancelar el deudor la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se cancele la obligación."

El cargo prospera y en consecuencia habrá de casarse la sentencia del Tribunal y, en sede de instancia se revocará la del Juzgado, para, en su lugar, absolver a la demandada.

Como corolario de lo anterior, resulta innecesario el análisis de los otros tres cargos planteados por el recurrente contra la sentencia del Tribunal.

No se condenará en costas al actor ni en el recurso extraordinario ni en las instancias por ser esta decisión el resultado de una modificación de la jurisprudencia hasta ahora imperante.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, dictada el 30 de septiembre de 1998 en el juicio ordinario laboral que promovió Fernando Uribe Uribe contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero; en sede de instancia, REVOCA la proferida en el mismo asunto por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá, y en su lugar, ABSUELVE a la demandada de las pretensiones de la demanda.

Sin costas en el recurso extraordinario. Sin costas en las instancias.

Cópiase, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Germán G. Valdés Sánchez, Francisco Escobar Henríquez (Salvamento de voto); José Roberio Herrera Vergara, Carlos Isaac Nader, Rafael Méndez Arango, Luis Gonzalo Toro Correa (Salvamento de voto); Fernando Vásquez Botero (Salvamento de voto).

Laura Margarita Muradas González, Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO

INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL

Radicación No. 12119

Con el debido respeto nos permitimos salvar el voto en la decisión acogida por la Sala en la sentencia del 3 de noviembre del año en curso, proferida para desatar el recurso de casación propuesto por la parte demandada dentro del proceso ordinario promovido por Fernando Uribe Uribe contra la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, radicación 12119.

Como es de conocimiento en el ámbito jurídico nacional, desde el año de 1996, en sentencia del 5 de agosto de esa anualidad, radicación Nro. 8616, esta Sala de la Corte, por mayoría, que ahora queda en minoría, aceptó la procedencia de la actualización judicial de la base salarial que de acuerdo con la ley debe tenerse en cuenta para liquidar la pensión de jubilación, que es lo que tradicionalmente se le ha dado la denominación de "indexación de la primera mesada pensional".

Es por lo anterior que quienes nos separamos de la sentencia que impone un nuevo criterio, en sentido contrario, sobre tal tema, estimamos indispensable traer a colación, en primer lugar, las razones en que se ha fundamentado nuestra posición al respecto, ya que para nosotros siguen siendo válidas, y para ello nos remitimos a lo expresado en el fallo del 10 de diciembre de 1998, radicación 10939, así:

"(...) Ahora bien, ciertamente en la demanda con la que se inició el juicio se ha deprecado la retribución del valor inicial de la pensión de jubilación del accionante, mediante la aplicación al salario promedio devengado por él durante el último año de servicios, del valor de la depreciación monetaria que afectó el peso colombiano entre la fecha de la terminación de su contrato laboral y aquella en que empezó a devengar dicha pensión, esto es, entre el 30 de noviembre de 1978 y el 22 de julio de 1984.

El Tribunal para dirimir la controversia precisó: que la indexación no tiene alcance general; que por vía jurisprudencial se ha efectuado su reconocimiento para casos concretos y con el objeto de corregir situaciones de mora en el cumplimiento de obligaciones, hipótesis que no se da en el caso; que el otorgamiento de la indexación al demandante representaría un cambio en las reglas de juego en perjuicio de una de las partes, y que cuando el ex trabajador decidió desvincularse de la empleadora, faltándo-

le más de cinco años para cumplir la edad jubilatoria, tenía conocimiento de las consecuencias monetarias de su determinación, pues la depreciación del peso colombiano es un hecho notorio.

Empero, a juicio de la Sala, la providencia del Tribunal, así sea consonante con la tesis del salvamento de voto a la que finalmente se remite, si incurrió en el yerro de aprehensión jurídica que le endilga la acusación, pues conforme lo tiene dicho la Corte de vieja data, y lo reiteró recientemente en su sentencia de casación del 5 de agosto de 1996, radicación 8616, la indexación es aplicable en el derecho del trabajo y, específicamente en casos como el que se trata, con el objeto de paliar los efectos que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda tiene sobre la cuantía de créditos laborales, como la pensión de jubilación que le fue reconocida al demandante.

Y es por lo anterior que con fundamento en los artículos 8º de la Ley 153 de 1887 y 19 del Código Sustantivo del Trabajo se ha admitido la posibilidad de aplicar en asuntos del trabajo la corrección o actualización monetaria, solución a la que se ha llegado teniendo en cuenta: principios de derecho laboral, de justicia y de equidad; la consagración positiva de la corrección monetaria en varios campos de la actividad civil en Colombia, como también en el derecho administrativo; su aceptación por la doctrina y jurisprudencia extranjeras; las normas reguladoras de pago; los principios del equilibrio contractual, y los desarrollos que en materia de seguridad social pensional introdujo la Ley 100 de 1993.

De modo, pues, que cuando el Tribunal, a pesar de reconocer la existencia notoria del fenómeno de la depreciación del peso colombiano, se abstuvo de aplicar la corrección monetaria a la primera mesada pensional del petente, incurrió en el estigma de interpretación jurídica que se le endilga, pues le entregó a las normas referidas en el cargo, principalmente a los artículos 8 de la Ley 153 de 1887 y 19 del CST, un entendimiento restringido, que no le permitió, en un contexto de justicia, equidad y equilibrio social (art. 1º ibi), solucionar el envilecimiento del valor nominal de la pensión de jubilación de aquél y reajustarla a su cuantía real, conforme lo tiene establecido esta Corporación. Pérdida del poder adquisitivo que no depende de que se esté en mora el cumplimiento de una obligación sino de la existencia de un fenómeno económico, que al ser reconocido no implica imponerle a quien deba soportarlo una carga superior a la que llegare a estar obligado, ya que mirado desde la óptica del poder adquisitivo de la moneda los valores nominales que se determinen son iguales.

Se impone recordar que ha sido posición reiterada de la Sala reconocer la aplicabilidad de la indexación como mecanismo para enfrentar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, argumentando, para el efecto, en unos casos, razones de justicia y equidad, y en otros, el retardo del cumplimiento de una obligación. Empero, en fechas más recientes, con fundamento en la primera razón precitada, se ha precisado la procedencia de aquella, para actualizar una suma de dinero que va a servir para

tasar una obligación futura, y a la cual se proyecta, como es obvio, las incidencias negativas de la inflación. Al respecto la Corporación en el ya citado fallo del 5 de agosto de 1996, radicación 8616, dijo:

"Para ello vale la pena rememorar el basamento que ha tenido la jurisprudencia de la Corporación al aceptar el mecanismo de la indexación. Sobre el particular se expresó en sentencia del 13 de noviembre de 1991. Radicación No. 4486:

"Con apoyo en tal preceptiva (el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 y el 19 del Código Sustantivo del Trabajo, se aclara), la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte desde la referida sentencia del 18 de agosto de 1982, ha venido sosteniendo la posibilidad de aplicar a los créditos de origen laboral, la corrección o actualización de la moneda. El soporte de esta doctrina ha sido vario: los principios del derecho del trabajo, en cuanto criterios de valoración immanentes a esta rama del derecho, portadora, por antonomasia, de una intención cautelar y defensora de los precarios intereses del trabajador, en consideración a que es un sujeto que normalmente no cuenta sino con su fuerza de trabajo para subsistir, enajenándola al empleador, la jurisprudencia, principalmente de la Sala Civil de esta Corporación, que desde un tiempo un poco anterior, enfrentó el análisis de la incidencia de la inflación en las obligaciones diferidas de carácter civil; en los principios de equidad y justicia, comunes, a no dudarlo, a todas las ramas del derecho y en particular a la laboral; en variados campos de la actividad civil en nuestro país, en la doctrina y la jurisprudencia extranjeras, así como también en la escasa producción doctrinaria nacional al respecto, en las normas reguladoras del pago, también indudablemente comunes al derecho ordinario y al del trabajo, en cuanto dicho modo de extinguir las obligaciones tiene que ver con todo tipo de éstas, cualquiera sea su origen; y, en fin, en los principios del enriquecimiento injusto y el equilibrio contractual, fundantes de la doctrina elaborada sobre el tema por la jurisprudencia civil, pero en ningún modo ajenos a los criterios estimativos del derecho laboral. Y, ahora, según los principios constitucionales atrás destacados es pertinente e imperativo tener en cuenta los lineamientos que el constituyente mismo estableció a este respecto y en la materia específica del derecho laboral, expectante de concretos y futuros desarrollos legislativos.

"El panorama jurídico ahora brinda nuevos y mayores elementos para aceptar la aplicación del correctivo de la indexación. Pues ciertamente en punto de las pensiones, se expidió la Ley 100 de 1993 por la cual se crea el sistema de seguridad social integral, que en varias de sus disposiciones desarrolla los principios constitucionales en cuanto consagran la previsión de crear mecanismos adecuados para que las pensiones mantengan su poder adquisitivo constante, como arbitrio eficaz para garantizar la congrua subsistencia de amplísimos sectores salariales (artículos 48 y 53 de la Carta Política). Dicha ley establece mecanismos de actualización no solo de las pensiones causadas (artículo 14) sino de los recursos recaudados para el pago de pensiones futuras, mediante la aplicación del

índice de precios al consumidor, según certificación expedida por el DANE (artículos 36 y 117).

"Si bien para el caso de autos, en el que se solicita la indexación de la primera mesada pensional causada en 1987, no es aplicable el criterio de la analogía legal de una norma expedida en 1993, sí es iluminante del criterio judicial el que tal sistema se hubiera establecido por el legislador, pues ello demuestra la necesidad imperiosa de ponerle coto a situaciones de flagrante injusticia, y la pertinencia del remedio aplicado por la doctrina jurisprudencial.

"Por ello, para resolver el tema bajo examen, siguen sirviendo como soporte de la decisión los destacados en el aparte de la sentencia transcrita del 13 de noviembre de 1991 y, fundamentalmente la orientación legal y doctrinal que impide el enriquecimiento sin causa. Que no otra cosa significaría el que se pudiera solucionar una deuda, respetando un monto nominal que dista enormemente -en el momento del pago- del valor real que tenía la deuda cuando fue contraída."

"Y precisamente una situación semejante es la que se presenta en el caso bajo estudio, pues de acuerdo con el documento de folios 16 a 21 del cuaderno de primera instancia, el demandante, cuando dejó de prestar sus servicios a la demandada: el 30 de noviembre de 1978, devengaba un salario promedio mensual de \$21.077,53, el mismo que se le tuvo en cuenta, el 22 de julio de 1984, para reconocerle un débito pensional equivalente al 75% de su valor, es decir, \$15.808,00, no obstante que entre tales fechas el signo monetario colombiano se depreció en un 146%, según el certificado de folio 63 ibídem.

"La aludida circunstancia evidencia un fenómeno económico del que no puede sustraerse el derecho del trabajo, ni pasar por alto la jurisprudencia, toda vez que desconocerlo implica olvidar que las normas del derecho social, al tenor del artículo 1º del CST, se deben aplicar con un criterio de coordinación económica y equilibrio social, por lo que se impone, con fundamento en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 y 19 del C.S.T., el reconocimiento de la indexación porque de no hacerlo vulnera tal mandato, ya que es indiscutible que "el hecho notorio" de la inflación terminaría perjudicando, inequitativamente, a una de las partes de la relación contractual: el trabajador, que no es propiamente el llamado a soportar tal fenómeno económico porque él no tiene la posibilidad de tomar medidas para protegerse del mismo en razón que su aporte en el contrato es su capacidad de trabajo; situación que no puede predicarse con respecto al empleador porque éste sí tiene o debe tener el control financiero, así sea relativo de la actividad donde aquél presta el servicio, por lo que se puede afirmar que es a él a quien le corresponde prever y asumir las consecuencias de las fluctuaciones económicas, pues está en capacidad de tomar las medidas financieras del caso para cubrirse de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, y una de ellas sería el reconocimiento de una pensión de jubilación actualizando el valor de salario que años atrás devengó el trabajador.

Reitera, entonces, la Corte que una solución como la de la indexación, adoptada para el caso, no implica un incremento en la obligación original, no la hace más onerosa, sino que se limita a mantener su valor real frente a la notoria pérdida del poder adquisitivo de la moneda; acogerla sólo significa restablecer el equilibrio entre las partes, aplicando la revaluación monetaria a los \$15.808,15, que se estableció es el valor de la pensión del accionante cuando cumplió 55 años de vida, el 22 de julio de 1984, para cuya tasación se tuvo en cuenta el último salario promedio mensual que devengaba el 30 noviembre de 1978, es decir, algo más de cinco (5) años antes. El resultado de una operación tal, así sea numéricamente mayor, equivale, para la primera fecha, al valor inicialmente citado, razón por la cual no es predicable que en términos reales de economía y finanzas la indexación le represente cumplir con una obligación dineraria superior a la inicialmente pactada.

"En consecuencia, el cargo prospera; motivo por el cual no hay lugar a costas del recurso extraordinario"

De otra parte, reiterando el debido respeto que nos merece el fallo del que nos separamos, a los argumentos que se exponen en la providencia antes transcrita para sostener la pertinencia de la indexación pretendida y discutida a través de este proceso, agregamos lo siguiente:

1. Si se analiza, desde el año de 1982 y hasta la fecha, el desarrollo jurisprudencial de esta Sala de la Corte en materia de indexación de las obligaciones laborales en general, se impone llegar a la conclusión que al acogerse la revaluación de la base salarial para la pensión de jubilación, no se pretendió, como lo afirma la mayoría, reemplazar un "ordenamiento jurídico de corte nominalista" por un "régimen valorista", sino buscar una solución a un desequilibrio económico que tiene profundas repercusiones en las relaciones que regulan el derecho laboral, por lo que representa lo que se recibe como contraprestación directa o indirecta, independientemente de su denominación jurídica. Y ello en virtud, en primer lugar, de lo que es la inflación y su incidencia en algo tan vital para quien por su edad ve limitada su capacidad y oportunidad de trabajo, ya que basta citar la siguiente explicación más que gráfica de lo que es ese fenómeno económico: "inflación es cuando en vez de no tener plata, usted tiene el doble, pero no le alcanza para comprar lo que hubiera comprado con lo que no tenía". Y en segundo lugar, por lo que se expresa en la sentencia de la que nos apartamos: "En Colombia existe un vacío legislativo, casi total, sobre el fenómeno de la indexación (...)".

2. Es por lo anterior que en nuestro sentir no se puede invocar el artículo 230 de la Constitución Nacional, y menos los artículos 2224 y 1627 del Código Civil, para negar la posibilidad legal de indexar la base salarial con referencia a la cual se debe liquidar la pensión de jubilación. Y esto porque la primera norma también remite a la "equidad" para la solución de conflicto de derecho y, las otras, como bien se sabe, pese a su tenor literal, ya se han superado por la jurisprudencia para disponer, en no pocos casos, la indexación en asuntos regulados por el Código Civil, a

pesar que dicho estatuto está fundado en un criterio eminentemente nominalista o monetarista. Y es por ello que estimamos pertinente traer a colación apartes del salvamento de voto del doctor Fernando Hincastro Forero a la sentencia de la Sala de Casación Civil del 21 de marzo de 1995, Magistrado Ponente Pedro Laffont Planeta, expediente 3328, a saber:

"La obligación de pagar una suma de dinero puede ser tal desde el momento mismo en que surgió la relación, o ser el resultado de la conversión a dinero de una obligación de otra índole, que se percipía en el subrogado pecuniario de la prestación original (art. 1731 I C.C.). En esta segunda hipótesis están de más las consideraciones y disquisiciones sobre el efecto perverso de la inflación sobre el acreedor de obligación pecuniaria, como quiera que la deuda llegó apenas ahora a ser de dinero, mediante la apreciación de la prestación correspondiente (o del perjuicio) en su valor actual, o sea que allí hay un valor presente real y justo.

"Como quiera que la cancelación del contrato, cada contratante deviene acreedor de lo que dio y deudor de lo recibido, aquel que recibió dinero de su contraparte debe restituírselo. Es esa una obligación de "valuta" o pecuniaria propiamente dicha, o pecuniaria primaria, porque la obligación del deudor consiste originariamente en pagar una suma de dinero cierta y precisa. Hipótesis delante de la cual, habida cuenta del fenómeno inflacionario o de depreciación del dinero, surge la necesidad de determinar si lo que el deudor debe es simplemente una cantidad de unidades monetarias, la misma original, o si, debe actualizar, corregir, el monto pecuniario para que su pago sea completo, y el acreedor no resulte sacrificado inopinada e injustamente en provecho suyo.

"Es bien sabido que los pronunciamientos terminantes en favor del nominalismo y, consiguientemente, del poder liberatorio universal y absoluto de la moneda de curso legal o forzoso, han ido cediendo el paso paulatinamente a consideraciones y razonamientos de lógica y equidad irrefutables, que resultando la pérdida continua y acelerada del poder adquisitivo de la moneda y observando los contrastes abismales que se presentan al cabo del tiempo entre el valor nominal y el valor real del dinero, tienden a introducir por vía pretoriana, atenuantes a aquel rigor del dictado político de la soberanía monetaria del Estado, y paliativos a sus efectos iníquos.

"Apenas hay para qué anotar que la doctrina y la jurisprudencia nacionales han evolucionado, habiéndose inclinado ésta en los últimos quince años decididamente por la corrección o actualización monetaria, con orientación y ritmo variados y oscilaciones del todo naturales en materia de suyo delicada y conflictiva y de proyecciones no sólo jurídicas, sino sobre la economía, la individual, obviamente, pero también sobre la macroeconomía y la política económica del Estado. De ahí su encarecimiento de proceder con las mayores cautela y prudencia.

"Distintas son las explicaciones o justificaciones que doctrina y jurisprudencia han buscado y dado a su permisión del reajuste monetario, que van desde el concepto de resarcimiento del daño hasta el de enriquecimiento injusto, pasando por la exigencia de plenitud del pago. No todas esas presentaciones convienen a las distintas hipótesis, por lo cual su aplicación particularizada, a más de impedir una concepción general y unitaria, desemboca en inconsistencias y es propicia a contradicciones. En efecto, si se toma como explicación general la de un criterio indemnizatorio, ¿Cómo justificar la corrección monetaria en la hipótesis de nulidad ajena a cualquier incorrección? Es claro que en el caso del acreedor de restitución de dinero por sentencia resolutoria del contrato debida a incumplimiento del deudor, resulta sencillo, cómodo, y aun afectista, respaldar la orden de reajuste monetario diciendo que al acreedor le asiste derecho a indemnización del perjuicio consistente en la depreciación monetaria. Pero esa justificación estimula la tesis de que cuando el incumplido no es el contratante ahora deudor del dinero, sino el otro, no hay lugar a corrección monetaria, que no es propiamente un correlato lógico y equitativo de aquella. Y, ciertamente, en las demás eventualidades donde no se puede hablar ni de incumplimiento, ni de incorrección del deudor de obligación de restituir dinero, esa explicación no funciona.

"(...)

"Observo en la sentencia de 21 de septiembre de 1992 una contradicción interna, como quicra que a tiempo que pregona el imperio de la igualdad y la equidad y se resiente frente al desequilibrio de las obligaciones restitutorias cuando una de ellas es de devolver dinero, sin discriminaciones y reafirmando doctrina de la Sala que la llevó a conjurar dicha injusticia procediendo de oficio: tal desequilibrio inocultable, objetivamente inícuo, se esfuma o, le resulta, más que indiferente, plausible, cuando el acreedor del dinero depreciado es el contratante cuyo incumplimiento dio lugar a la resolución. Y sin una explicación aceptable de tal asimetría.

"Tampoco encuentro sostenible el argumento de que disponer en tal situación el reajuste monetario, 'equivaldría' a prohibir el 'incumplimiento', como si la corrección monetaria -o sea el equilibrio, la equidad y la justicia- pudieran tomarse de manera de recompensa a la buena conducta o 'beneficio', sólo asignable en razón de ella, y su denegación, cual un castigo, ante cuya amenaza los deudores habrían de cuidarse más de ser cumplidos, es decir, como factor disuasivo.

"(...)

"Es obvio que al juzgador le es forzoso someterse a la ley; pero también, que no le es menos imperativo interpretarla y aplicarla teniendo en cuenta la justicia y la equidad. Ciertamente ningún precepto de código dispone la corrección monetaria, de manera que el reajuste es, sin más, creación doctrinaria y jurisprudencial; así, la pregunta pertinente no podría ser la de si para este o aquel caso la ley la 'permite' o 'autoriza'; sino si la 'prohíbe' o 'excluye'. En todas las circunstancias en que la Corte.

con curia de la justicia y la equidad ha 'aceptado' la corrección monetaria, ha pronunciado jurisprudencia creadora de derecho, sin aguardar a la intervención del legislador. Sin embargo, para el caso de las prestaciones mutuas entre vendedor y comprador por causa de resolución del contrato, debida a incumplimiento de este, la deniega arguyendo que el art. 1932, no sólo no se lo autoriza, sino que se lo impide.

"(...)

"Es elemental la consideración de que toda restitución del precio por parte del contratante que lo recibió, al declararse o decretarse la disolución del contrato, se limita a la parte que él haya pagado; de suerte que, del hecho de que el art. 1932 haya reiterado esa regla para el evento de resolución de compraventa por incumplimiento del comprador, precisamente para poner de relieve que su incumplimiento no acarrea la pérdida de la parte del precio por él satisfecha, no se puede deducir una prohibición legislativa del reajuste monetario, pese a la iniquidad que llevaría consigo la congelación del monto de esa obligación resolutiva. Y menos puede sostenerse que dicho desconocimiento de la realidad y de la justicia 'guarda armonía con el principio de los riesgos de la cosa debida y con el tratamiento equitativo del contrato de compraventa resuelto'. Los riesgos del cuerpo cierto están regulados en el art. 1932 y conforme a los principios generales, sin concesión a favor del comprador, que autorice imaginar compensaciones con el deterioro de la moneda, y el tratamiento equitativo que merecen las partes es muy otro del de la rutina del comprador. ¿Dónde está, entonces, la distorsión del contenido legalmente vigente? La corrección monetaria no es un privilegio o una ventaja para el acreedor, es simplemente reconocimiento de la realidad económica y freno a una injusticia sin causa alguna; es una medida que no exige orden expresa o implícita del legislador, pues su aplicación dimana de los principios o reglas generales del derecho".

3. Es indudable que si en el derecho laboral se estudia la indexación, y si se trata de explicar su razón de ser, desde la óptica de la Teoría General de las Obligaciones, necesariamente como lo hace la mayoría, habría que llegar a la deducción que si no hay obligación o crédito en mora, no es posible indexar, ya que ello haría parte de la indemnización de perjuicios.

Como para quenes salvamos el voto, con la indexación en materia laboral se busca no sancionar una mora sino restablecer un equilibrio económico, producido por un fenómeno de la misma índole, y que repercute sobre el poder adquisitivo de la moneda, independientemente que haya una obligación sujeta o no a una modalidad, es por lo que aceptamos la pertinencia y legalidad de la revaluación judicial de la base salarial para tasar la pensión de jubilación. Y para llegar a ella se acude a mecanismos constitucionales y legales, como lo son la equidad y la analogía.

4. Aunque parezca contradictorio se impone destacar y aplaudir un avance en lo que era la posición de minoría, ya que antes se sostenía que

mientras no se cumplieran los dos requisitos para configurar el derecho a la pensión de jubilación: edad y tiempo de servicio, solamente había una expectativa que ninguna protección legal tenía o merecía. En cambio en la sentencia se da a entender que quien cumple uno de esos dos supuestos es titular ya de un "derecho eventual", y aunque sea "eventual" se le otorga el calificativo de "derecho", ello es el avance, pues, por esa circunstancia, es innegable que es susceptible de cierta protección, así se puntualice que configurado el mismo sólo tiene efectos hacia el futuro, y la forma de protegerlo es aceptando su indexación, sin que ello implique hacer más gravosa la situación del que lo deba satisfacer, pues como se ha explicado no obstante así el resultado de la operación numéricamente sea mayor, ello no representa cumplir con una obligación dineraria superior a la inicialmente pactada.

5. La circunstancia que transcurrieron más de 14 años después de que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció por primera vez sobre la indexación de las obligaciones laborales, para finalmente admitir la posibilidad de revaluar la base salarial a tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación, es claramente indicativa que el criterio de la jurisprudencia, como lo ha venido haciendo, es estudiar en cada caso su procedencia, y no como lo sostiene la mayoría que en virtud de esto último se ha de llegar "fatalmente a una indexación general de los salarios y de las bases de liquidación de todas las prestaciones con sus perturbadoras consecuencias jurídicas y económicas (...)".

Asimismo, estimamos equivocado aducir la Ley 100 de 1993 como argumento para restarle soporte al criterio que hoy queda de minoría. Y esto porque, por el contrario, nos atrevemos a afirmar que al introducir ese estatuto en sus artículos 21 y 36 el concepto de "actualización" con referencia a la variación del índice de precios al consumidor, no hace otra cosa que reconocer que la inflación afecta aquel presupuesto a tener en cuenta para tasar la pensión de vejez.

Además, tampoco sobra recordar que en los fallos proteridos hasta ahora con fundamento en el criterio jurisprudencial que deja de ser mayoritario, siempre el obligado a pagar la pensión era el empleador.

Santa Fe de Bogotá, D.C., noviembre ocho (8) de mil novecientos noventa y nueve (1999)

Francisco Escobar Henríquez, Luis Gonzalo Toro Correa, Fernando Vásquez Botero.

PENSION SANCION

Trabajadores particulares - Trabajadores oficiales

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

EXTRA Y ULTRA PETITA

EXAMEN MEDICO DE EGRESO DEL TRABAJADOR

Por regla general ya no es obligación practicarlo

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral - Santa Fe de Bogotá D.C., noviembre tres (3) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Doctor *Francisco Escobar Henríquez*.

Radicación Nro. 12505

Acta N°. 42

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado judicial del señor Elisco Mendoza Mendoza contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, el 23 de febrero de 1999, en el juicio promovido por el recurrente contra la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES (TELECOM).

ANTECEDENTES

El proceso fue iniciado con el propósito de obtener el reintegro del demandante al cargo de Mensajero II que desempeñaba al momento del despido en la Regional de Cúcuta o a otro de superior categoría y remuneración, junto con el pago de los salarios dejados de percibir entre la fecha del rompimiento de la relación laboral y hasta el momento en que se restablezca el vínculo contractual, incluidos los incrementos legales y convencionales, así como las prestaciones sociales compatibles con el reintegro, tales como primas semestrales, de vacaciones, saturación y navidad, vacaciones y auxilio de alimentación. También solicitó la declaración de no solución de continuidad del contrato de trabajo.

En subsidio fue reclamada la indemnización convencional por despido sin justa causa indexada, la pensión proporcional de jubilación, la liquidación y pago de aportes a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones "Caprecom", o al Instituto de Seguros Sociales, equivalentes a 698

semanas dejadas de colizar, la indemnización moratoria, entre otras causas por no haber ordenado los exámenes médicos de egreso. Igualmente fue solicitada la reliquidación y pago de las cesantías definitivas desde la fecha de ingreso el 23 de diciembre de 1979 y el 31 de marzo de 1995 con el último factor salarial, así como la declaración de no solución de continuidad del contrato de trabajo, la nulidad del acta de conciliación celebrada el 27 de febrero de 1995 y las costas del proceso, incluidas las agencias en derecho.

Exponen los hechos que sustentan las reclamaciones enunciadas que el trabajador prestó sus servicios personales para la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM, entre el 23 de diciembre de 1979 y el 31 de marzo de 1995, aclarando que a partir de la expedición del Decreto 2123 de 1992 su vinculación pasó a ser la de un trabajador oficial.

Además relatan que al momento de la finalización de la relación laboral desempeñaba el cargo de Mensajero II en la Regional de Cúcuta, con una asignación mensual de \$282.854.00 y en lo concerniente a los motivos que originaron su desvinculación de la empresa aduce que ésta se reestructuró mediante el Decreto 2123 de 1992, que desarrolló el artículo 20 transitorio de la Constitución Nacional, y que a través del Acuerdo de Junta Directiva Nro. 1664 de 1992 se aprobó el plan de retiro.

Agregan a lo anterior que como consecuencia de la reestructuración enunciada el demandante fue urgido para que se acogiera al plan propuesto por la Empresa, el que no fue voluntario por ser insinuado por ésta, quien incluso elaboró todos los modelos de las cartas que debían presentar los trabajadores previa autenticación ante notario. Además resaltan que el cargo desempeñado por el actor no fue suprimido y que por el contrario su vacante fue cubierta con un nuevo empleado incluso con una asignación mayor, sin tener en cuenta que el actor tenía 13 años, 5 meses y 18 días de antigüedad y que en consecuencia le faltaban 6 años, 6 meses y 12 días para consolidar el derecho a la pensión de jubilación conforme a las leyes 28 de 1943 y 22 de 1945.

Por otra parte, aducen que la cesantía del demandante fue liquidada año por año y acumulada en la misma empresa, es decir que no estuvo consignada en el Fondo Nacional del Ahorro, como también que los intereses a la cesantía no se le cancelaron anualmente como lo prevé la ley y que los trabajadores de la empresa tuvieron un incremento salarial aproximadamente del 20% a partir del 1º de enero de 1995, que no fue tomado en cuenta para la reliquidación de sus acreencias laborales.

Finalmente informan que la entidad accionada no cumplió la obligación especial que tenía de dar al trabajador a la finalización de la relación laboral una certificación donde constara el tiempo de servicios, la índole de la labor y el salario devengado, y la referente a disponer la práctica del examen médico de egreso, que es en concreto el hecho sobre el cual gravita la indemnización moratoria en que está centrada la controversia en casación.

RESPUESTA A LA DEMANDA

El apoderado judicial de la accionada reconoció que el plan de retiro, aducido por la parte actora, iba dirigido a quienes decidieran acogerse libre y voluntariamente, como fue el caso del demandante quien ratificó su aceptación con la firma impuesta en varios documentos.

En lo referente al auxilio de cesantía aseveró que la entidad demandada estaba exenta de depositarlo en el Fondo Nacional del Ahorro y negó que incumpliera la obligación de cancelar sus intereses.

Igualmente resaltó en lo que tiene que ver con la reclamación de la indemnización moratoria, sustentada en la falta de práctica del examen médico de egreso, que TELECOM asumió la asistencia médica del demandante, en la forma como se previó en la cartilla del plan de retiro y en el acta de conciliación.

Además propuso las excepciones de falta de jurisdicción y competencia, falta de integración del litis consorcio necesario, compensación, pago de lo no debido, cosa juzgada, prescripción, pago, inexistencia del derecho y la de causa petendi ineficaz.

DECISIONES DE INSTANCIA

En audiencia pública de juzgamiento celebrada el 29 de octubre de 1998, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá condenó a la demandada a pagar al señor Elisco Mendoza Meridoza la suma de \$1.536.840.00 por concepto de indemnización moratoria y la absolvió de las restantes pretensiones.

En segunda instancia el Tribunal Superior del mismo Distrito revocó la condena por indemnización impuesta a TELECOM, para en su lugar absolverla por ese concepto y confirmó en lo demás la decisión de primer grado.

El examen de los hechos que rodearon la terminación de la relación laboral aducida por la parte actora llevaron al sentenciador *ad quem* a concluir que el retiro del trabajador fue por mutuo acuerdo.

En cuanto al auxilio de cesantía reclamado señaló que por ser el demandante un trabajador oficial se encontraba regulado por el Decreto 3118 de 1968, conforme al cual las entidades estatales no asumen directamente el pago, porque su reconocimiento está a cargo del Fondo Nacional del Ahorro, pero encontró acreditado que TELECOM estaba exonerado de entregar al Fondo aludido las cesantías, conforme lo permite el literal J) del artículo 7º del mismo decreto.

Anotó al respecto que correspondía a la empresa estatal demandada liquidar el auxilio de cesantía de acuerdo a lo previsto en el artículo 23 del decreto citado, que determinó su carácter definitivo a partir del 1º de enero de 1969 y su liquidación cada año calendario, también de manera definitiva. Obligación que encontró el Tribunal cumplió la empleadora se

gún lo acreditan la hoja de vida del actor y los comprobantes que obran a folios 338 a 347, 356, 396, 397, 418, 465 a 468 y 471. Documentos que además encontró demuestran la cancelación de los intereses a la cesantía y la mora por su no pago oportuno.

Al referirse el juzgador de segundo grado a la indemnización moratoria solicitada por la actora precisó que tratándose de trabajadores oficiales ésta también tiene lugar en los casos en que el empleador no hace practicar el examen médico de salida, puesto que así lo prevé el artículo primero del Decreto 797 de 1949, a pesar de ello concluyó que en este caso no es posible imponer tal sanción porque no se acreditó el cumplimiento de las exigencias previstas en el artículo 3º del Decreto 2541 de 1945 referentes a que la prosperidad de la reparación por su incumplimiento está supeditada a que el trabajador demuestre no sólo que solicitó el examen médico de salida, sino también que le fue efectuado el de ingreso o uno en cualquier momento del desarrollo del contrato.

EL RECURSO DE CASACIÓN

Pretende que se case parcialmente la decisión recurrida en cuanto revocó la condena de primer grado por concepto de indemnización moratoria y en tanto confirmó en lo demás el fallo del *a quo*, para que en sede de instancia modifique la decisión del juez del conocimiento, ordenando el pago en favor del actor la pensión proporcional de jubilación al cumplir 60 años de edad, el reajuste de la cesantía y la sanción desde que dicho auxilio se hizo exigible hasta la fecha de su reliquidación. Con tal fin propone 3 cargos los cuales serán estudiados en el orden propuesto, teniendo en cuenta que no se presentó réplica.

Primer cargo.

Denuncia por la vía indirecta la aplicación indebida del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, en relación con los artículos 5-j del Decreto 1045 de 1978, "literal h del Decreto 3135 de 1968", 73 y 74 del Decreto 1848 de 1969, 2 de la Ley 133 de 1985, 4 del Decreto 1160 de 1989, 37 de la Ley 50 de 1990, 133, 288 y 289 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de la violación de los artículos 50, 66 y 145 del C. P. del T, 57 de la Ley 2º de 1984 y 348 del C. de P. C., al "No dar por demostrado estándolo que el demandante solicita en la demanda reconocimiento de la pensión proporcional". Error este que atribuye a la equivocada apreciación de la demanda inicial.

Para demostrar el cargo el recurrente señala que el art. 8º de la Ley 171 de 1961 consagra el derecho pensional proporcional para el trabajador que se retira voluntariamente después de 15 años de servicio y el *ad quem* "...no obstante considerar, sin discusión que se dieron los presupuestos fácticos, para la pensión proporcional..." prevista en la citada normatividad, no le dio aplicación por errar en la valoración de la demanda, relacionando la petición segunda con los hechos referentes a "un despido, que a la postre no se admitió", pues señala que el Tribunal partió de

la base de la terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo "es decir voluntario por parte del trabajador".

SE CONSIDERA

Los hechos expuestos por la parte actora en la demanda inicial demuestran inequívocamente que la pretensión principal de reintegro reclamada y las subsidiarias de indemnización por despido y pensión proporcional están sustentadas en un supuesto rompimiento injustificado de la relación laboral, fundado en que el plan de retiro adoptado por la empresa no fue voluntario, sino instaurado por el empleador, es así que en la demanda inicial se reclama específicamente la indemnización por despido injusto prevista en la convención colectiva de trabajo y que en el numeral 3.27 del capítulo de los hechos de ese libelo se expresa que la entidad empleadora no ha cancelado la indemnización por despido injusto.

Valga la pena anotar que, si por cualquier razón se pudiese dar prosperidad al cargo, en sede de instancia se encontraría que el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante está afianzado precisamente en lo referente a las peticiones aludidas en un despido injustificado del trabajador (ffs. 505 y 506 del C. de l.).

En estas condiciones se encuentra que no se configura la equivocación fáctica que señala el recurrente a la decisión acusada y que por tanto el cargo no prospera. No obstante lo anterior encuentra la Sala pertinente resaltar que el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 que regula la pensión por retiro voluntario reclamada a última hora en casación dejó de regir para los trabajadores del sector privado y los trabajadores oficiales del orden nacional el 1° de abril de 1994 por disposición del artículo 151 la Ley 100 de 1993.

Segundo Cargo

Por la vía directa, acusa la infracción directa del artículo 8° de la Ley 171 de 1961, en relación con los artículos 5-j del Decreto 1045 de 1978, "literal h del Decreto 8135 de 1968", 73 y 74 del Decreto 1848 de 1969, 2 de la Ley 33 de 1955, 4 del Decreto 1160 de 1989, 37 de la Ley 50 de 1990, 133, 288 y 289 de la Ley 100 de 1993.

En desarrollo de la acusación explica el impugnante que el Tribunal concluyó que el actor laboró para la entidad demandada durante más de 15 años y que "...el retiro del trabajador se efectuó por mutuo acuerdo...", y que sin embargo se rebeló contra las disposiciones legales ya mencionadas al no aplicarlas, puesto que confirmó la decisión absolutoria del a quo argumentando que las peticiones del accionante tuvieron como fundamento un despido injusto que no se demostró. Al respecto advierte que el art. 8° de la Ley 171 de 1961 se encuentra vigente para los trabajadores oficiales, puesto que la Ley 50 de 1990 subrogó dicha disposición solo para el sector particular y la Ley 100 de 1993 únicamente modificó ésta

última preceptiva, además que por disposición del art. 288 de la citada Ley 100, debe aplicarse la normatividad más favorable para el trabajador.

SE CONSIDERA

En este cargo el recurrente sostiene que el Tribunal infringió directamente el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, al no condenar a la empresa demandada a pagar al actor la pensión restringida de jubilación por retiro voluntario del trabajador, apoyado en que esa Corporación encontró acreditado que la relación laboral terminó por mutuo acuerdo que para efectos del demandante equivale a un retiro voluntario.

Planteamiento que resulta errado habida consideración que el Tribunal estaba impedido para fallar con soporte en una causa diferente a la invocada en la demanda, sin detrimento de las reglas de congruencia previstas en el artículo 305 del C. de P.C., aplicable analógicamente en el ordenamiento adjetivo laboral conforme a su artículo 145. En efecto, la disposición referida establece perentoriamente que la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y también que no podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta. Lo anterior sin perjuicio de la facultad que tiene el juez laboral de primera instancia de fallar extra y ultra petita puesto que así lo permite el artículo 50 del C. de P.L.

Es necesario señalar una vez más que inicialmente el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 dejó de regir para los trabajadores particulares por mandato expreso de la Ley 50 de 1990 y que posteriormente aquel precepto y otros expedidos más tarde en idéntico sentido para los trabajadores oficiales quedaron derogados al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, que estableció el Sistema General de Pensiones, que es aplicable a todos los habitantes del territorio nacional, con las excepciones previstas en el artículo 279 de dicha normatividad.

Es así que al terminar la relación laboral aducida en este caso el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 ya no regía, puesto que la Ley 100 de 1993 entró en vigencia en lo concerniente al Sistema General de Pensiones el 1º de abril de 1994, salvo para los trabajadores oficiales del nivel departamental y municipal para quienes a más tardar debía entrar a regir el 30 de junio de 1995, que no es el caso del demandante porque la demandada es una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional.

El cargo, en consecuencia no prospera.

Tercer Cargo

Denuncia por la vía indirecta la aplicación indebida de los artículos 17 de la Ley 6ª de 1945, 1º del Decreto 1160 de 1947, 40 del Decreto 1045 de 1978, 26, 28 al 30 del Decreto 3118 de 1968, 2 y 3 del Decreto 2201 de

1987, 26 del Decreto 2127 de 1945, 3 del Decreto 2541 de 1945, 467 del C. S. del T, 1º del Decreto 797 de 1949, en relación con los artículos 55, 56, 60, 61 y 145 del C. P. del T, 177, 187, 244, 252, 253 y 276 del C. de P. C. Transgresión legal que atribuye a la comisión por parte del juzgador de 5 errores de hecho que dice provienen de "la apreciación errónea de (sic) interrogatorio de parte, inspección ocular y de documentos auténticos."

Los yerros que atribuye la impugnación al sentenciador dicen textualmente:

I.- No dar por demostrado estándolo que la demandada no pagó al trabajador la cesantía liquidada con todos los factores de salario.

II.- No dar por demostrado estándolo que el demandante probó los factores de salario necesarios para concluir la prosperidad del reajuste de cesantía demandado.

III.- No dar por demostrado estándolo que la entidad demandada fue renuente en facilitar la práctica de la inspección judicial.

IV.- No dar por demostrado estándolo que la entidad demandada ha incurrido en mora al no cancelar oportunamente prestaciones laborales debidas y no practicar el examen médico de retiro.

V.- No dar por demostrado estándolo que al trabajador se le practicó examen médico de ingreso."

Luego señala que el Tribunal dejó de apreciar el interrogatorio rendido por la demandada a folios 86, 87 y 91 y concretamente el número 11, así como los puntos de la inspección judicial propuestos por la demandante a folios 99, 422 y 423, las actas de la diligencia de inspección judicial obrantes a folios 423, 472 a 475, oficios de folios 428 y 430 y los documentos vistos a folios 333 y 334; también menciona como pruebas equivocadamente apreciadas la convención colectiva (folios 439 a 454) y los documentos de folios 338 a 347, 396, 397, 413, 465 a 468.

El impugnante indica que el *ad quem* no se refirió a los factores salariales considerados en la liquidación final de la cesantía, que fue el punto debatido. Anota que los documentos de folios 338 a 347, 396 y 397 se refieren a diferentes aspectos que no se relacionan con la liquidación final del auxilio de cesantía y que el obrante a folio 413, que sí corresponde a dicha liquidación, no determina los elementos base del salario, como tampoco las documentales vistas a folios 465 al 468.

Por lo demás hace referencia a la convención colectiva, al interrogatorio de parte y a la demanda para concluir que están demostrados los factores salariales que debieron ser considerados por la demandada y cuya falta de inclusión aparece suficientemente demostrada.

En relación con esta parte de la acusación el recurrente insiste en que la pretensión por reajuste de cesantía estaba dirigido a la liquidación final y no a los pagos parciales por tal concepto.

En cuanto al tercer error endilgado a la sentencia relativo a la renuencia de la demandada en facilitar la práctica de la inspección judicial preciso que el expediente refleja su permanente actitud "en obstaculizar la búsqueda de la verdad", sin que pueda bajo ningún aspecto valerse el juzgador del principio de la carga de la prueba para obligar al demandante a demostrar la procedencia del reajuste de cesantía.

De otra parte, en cuanto a la indemnización moratoria, hizo énfasis en su procedencia ante la evidencia de que la entidad demandada no pagó el ajuste en cuestión y destacó que el *ad quem* dejó de apreciar el documento visible a folio 333 en donde aparece el examen médico de ingreso del trabajador.

En el anterior orden de ideas concluye nuevamente la violación de las normas citadas en los cargos respectivos.

SE CONSIDERA

Advierte la Sala en primer lugar que el cargo incurre en una impropiedad al perseguir el reajuste del auxilio de cesantía correspondiente al último año de servicios teniendo en cuenta los factores salariales, pues tal propósito implica una modificación en la relación jurídica procesal en virtud a que en la demanda inicial la parte actora reclamó el reajuste de la cesantía por todo el tiempo de servicios, es decir con retroactividad a la fecha de iniciación del contrato.

Entonces es preciso reiterar lo dicho al resolver el cargo anterior en el sentido de que la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda; de manera que en modo alguno el Tribunal podía haber impuesto a la accionada la condena que reclama el recurrente porque ello habría implicado una violación de los principios de congruencia que deben respetar las sentencias judiciales.

Con todo, en caso de aceptarse que es dable resolver acerca de la reliquidación impetrada se hallaría que el cargo ni las pruebas en él mencionadas precisan los factores salariales y sus montos, que al decir del impugnador debían colacionarse en el salario del demandante y en lo que hace al aumento convencional ninguno de los elementos de juicio citado permite concluir que dicho incremento no se hiciera y que el Tribunal por ende aceptó una base salarial equivocada. En efecto:

Los documentos que obran a folios 333, 334, 338 a 347, 396, 397, 413, 465 a 468, citados por el recurrente, aluden a diversos temas, entre ellos varios relacionados con el reconocimiento o pago de diferentes créditos laborales, pero con excepción de los actuantes a folios 413, 465 a 468, los demás pertenecen a obligaciones causadas con anterioridad al año de 1995 sobre el cual reclama el recurrente el reajuste de cesantía, los que se descartan porque el ataque está soportado en la conclusión del Tribunal relativa a que el auxilio de cesantía se debe liquidar definitivamente cada año, lo que implica que solamente se pueden contabilizar para esta-

blecer su monto aquellos pagos con carácter salarial que se causan en cada período de liquidación; además porque ninguno de tales documentos informa cuales son los factores salariales que deben tomarse en cuenta para liquidar el auxilio de cesantía.

En lo que concierne a los documentos que militan a folios 413, 465 a 468, se tiene que acreditan la suma que la empleadora liquidó por concepto de auxilio de cesantía al término de la relación laboral, pero sin que en ellos se anuncie sobre qué parámetros se efectuó su cálculo, es decir que nada aclaran respecto a la discusión del monto con que supuestamente debe reajustarse la cesantía final del actor.

Cabe señalar en relación con estos documentos que ellos acreditan un pago final de cesantía por la suma de \$670.785.00 que a simple vista resulta notoriamente elevado habida consideración que en apariencia corresponde a los tres meses que laboró el trabajador durante el año de 1995, con un salario básico de \$282.854.00 que señala la impugnación.

En lo que concierne a la actitud renuente de la empleadora de facilitar la práctica de la inspección judicial que para el recurrente se desprende de las actas que corresponden a la práctica de esta prueba se observa que aún en el supuesto de aceptarse que existió oposición de la entidad demandada en su práctica, ello no conduciría a nada, menos a la confesión ficta de que trata el artículo 56 del C.P. del T. puesto que los puntos sobre los cuales debía versar la inspección judicial referida no se ocupan de hechos específicos referentes a la identificación y monto de cada uno de los factores salariales con los que debió efectuarse la liquidación final del auxilio de cesantía.

Acerca del interrogatorio de parte que absolvió el apoderado de la accionada se encuentra que éste aceptó que el trabajador tenía derecho a 35 días de prima semestral, 30 días de prima anual, 30 días de prima de navidad, 15 días de prima de antigüedad, 25 días de prima de vacaciones, 54 días de prima de saturación por los 10 primeros años más 1 día por año adicional, 63 días de sobremuneración en diciembre, prima climática y 20 días de almuerzo. Pese a esto no admitió que todas estas prestaciones debieran haberse cuantificado en la liquidación final del auxilio de cesantía y menos que todas ellas se hubiesen causado durante el período a liquidar, que como ya se dijo corresponde a los 3 primeros meses del año de 1995 toda vez que la relación laboral invocada terminó el 31 de marzo de dicho año.

En cuanto a la convención colectiva se observa que evidentemente ella prevé en el artículo 22 varias primas y auxilios, pero esa disposición por sí sola no demuestra qué créditos constituían factores salariales para liquidar el auxilio de cesantía por haberse causado en los 3 meses del año de 1995 laborados por el señor Eliseo Mendoza, a más que a su vez varios de ellos constituyen entre sí factores recíprocos de liquidación y fundamentalmente porque ese precepto convencional no indica la procedencia de su pago proporcional que en rigor habría podido obligar a la empresa,

pues en este caso la relación laboral finalizó antes de que se causaran varios de ellos.

En las condiciones anotadas no resulta evidente que el juzgador *ad quem* haya incurrido en una equivocación fáctica al no dar por establecidos los factores salariales con los cuales la demandada debió efectuar la liquidación final del auxilio de cesantía del actor.

Respecto a la indemnización moratoria reclamada con sustento en que al trabajador no le fue practicado el examen médico de egreso se advierte que los documentos que cita el ataque para acreditar que a éste le fue exigido ese mismo examen para su ingreso a la empresa se refieren a una valoración clínica practicada al trabajador, por Caprecom, el 11 de mayo de 1983, que no puede ser tenida en cuenta como requisito de vinculación del trabajador a la entidad demandada puesto que su relación laboral comenzó el 23 de diciembre de 1979.

A lo anterior se suma que el criterio de la Sala reiterado en la sentencia del 22 de julio de 1999, radicada con el número 12108, en relación con el examen médico de egreso es el que éste era justificable tanto en el sector privado como en el de los trabajadores oficiales cuando el empleador tenía a su cargo las obligaciones de suministrar las prestaciones asistenciales en salud; sobre este particular se expresó en la decisión referida, lo siguiente:

"El artículo 65 del CST dice que el empleador tiene la obligación de hacer practicar el examen médico al trabajador al que se le ha practicado uno anterior y que lo solicite. Una reglamentación similar tiene la legislación del trabajador oficial. Esos estatutos tenían su razón de ser cuando el régimen legal fijaba en el empleador la obligación de dar a sus trabajadores asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria, es decir, cuando las prestaciones asistenciales de la salud e incluso las de vejez estaban a su cargo. Pero ahora, cuando en el sector oficial y en el privado la asistencia médica se presta a través de organismos especializados y el empleador ha sido liberado de esa carga prestacional, el examen médico de egreso como obligación patronal debe considerarse desaparecida o innecesaria y parcialmente subrogada la norma legal, pues para esa asistencia el trabajador debe recurrir, no al médico del patrono, como decía el Código, sino a los organismos de asistencia. La obligación legal del artículo 65 del CST y la del sector oficial, se conservará para aquellos casos en que el trabajador, por razones de ubicación geográfica o por otra causa, no reciban asistencia médica de entes especializados."

En todo caso en este asunto no tendría lugar la indemnización moratoria, en el evento que el cargo prosperara por cualquier circunstancia, habida consideración que en sede de instancia se encontraría que la empleadora se obligó en la conciliación que celebró con el demandante, para poner fin al contrato de trabajo de común acuerdo el 27 de febrero de 1995, que tanto el servicio médico del trabajador como el de sus beneficiarios sería prestado por CAPRECOM ó la entidad prestadora de salud

que escoja el trabajador, hasta el 31 de marzo de 1997, en las mismas condiciones en que venía siendo prestado (fls 28 a 30 del C. de I.), de manera que de existir cualquier deterioro en la salud del demandante al final de la relación laboral su atención sería por cuenta de la empleadora en los términos del acuerdo conciliatorio referido.

El cargo, en consecuencia, no prospera. Sin lugar a costas dado que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de fecha 23 de febrero de 1999, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, en el juicio seguido por Eliseo Mendoza Mendoza contra La Empresa Nacional de Telecomunicaciones (TELECOM).

Sin costas en el recurso.

Cóptese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Francisco Escobar Henríquez, Carlos Isaac Nader, Rafael Méndez Arango, Luis Gonzalo Toro Correa, Germán G. Valdés Sánchez, Fernando Vásquez Botero.

Laura Margarita Manotas González, Secretaria.

TECNICA DE CASACION
REMUNERACION EN DOMINICALES Y FESTIVOS
PARA TRABAJADORES OFICIALES
Diferencia con el sector privado

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral - Santa Fe de Bogotá D.C., cuatro (4) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Isaac Nader*

Radicación No. 11956

Acta 43

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el señor *Jairo Gil Torres* contra la sentencia de 29 de octubre de 1998 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de *Ibagué* dentro del proceso seguido por el recurrente contra la *Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero*.

ANTECEDENTES

Jairo Gil Torres inició proceso ordinario laboral de mayor cuantía con el fin de que la *Caja Agraria* le cancele los dominicales laborados, los reajustes del auxilio de cesantía, las vacaciones, la prima vacacional, prima escolar y pensión plena, todo esto de los últimos tres años del vínculo laboral y la indemnización moratoria.

Al efecto, el apoderado del actor sostuvo, que el demandante laboró para la empresa entre el 25 de junio de 1969 y el 15 de noviembre de 1991 y que entre los cargos desempeñados ocupó el de Promotor de Desarrollo Rural en la Agencia ubicada en el municipio de *Alpujarra - Tolima* en donde se laboraba de miércoles a domingo y de 8:00 a.m. a 6:00 p.m.

Que al acogerse al Plan de Estímulos Para El Retiro Voluntario, presentado por la Vicepresidencia de Recursos Humanos de la entidad, mediante audiencia de conciliación, por mutuo acuerdo, dieron por terminado el contrato de trabajo, pero que al liquidarle las acreencias laborales no se tuvieron en cuenta todos los elementos que integran el salario, que, además, están determinados en las convenciones colectivas suscritas entre la *Caja Agraria* y sus trabajadores, entre otros, lo correspondiente a horas dominicales laboradas, y por esa razón, solicita el reajuste de ese concepto.

La entidad aceptó los extremos laborales y la terminación por mutuo acuerdo, se opuso totalmente a las pretensiones del actor argumentando que la Caja Agraria regula los descansos dominicales y festivos por la Ley 6ª de 1945, que en su artículo 7 establece que el trabajo realizado en días de descanso obligatorio precisa su solución "pagándolo o dando un descanso compensatorio remunerado...". Continúa diciendo que de acuerdo con esta disposición concede compensatorio remunerado de dos días para quienes laboran los domingos.

En cuanto a la condena de indemnización moratoria afirma que no es viable ya que la Caja Agraria en el pago de sus prestaciones sociales obró de buena fe dando cumplimiento a las normas legales ya citadas.

Propuso la excepción previa de falta de competencia, y las de mérito de prescripción, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación.

En audiencia pública celebrada el 2 de abril de 1998 el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Ibagué, condenó a la accionada a pagar a favor del actor la suma de \$30.329.28 por dominicales laborados; \$10.109.76 por reajuste del auxilio de cesantía; \$1.768.90 por reajuste de vacaciones; \$2.527.44 por reajuste de la mesada pensional a partir del 16 de noviembre de 1991, con la obligación de cancelarle las diferencias causadas hasta la fecha, que deberán ser objeto de los ajustes anuales que establezca la ley para los años siguientes; y \$8.115.21 diarios a partir del 16 de febrero de 1992, hasta cuando se haga efectivo el pago total de las condenas impuestas. La absolvió de las demás pretensiones y la condenó a pagar las costas del proceso.

El Tribunal que conoció la alzada interpuesta por ambas partes, al decidir el recurso, revocó la sentencia del *a quo* y en su lugar absolvió a la entidad de todas las pretensiones solicitadas en el libelo introductorio, y condenó en costas de ambas instancias.

Al fundamentar la sentencia dijo el *ad quem*, que según las resoluciones de la Superintendencia Bancaria, en la Caja Agraria de Alpujarra se labora de miércoles a domingo y que lunes y martes no laboran, por lo que estos dos últimos días corresponden a los descansos remunerados, ya que su valor se incluía en el sueldo mensual.

II. EL RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el actor, otorgado por el tribunal y admitido por esta Sala de la Corte, pretende el recurrente la casación total de la sentencia, y en sede de instancia se confirme la sentencia proferida por el *a quo*.

Al efecto propone dos cargos que se estudiarán conjuntamente dadas las fallas técnicas que registran.

A. Primer cargo.

Acusó la sentencia de violar la ley sustantiva por vía directa, en el concepto de interpretación errónea del artículo 7º de la Ley 6 de 1945, en relación con los artículos 8º, 9º, 11º del Decreto 3135 de 1968: 1º, 3º literal

b), 6, 7, 43, 48 y 51 del Decreto 797 de 1949; 12 y 13 del Decreto 2351 de 1965; 14, 15, 17, 20, 23, 25, 26, 27, 29, 30 y 31 de la Ley 50 de 1990 y otras normas que enlista en la proposición jurídica.

En la sustentación del cargo luego de transcribir el artículo 7º de la Ley 6ª de 1945, afirmó el recurrente que el fallador de instancia impartió a dicho precepto una interpretación errónea, porque ha debido referirse es a la remuneración por la labor efectuada durante el día de descanso dominical, pero con la advertencia de que el descanso otorgado no fue producto de la libre elección del trabajador sino de la imposición de la empleadora, en cumplimiento de resoluciones de la Superintendencia Bancaria. Concluye que el error trascendente de interpretación de las normas relacionadas radicó en estimar que los dos días de descanso probados - lunes y martes - comportaban su inclusión en la asignación mensual y el cumplimiento de la empleadora con la obligación legal.

Estima el recurrente que el verdadero sentido de la norma en cita, es el consagrar la remuneración del descanso dominical obligatorio, la cual se deberá a los trabajadores obligados a laborar todos los días de la semana y que si faltaren no fuere por más de dos días y si ello ocurriere debe serlo por justa causa comprobada o disposición del empleador. Que al haber decretado la Superintendencia Bancaria el trabajo en los domingos y estando probado que no fueron remunerados debe proceder la condena, pues el descanso en sí no se discute.

La oposición se opone a que se case la sentencia, en primer lugar considera que la demanda adolece de errores de técnica, y aduce que si el cargo se formuló por la vía directa en el concepto de interpretación errónea no es dable hacer consideraciones de orden fáctico; y en cuanto al aspecto jurídico, no es cierto que el fallador hubiese dado interpretación errónea al artículo 7º de la Ley 6ª de 1945.

B. Segundo Cargo

Acusa la sentencia de violar la ley sustancial por vía indirecta, en el concepto de interpretación errónea. Considera violados indirectamente los siguientes artículos: 7º de la Ley 6ª de 1945, en relación con los artículos 8º, 9º y 11º del Decreto 3135 de 1968; artículos 1º, 3º literal b), 6º, 7º, 43, 48 y 51 del Decreto 1848 de 1969; artículo 1º del Decreto 797 de 1949; artículos 12 y 13 del Decreto 2351 de 1965; artículos 14, 15, 17, 20, 23, 25, 26, 27, 29, 30 y 31 de la Ley 50 de 1990.

Afirmó que la violación se produjo como consecuencia de los errores manifiestos de hecho en la apreciación de la prueba documental.

Enuncia los errores atribuidos a la sentencia impugnada de la siguiente manera:

"El Tribunal dio por demostrado no estándolo, el pago de la remuneración de los dominicales laborados por el trabajador durante la vinculación laboral, con el disfrute de dos días de descanso en la semana, argu-

mentando que la remuneración de tales días estaba incluida en el sueldo mensual, por lo cual la Empresa satisfizo la obligación, lo cual no es cierto como se observa en la prueba documental referida y que forma parte de la inspección ocular practicada a los libros de la demandada, por esta razón los errores de hecho cometidos llevaron al Tribunal a absolver a la entidad Bancaria demandada de las pretensiones de la demanda respecto de los dominicales laborados, cuando realmente ha debido condenar por ellos y consecuencialmente acceder a las demás peticiones..."

Sostiene que el Tribunal incurrió en error al haber considerado que se cancelaba el dominical con los dos días de descanso compensatorios (lunes y martes), proceder con el cual no se satisface la reclamación porque hace falta el pago del 100%.

Estima que de no haber incurrido en tales yerros, el Tribunal habría interpretado correctamente las disposiciones invocadas en su censura.

La réplica considera inapropiado el concepto de violación de interpretación errónea escogido por la acusación en este cargo. Agrega, que fuera de no individualizar la prueba de las que infiere el error de hecho, cuestiona la aplicación del Decreto 222 de 1932 a los dominicales devengados por el actor.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como lo anota la réplica, el primer cargo, aunque dirigido por la vía directa en el concepto de violación de interpretación errónea, incurre en la impropiedad de censurar la valoración que el Tribunal hiciera de las "pruebas de la jornada dominical" y de su remuneración, lo que lo hace desestimable, dado que la dicha modalidad de quebranto normativo impide cuestionamientos de esa clase, pues por el contrario, parte del supuesto de la conformidad del recurrente con la apreciación fáctica efectuada por el Tribunal en el fallo.

Por su parte en el segundo cargo formulado por la vía indirecta, incurre el impugnante en el dilate técnico de involucrar el concepto de violación "interpretación errónea" de la ley, el cual consiste en la equivocada inteligencia que se tenga de su contenido, independientemente de toda cuestión de hecho. Además, cuestiona la aplicación del Decreto 222 de 1932, que también es un punto de puro derecho que debió ser impugnado por la vía directa, luego al mezclarse caminos de transgresión legal incompatibles, esta segunda acusación debe igualmente rechazarse.

Sin perjuicio de los defectos anteriores que enervan el estudio de fondo, si éste se examinara ninguno de los cargos alcanzaría prosperidad, pues la Corte ya se ha pronunciado negativamente sobre la misma hipótesis planteada por el recurrente. En efecto en decisión de 11 de diciembre de 1997 radicación 10079 se dijo:

"De las resoluciones de la SuperIntendencia Bancaria y del documento emanado de la empleadora (fl.79) dedujo que en la sucursal de San

Antonio se laboraba los domingos de 8 de la mañana a 2 de la tarde y de 3 a 5 p.m. y se descansaba lunes y martes.

"Agregó que no obstante impetrar el demandante el pago de los dominicales aduciendo que no le fueron pagados con el recargo del 100% del salario ordinario, de los mismos documentos a que se hizo referencia, resulta que disfrutaba de dos días de descanso a la semana - lunes y martes -, cuya remuneración se hallaba incluida en el sueldo mensual, de lo cual infirió que la empresa satisfizo su obligación, por lo que confirmó la absolución impartida por el *a quo* al respecto.

"Desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo la jurisprudencia ha sido constante en manifestar que el descanso en los domingos constituye un derecho de los trabajadores que cumplan los requisitos exigidos para su causación y que cuando se controvierta en juicio ese derecho, el trabajador que reclama el pago de los mismos está en la obligación ineludible de probar que los ha trabajado.

"En el caso bajo examen es indiscutible que en la sucursal de San Antonio de la demandada se laboraba de miércoles a domingo de 8.a.m. a 2. p.m. y de 3 a 5 p.m.; que se descansaba los días lunes y martes y que los trabajadores devengaban un sueldo mensual.

"La normatividad que ha regulado el tema aquí tratado, respecto de los trabajadores oficiales es del siguiente tenor:

"Artículo 3º del Decreto 222 de 1932.- "Los empleados de sueldo mensual ocupados en las empresas y obras nacionales, departamentales y municipales que debido a la índole del empleo que desempeñan tuvieren que trabajar los domingos o días de fiesta nacional o religiosa, tendrán derecho, a su elección, a que se les conceda el descanso compensatorio o una indemnización igual a la treintava parte de su sueldo.

"Artículo 5º *ibidem*.- "Para que haya derecho a los beneficios de que trata el presente Decreto, se requiere que el empleado u obrero haya trabajado consecutivamente todos los días hábiles de la semana.

"La falta transitoria de asistencia al trabajo menor de un día, debidamente justificada, a juicio del respectivo Gerente, administrador o jefe de trabajos, no priva del derecho al descanso remunerado."

"Artículo 7º de la Ley 6ª de 1945.- "El descanso dominical obligatorio será remunerado por el patrono a los asalariados que, habiéndose obligado a prestar servicios en todos los días laborables de la semana, no falten al trabajo. Con todo, si la falta no excediere de dos días, y, además, ocurriere por justa causa comprobada, o por culpa o disposición del patrono, éste deberá también al asalariado la remuneración dominical.

"Para los efectos de esta disposición, los días de fiesta no interrumpen la continuidad, y se computarán como si en ellos se hubiere prestado el servicio por el trabajador.

"Solamente se permitirá el trabajo durante los días de descanso obligatorio, pagándolo o dando un descanso compensatorio remunerado, en aquellas labores que no son susceptibles de interrupción por su naturaleza, o por motivos de carácter técnico, o por satisfacer necesidades inaplazables, como los servicios públicos...."

"Según las normas traídas a colación, en principio no está autorizado por el legislador en el sector público el trabajo en días dominicales o festivos, pero en los casos excepcionales en que es permitido, constituye obligación del empleador reconocer a los trabajadores oficiales a su servicio, que cumplan las condiciones previstas en las normaciones transcritas, el descanso remunerado o la retribución adicional."

"Nótese que en varios tópicos atinentes a esta materia, la regulación de los trabajadores oficiales difiere de la que gobierna actualmente las relaciones en el sector privado. Una de tales distinciones consiste en que en las hipótesis especiales previstas en el tercer inciso del artículo 7º de la Ley 6ª de 1943, en las que sí se autoriza el trabajo en domingo, la opción entre el pago del recargo por trabajo en ese día y el descanso compensatorio remunerado —a diferencia de lo que ocurre en el sector particular—, es del empleador oficial, porque en tales casos y muy especialmente cuando se trata de "satisfacer necesidades inaplazables", ha consultado el legislador los intereses de la comunidad beneficiaria de esos servicios, por lo que el patrono oficial cumple su obligación con el trabajador oficial, "pagándolo o dando un descanso compensatorio remunerado".

"Como se ve en el plenario, tanto la Superintendencia Bancaria (fls. 46 a 58 y 79), como el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social al aprobar el Reglamento Interno de Trabajo autorizaron al empleador oficial para laborar en esa jornada excepcional en varias oficinas del país (entre otras en la sucursal de San Antonio), porque en ellas militan supuestos especiales, dado que son poblaciones en donde el día de mercado es el domingo, en el cual se desarrollan las actividades más importantes para la comunidad que habita en ellas, las que en las grandes urbes suelen cumplirse en los otros días de la semana."

"Por manera que en la hipótesis de haber demostrado el trabajador oficial demandante que prestó sus servicios en los domingos y festivos (lo cual no está debidamente acreditado en el juicio), no se equivocó el sentenciador al interpretar los preceptos citados, porque ellos permiten concluir, que la demandada, directamente o en cumplimiento de la resolución de la Superintendencia Bancaria, podía disponer, como en efecto lo hizo, el descanso compensatorio remunerado los días lunes y martes de cada semana y que la remuneración ordinaria correspondiente al domingo estaba incluida en el sueldo mensual devengado por el actor."

Dados los dictámenes técnicos anotados se desestiman los cargos.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por au-

toridad de la Ley, NO CASA la sentencia de 29 de octubre de 1998, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el juicio que Jairo Gil Torres le sigue a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero.

Costas en el recurso extraordinario a cargo del recurrente.

Cóptese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Carlos Isaac Náder, Francisco Escobar Henríquez, José Roberto Herrera Vergara, Rafael Méndez Arango Luis Gonzalo Toro Correa, Germán G. Valdés Sánchez, Fernando Vásquez Botero.

Laura Margarita Manotas González, Secretaria.

NORMAS SOBRE TRABAJO

No tienen efecto retroactivo

PRINCIPIO DE LA CONDICION MAS BENEFICIOSA

TECNICA DE CASACION

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral - Santa Fe de Bogotá D.C., cuatro (4) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Doctor Luis Gonzalo Toro Correa

Radicación No. 12122

Acta No.42

Se resuelve por la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de María Belén Sánchez de Barbosa frente a la sentencia del 30 de octubre de 1998, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, en el juicio ordinario de la recurrente contra el Instituto de Seguros Sociales.

ANTECEDENTES

Demandó la señora Sánchez de Barbosa al Instituto de Seguros Sociales para que, previo el trámite del proceso ordinario laboral de primera instancia, se le condenara a reconocerle "la pensión de sobreviviente por la muerte del señor José Domingo Barbosa, con los reajustes legales" y las mesadas causadas.

Funda sus peticiones en su condición de esposa legítima del finado José Domingo Barbosa; que el ISS le negó la pensión debido a que no tuvo en cuenta las semanas cotizadas durante el tiempo laborado en ARTECTO. (fs 8 a 10).

En la respuesta al libelo demandador la entidad convocada al proceso admite que la actora le solicitó la pensión en su condición de cónyuge supérstite y en representación de los menores José Domingo, José Eduardo y Fanny Amparo, por la muerte de origen no profesional de su esposo ocurrida el 1° de julio de 1983; pero que le fue denegada mediante resolución 05429 del 3 de octubre de 1984 fundada en que el causante no llenó los requisitos de las normas legales para tal reconocimiento; resolución que fue confirmada por las resoluciones 03538 del 28 de junio de 1985 y 4919 del 3 de septiembre del mismo año. Se opuso a las pretensiones y

propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción. (fls 28 a 30 del primer cuaderno)

Surtido el trámite de la primera instancia, el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá profirió sentencia con fecha 9 de septiembre de 1998, totalmente absolutoria para la demandada por lo que gravó con las costas a la parte actora. Apeló ésta última y el Tribunal, mediante el fallo recurrido en casación, confirmó el de primer grado y no impuso costas en esa instancia. (fls 81 a 84 y 91 a 95 del primer cuaderno).

EL FALLO DEL TRIBUNAL

Consideró que la norma aplicable en este caso no es el acuerdo 019 de 1983 aprobado por el Decreto 232 de 1984, sino el 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 del mismo año; y que este último exigía en el causante, al momento de su fallecimiento, el cumplimiento de los requisitos de la pensión de invalidez para que sus causahabientes pudieran reclamar pensión de sobrevivientes; y que, como aquí no se cumplió la exigencia tampoco le asiste a la demandante el pretendido derecho pensional.

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Lo interpuso el apoderado de la parte accionante. Concedido por el Tribunal y admitido por ésta Sala de la Corte, se procede a decidirlo, previo el estudio de la demanda correspondiente, así como del escrito de réplica oportunamente introducido a la actuación.

ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Se propone la casación del fallo acusado para que en sede de instancia la Corte "condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes junto con las mesadas adicionales y los reajustes legales". Para tal efecto y con apoyo en la causal primera del recurso de casación laboral la censura plantea dos cargos así:

Primer cargo.

Por la vía directa acusa el fallo del Tribunal por el concepto de interpretación errónea del art 20 literal a) del Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el art 1° del D. 3041 de 1966, en concordancia con los arts 5° y 11 del mismo acuerdo, el primero de los cuales modificado por el artículo 1° del Acuerdo 019 de 1983 aprobado por el Decreto 232 de 1984; "artículos 13, 16, 43, 55, 259 del C.S.T., en relación con los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946; artículo 43 del Decreto 1650 de 1977".

Transcribe a continuación el literal a) del artículo 20 del Acuerdo 224 de 1966 así:

"Cuando la muerte sea de origen no profesional, habrá derecho a pensiones de sobrevivientes en los siguientes casos:

"a) Cuando a la fecha del fallecimiento el asegurado hubiere reunido las condiciones de tiempo y densidad de cotizaciones que se exigen, según el artículo 5º. para el derecho a pensión de invalidez".

Y anuncia la transcripción del literal b) del artículo 5º del mismo Acuerdo pero, en lugar de ello, transcribe el artículo 1º del Acuerdo 019 de 1983, aprobado por Decreto 232 del 31 de enero de 1984 que, con fecha posterior al fallecimiento del causante, modificó el aludido artículo 5º.

Reproduce el artículo 11, así:

"Tendrán derecho a la pensión de vejez, salvo lo dispuesto en el artículo 57 del presente reglamento, los asegurados que reúnan los siguientes requisitos:

"b) Haber acreditado un número de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas..."

Y continúa:

"La viuda legítima, hoy demandante tiene derecho a reclamar la pensión de sobreviviente, lo que no hizo el I.S.S. por cuanto negó la pensión al establecer que no había cumplido 75 semanas en los tres últimos años, por aplicación del artículo 20 del Acuerdo 224 de 1966, pero no se detuvo a observar que al momento del fallecimiento éste había cotizado un total de 594 semanas dentro de los 20 años anteriores al fallecimiento. (Resalta la Sala).

"Ahora bien, el número de cotizaciones exigido para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común, según lo establece el literal b del artículo 5º del Acuerdo 224 de 1966, es de 150 semanas de cotización dentro de los seis años anteriores, pretendió amparar con ello a los sobrevivientes que padecen el riesgo asegurado; porque como puede una norma con tal fin producir un efecto contrario y dejar sin el derecho a la pensión de sobreviviente al grupo familiar de un asegurado que cotizó 596 semanas, por el solo hecho de no haber cotizado 75 semanas dentro de los tres últimos años."

Memora a continuación el fallo del 13 de agosto de 1997 de esta Sala mediante el cual se reconoció pensión de sobreviviente al causahabiente de quien aportó 1.230 semanas como afiliado del I.S.S. hasta el 7 de abril de 1992 y falleció el 23 de julio de 1994 a los 46 años de edad. Consideró entonces la Corte que, aun cuando la Ley 100 exige para el efecto 26 semanas de cotización dentro del año inmediato anterior a la fecha del deceso, "en atención al postulado protector propio del derecho del trabajo y de la seguridad social, se actualiza por excelencia en el caso objeto de estudio, el principio de la condición más beneficiosa, contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política", el cual se vulneraría si en el propósito cumplido por la Ley 100 de reducir drásticamente el requisito de intensidad de semanas "quedaran abolidas prerrogativas de los derechohabientes originadas por afiliados que durante su vinculación como

sujetos activos de la seguridad social habían cumplido todas las cotizaciones exigidas en el reglamento aplicable y antes de entrar a regir la nueva ley se desafiliaron del sistema al considerar fundamental que por faltarles únicamente el requisito del fallecimiento sus familiares podrían reclamar la respectiva pensión al momento de su deceso'. Por ello, concluyó la Corte en aquel caso que: "la circunstancia de no haber cotizado el causante ninguna semana al ISS, en el año inmediatamente anterior a su fallecimiento, en manera alguna aparcja la ineficiencia de sus aportes durante más de 20 años (más de 1.200 semanas), porque esa condición más beneficiosa estatuida en el régimen del Acuerdo 049 está amparada por el artículo 53 supralegal y por ende tiene efectos después del 1° de abril de 1994, para la eficacia de invalidez, vejez y muerte, dado que el mínimo de semanas requerido estaba más que satisfecho; es más era tal la densidad de ellas que superaba las exigencias para la pensión de vejez (artículo 12 del mismo acuerdo)" (resalta la Sala).

"De la sentencia transcrita - continúa la impugnación - podemos afirmar que las 594 semanas cotizadas por el asegurado no son de manera alguna ineficaces, pues se encuentra dicha condición amparada en el artículo 11 del acuerdo 224 de 1966, norma más favorable, la cual debe aplicarse, y obedeciendo la interpretación expuesta en la sentencia por la Corte así:

"Así mismo, no escapó a la Sala que ante una contradicción tan evidente, impone el sentido común el imperio de una solución cimentada en una interpretación y aplicación sistemática de normas y en el espíritu de las mismas, consultando los principios de equidad y proporcionalidad. Y en tal orden de ideas se apartaría de estos postulados la decisión jurisdiccional que sin ningún análisis contextual aplicara al caso el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, y so pretexto de haberse producido el deceso a los 3 meses y 23 días de entrar en vigencia el nuevo régimen de seguridad social y de no tener cotizadas el causante 26 semanas en el año anterior al fallecimiento, se negase a su derechohabiente la pensión de sobrevivientes, que edificó el afiliado durante más de 20 años, las que le daban derecho a causar no sólo pensión de sobrevivientes sino aun a estructurar el requisito de aportes para la pensión de vejez.

"Si se acogiera tal solución fría y extremadamente exegética se llegaría al absurdo que un mínimo de cotizaciones efectuadas durante sólo 6 meses anteriores a la muerte dan más derecho que el esfuerzo de aportes durante toda una vida laboral efectuado por quien cumplió con todos los cánones estatuidos en los reglamentos vigentes durante su condición de afiliado, lo cual no solamente atenta contra los principios más elementales de la seguridad social, sino también contra la lógica y la equidad". (resalta la Sala)

"De lo expuesto por la Honorable Corte suprema de Justicia, muestran (sic) que evidentemente al tomar en cuenta la decisión del I.S.S., se estaría atentando contra los principios de la seguridad social y el de la

favorabilidad que en ningún momento lo desea el Constituyente...". (fls 7 a 10 del cuaderno de la Corte)

LA RÉPLICA

Anota que el cargo debe desestimarse porque no acusa la violación de los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946 que son las normas sustanciales que regulan el derecho reclamado.

Expone además que, como el afiliado en este caso falleció el 1 de julio de 1983, el derecho de su viuda quedó regulado por lo dispuesto en los artículos 5 y 20 del Acuerdo 224 de 1966 "en ningún caso por el artículo 1 del Acuerdo 019 de 1983, aprobado por el artículo 1 del Decreto 232 de 1984, con vigencia a partir del 31 de enero de ese año fecha muy posterior a su deceso".

Considera inapropiada la jurisprudencia que cita la censura aduciendo que "aquella se refiere a la condición más beneficiosa dentro de un desarrollo de las normas constitucionales pero que no puede cobijar una situación distinta donde se pretende aplicar un texto legal posterior al fallecimiento del causante". (fls 43 y 44 del cuaderno de la Corte)

SE CONSIDERA

En primer término observa la Corte que no le asiste razón a la réplica en cuanto a que los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946 son los preceptos sustanciales que consagran el derecho perseguido por la parte actora; estas normas se refieren a la transición de las cargas, que antes incumbían al empleador en materia de seguridad social, a través de la asunción de ellas por el Instituto de Seguros Sociales; de ahí que en la proposición jurídica la acusación relaciona estas disposiciones con las que sí consagran propiamente el derecho a la pensión de sobrevivientes.

No constituyen materia de discusión los supuestos fácticos sobre los cuales se funda el pretendido beneficio aquí debatido, vale decir, que el causante cotizó para el Instituto de Seguros Sociales 594 semanas pero al momento de fallecer (1° de julio de 1983) se contaban 185 en los últimos seis (6) años y sólo 40 en los últimos tres (3).

El Acuerdo 224 de 1966, vigente en la fecha del deceso del causante, establecía en sus artículos 20 y 5°:

'Artículo 20. Cuando la muerte sea de origen no profesional, habrá derecho a la pensión de sobrevivientes en los siguientes casos:

"a) Cuando a la fecha del fallecimiento el asegurado hubiere reunido las condiciones de tiempo y densidad de cotizaciones que se exigen, según el artículo 5°, para el derecho a la pensión de invalidez;

'b) Cuando el asegurado fallecido estuviere disfrutando de pensión de invalidez o de vejez según el presente reglamento."

Artículo 5º Tendrán derecho a la pensión de invalidez los asegurados que reúnan las siguientes condiciones:

"a) Ser inválido permanente conforme a lo preceptuado en el artículo 45 de la Ley 90 de 1946.

"b) Tener acreditadas ciento cincuenta (150) semanas de cotización dentro de los seis (6) años anteriores a la invalidez, setenta y cinco (75) de las cuales deben corresponder a los últimos tres (3) años."

De tal suerte que los supuestos fácticos del presente caso no encuadran dentro de la normativa transcrita para el efecto perseguido por la impugnación porque aun cuando se cumple el primer requisito de las 150 semanas de cotización dentro de los seis años anteriores al fallecimiento del causante, no se satisface el segundo. Fue así como el fallador acusado dedujo que no había lugar a la pretendida pensión de sobrevivientes.

Consciente de ello la censura recurre a dos posiciones jurídicas diferentes para que, no obstante lo anterior, se declare la existencia del derecho: en primer lugar que se aplique el artículo 5º del Acuerdo 224 de 1966 pero no en su texto original sino como quedó después de haber sido modificado por el Acuerdo 019 del 22 de diciembre de 1983, cuando ya bastaba con 150 semanas de cotización en los últimos seis (6) años o 300 en cualquier época. En segundo lugar, que se aplique el principio de la condición más beneficiosa, puesto que, conforme al artículo 11 del Acuerdo 224 de 1966, las 594 semanas cotizadas por el causante le habrían bastado para el reconocimiento de la pensión de vejez, de donde resulta innegable, considera el censor que hay lugar también a la pensión de sobrevivientes.

Empero ninguna de las dos tesis que expone la impugnación es admisible; la primera porque de acuerdo con el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, las normas sobre trabajo "no tienen efecto retroactivo, esto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a las leyes anteriores", o sea que no es posible aplicar al sub examine el acuerdo 019 del 22 de diciembre de 1983; y la segunda porque el principio de la condición más beneficiosa requiere de que en efecto se cumpla ésta, vale decir, que en este caso se encontrase acreditado, con los supuestos fácticos expuestos, que el causante sí había adquirido el derecho a la pensión de vejez, como ocurría en el evento examinado en la sentencia que el recurrente trae a colación en el cual el de cujus contaba con más de 1.000 semanas de aportes; pero aquí sólo hay 594, las cuales sólo darían lugar al mencionado beneficio si 500 de ellas se contaran dentro de los veinte años anteriores a la fecha en la cual el cotizante hubiera cumplido los sesenta de edad (art. 11 del Acuerdo 224 de 1966), porque de lo contrario tendría que haber completado 1.000 semanas en cualquier tiempo. En el sub-lite no se aludió para nada a la edad del causante de donde tampoco puede decirse que exista la condición que pretende hacerse valer.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Segundo Cargo

Por la vía indirecta acusa "las sentencias impugnadas, proferidas tanto por el Honorable Tribunal Superior de SANTA FE DE BOGOTÁ, Sala Laboral y por el Juzgado CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE SANTA FE DE BOGOTÁ", por aplicación indebida del art 20 literal a) del Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el art 1º del D. 3041 de 1966, en concordancia con los arts 5º (modificado por el artículo 1º del Acuerdo 019 de 1983 aprobado por el Decreto 232 de 1984) y 11 del mismo acuerdo, y "artículos 13, 16, 43, 55, 259 del C.S.T., en relación con los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946; artículo 43 del Decreto 1650 de 1977".

Le atribuye al fallo de segundo grado los siguientes errores de hecho:

"1) Dar por demostrado sin estarlo que las cotizaciones del causante no eran suficientes para acceder a la pensión de sobreviviente.

"2) No dar por demostrado estándolo que el causante durante su permanencia como aportante cotizó más de 500 semanas".

A continuación hace también en este cargo las mismas transcripciones efectuadas en la demostración del anterior, de los arts 5, 11 y 20 del acuerdo 224 de 1966, pero supliendo el original artículo 5 por el 1º del acuerdo 019 de 1983 que lo modifica. Y continúa, igual que en el cargo anterior así:

"La viuda legítima, hoy demandante tiene derecho a reclamar la pensión de sobreviviente, lo que no hizo el I.S.S. por cuanto negó la pensión al establecer que no había cumplido 75 semanas en los tres últimos años, por aplicación del artículo 20 del Acuerdo 224 de 1966, pero no se detuvo a observar que al momento del fallecimiento éste había cotizado un total de 594 semanas dentro de los 20 años anteriores al fallecimiento.

"Ahora bien, el número de cotizaciones exigido para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común, según lo establece el literal b del artículo 5º del Acuerdo 224 de 1966, es de 150 semanas de cotización dentro de los seis años anteriores, pretendió amparar con ello a los sobrevivientes que padecen el riesgo asegurado; porque cómo puede una norma con tal fin producir un efecto contrario y dejar sin el derecho a la pensión de sobreviviente al grupo familiar de un asegurado que cotizó 596 semanas, por el solo hecho de no haber cotizado 75 semanas dentro de los tres últimos años.

Memora a continuación el fallo del 13 de agosto de 1997 de esta Sala mediante el cual se reconoció pensión de sobreviviente al causahabiente de quien aportó 1.230 semanas como afiliado del I.S.S. hasta el 7 de abril de 1992 y falleció el 23 de julio de 1994 a los 46 años de edad. Consideró entonces la Corte que, aun cuando la Ley 100 exige para el efecto 26 semanas de cotización dentro del año inmediato anterior a la fecha del deceso, "en atención al postulado protector propio del derecho del trabajo y de la seguridad social, se actualiza por excelencia en el caso objeto de

estudio, el principio de la condición más beneficiosa, contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política", el cual se vulneraría si en el propósito cumplido por la Ley 100 de reducir drásticamente el requisito de intensidad de semanas "quedaran abolidas prerrogativas de los derechohabientes originadas por afiliados que durante su vinculación como sujetos activos de la seguridad social habían cumplido todas las cotizaciones exigidas en el reglamento aplicable y antes de entrar a regir la nueva ley se desafiliaron del sistema al considerar fundamental que por faltarles únicamente el requisito del fallecimiento sus familiares podrían reclamar la respectiva pensión al momento de su deceso". Por ello, concluyó la Corte en aquel caso que: "la circunstancia de no haber cotizado el causante ninguna semana al ISS, en el año inmediatamente anterior a su fallecimiento, en manera alguna aparea la ineficiencia de sus aportes durante más de 20 años (más de 1.200 semanas), porque esa condición más beneficiosa estatuida en el régimen del Acuerdo 049 está amparada por el artículo 53 suprallegal y por ende tiene efectos después del 1° de abril de 1994, para la eficacia de invalidez, vejez y muerte, dado que el mínimo de semanas requerido estaba más que satisfecho; es más, era tal la densidad de ellas que superaba las exigencias para la pensión de vejez (artículo 12 del mismo acuerdo)".

"De la sentencia transcrita - continúa la impugnación - podemos afirmar que las 594 semanas cotizadas por el asegurado no son de manera alguna ineficaces, pues se encuentra dicha condición amparada en el artículo 11 del acuerdo 224 de 1966, norma más favorable, la cual debe aplicarse, y obedeciendo la interpretación expuesta en la sentencia por la Corte así:

"Así mismo, no escapó a la Sala que ante una contradicción tan evidente, impone el sentido común el imperio de una solución cimentada en una interpretación y aplicación sistemática de normas y en el espíritu de las mismas, consultando los principios de equidad y proporcionalidad. Y en tal orden de ideas se apartaría de estos postulados la decisión jurisdiccional que sin ningún análisis contextual aplicara al caso el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, y so pretexto de haberse producido el deceso a los 3 meses y 23 días de entrar en vigencia el nuevo régimen de seguridad social y de no tener cotizadas el causante 26 semanas en el año anterior al fallecimiento, se negase a su derechohabiente la pensión de sobrevivientes, que edificó el afiliado durante más de 20 años, las que le daban derecho a causar no sólo pensión de sobrevivientes sino aun a estructurar el requisito de aportes para la pensión de vejez.

"Si se acogiera tal solución fría y extremadamente exegética se llegaría al absurdo que un mínimo de cotizaciones efectuadas durante sólo 6 meses anteriores a la muerte dan más derecho que el esfuerzo de aportes durante toda una vida laboral efectuado por quien cumplió con todos los cánones estatuidos en los reglamentos vigentes durante su condición de afiliado, lo cual no solamente atenta contra los principios más elementales de la seguridad social, sino también contra la lógica y la equidad".

Finalmente expone la acusación:

"Lo mostrado por la Corte en su sentencia, implica que ante todo se deben atender los principios generales de la seguridad social y la favorabilidad por encima de cualesquiera otra consideración legal o doctrinaria..." (fls 11 a 14 del cuaderno de la Corte)

LA RÉPLICA

También aquí echa de menos la oposición la acusación por violación de los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946 que, a su juicio, son las normas sustanciales que regulan el derecho reclamado por el recurrente.

Hace notar que el cargo no indica "en forma concreta cuáles fueron los medios probatorios erróneamente apreciados o inestimados" por el fallador, e invita a examinar los documentos de folios 71 a 75 para constatar que el afiliado antes de su deceso cotizó 175 semanas en los últimos 6 años y solo 40 de las mismas en los últimos 3 años, por lo que la demandante no cumple con los requisitos mínimos exigidos por las normas vigentes para entonces.

Agrega que la aplicabilidad del artículo 11 del Acuerdo 224 de 1966 es un aspecto jurídico imposible de debatirlo por la vía directa; y la jurisprudencia que se transcribe en el desarrollo del cargo "no tiene cabida porque ...regula situaciones jurídicas diferentes en el tiempo y en el espacio a lo pretendido en el presente caso". (fls 44 y 45 del cuaderno de la Corte)

SE CONSIDERA

Como lo advierte la réplica, el cargo adolece de un defecto de orden técnico que irremediablemente conduce a su fracaso. El literal b) del artículo 90 del C.P.L. dispone que cuando el recurrente acuse el fallo por la vía indirecta debe citar las pruebas que fueron omitidas o indebidamente valoradas por el sentenciador, singularizándolas y expresando la clase de error que se cometió. Sin embargo, en este caso la impugnación no cita prueba alguna que deba la Corte examinar para deducir los errores de facto que la acusación le endilga al proveído gravado; además de que el primero no es un error de hecho sino de carácter jurídico no susceptible de examinarse por la vía indirecta y el segundo tendría que desecharse porque, contrario a lo que dice el recurrente, el fallador sí dio por demostrado que el causante cotizó más de quinientas semanas.

En consecuencia el cargo se desestima.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia impugnada, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá el 30 de octubre de 1998, en el juicio ordinario de María Belén Sánchez de Barbosa contra el Instituto de Seguros Sociales.

Costas en el recurso extraordinario a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Gonzalo Toro Correa, Francisco Escobar Henríquez, José Roberto Herrera Vergara, Carlos Isaac Náder Rafael Méndez Arango, Germán G. Valdés Sánchez, Fernando Vásquez Bolero.

Laura Margarita Manotas González, Secretaria

INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL

No es procedente cuando se reconoce en oportunidad legal y el empleador obligado a su pago no ha retardado su cancelación

OBLIGACIONES

El régimen de las obligaciones impide que los jueces amparados en el principio de equidad procedan a revalorizar cualquier obligación

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral - Santa Fe de Bogotá D.C., cuatro (4) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Doctor José Roberto Herrera Vergara

Referencia: Expediente No. 12588

Acta No. 43

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá el 5 de marzo 1999 en el juicio seguido por Hernando Rolón Rolón contra la recurrente.

Previamente, y conforme al escrito que obra al folio 32 del cuaderno de la Corte, reconócese personería al doctor Alvaro Díaz Granados Gonnaga, como apoderado judicial de la demandante en los términos y para los fines indicados en dicho escrito.

I. ANTECEDENTES

Hernando Rolón Rolón demandó a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero con el fin de obtener "la reliquidación del valor inicial de la pensión de Jubilación mediante la actualización del salario promedio devengado durante el último año de servicios...", el pago de la diferencia resultante entre lo que se le está reconociendo y el valor actualizado, incrementos anuales de ley y mesadas adicionales.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó haber prestado sus servicios a la demandada entre el 20 de febrero de 1970 y el 15 de noviembre de 1991, fecha a partir de la cual se acordó su retiro voluntario. Señaló que conforme quedó estipulado en el acta de conciliación celebrada al efecto, le fue reconocida su pensión de jubilación una vez cumplió los 47 años de edad, es decir, a partir del 25 de febrero de 1996, en una suma

equivalente al 75% del promedio mensual que devengara en el último año de servicios, la cual considera "debe ser actualizada con base en los índices de precios al consumidor". Explicó que al momento del retiro el monto de la pensión era equivalente a 3.53 salarios mínimos y que el reconocimiento de la primera mesada pensional por \$182.707,31 tan solo equivale a 1.53 salarios mínimos de 1995, lo cual demuestra "que hubo una desmejora...equivalente a un 57%"(fl.4).

Al contestar la demanda la Caja alegó haber procedido conforme a la ley y no adeudarle "absolutamente nada por concepto alguno" al demandante. Advirtió que en ningún momento ha estado en mora, que conforme a jurisprudencia de esta Corporación no puede aplicarse la indexación "en forma indiscriminada y en forma general" y que el acuerdo conciliatorio "en donde las partes acordaron las circunstancias, cuantía, condiciones etc., no pueden ser modificadas por una sentencia ...". Propuso las excepciones de falta de causa para pedir, inexistencia de la obligación, buena fe, compensación, prescripción, cosa juzgada, cobro de lo no debido, inescindibilidad de la ley y la genérica (fl.25).

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá, mediante sentencia del 3 de noviembre de 1998, resolvió condenar a la entidad demandada al pago de \$2.245.172.20 por concepto de reajuste pensional por el período del 25 de febrero de 1995 al 30 de diciembre de 1995, incluidas las mesadas adicionales (fl.74).

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Al desatar el recurso de apelación interpuesto por ambas partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá modificó la anterior decisión "en el sentido de que a la mesada pensional que debe pagar la Caja... se le aplican los reajustes de ley por los años subsecuentes", por lo que ordenó "el pago de la diferencia resultante entre las mesadas canceladas y las realmente debidas".

Manifestó, en síntesis, el *ad quem* que con respecto al fenómeno económico de la indexación "ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sala Laboral... en reconocer su aplicación por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda aduciendo entre otras razones, la de justicia y equidad o porque se produce el retardo en el cumplimiento de una obligación el cual debe ser indemnizado". De tal modo, como quiera que en el sub examine "el salario con que se le (sic) liquidó la pensión de jubilación del demandante fue con el devengado hace casi cuatro años atrás a la fecha de entrar a percibir la pensión y que no tiene el mismo poder adquisitivo", consideró que la pensión en cuestión "debe ser indexada tal como lo estimó el *a quo*" (fl.88).

III. - LA DEMANDA DE CASACIÓN

Inconforme la demandada con esta determinación, pretende que la Corte case totalmente la sentencia impugnada con el fin de que, en sede

de instancia, revoque "los numerales 1º y 2º de la sentencia de primera instancia" para en su lugar absolverla de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

A tales efectos formula tres cargos de los cuales, por motivos de orden práctico, se estudiará el segundo.

Segundo Cargo.- Por vía directa, acusa la interpretación errónea de "... los artículos 8º de la Ley 153 de 1887, 1º, 16, 19, 20, 50, 467, 476 del Código Sustantivo del Trabajo; 1º de Decreto 2218 de 1966; 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 1494, 1530, 1536, 1537, 1539, 1542, 1546, 1547, 1548, 1549, 1612, 1613, 1614, 1617, 1626, 1627, 1646, 1649, 2056 y 2224 del Código Civil; 831 del Código de Comercio; 178 del C.C.A.; 75 de la Ley 6ª de 1992; 20, 61, 78 y 145 del C.P.L.; 27 del Decreto 3135 de 1968; 68 y 73 del Decreto 1848 de 1969; 1º, 2º, 9º y 13 de la Ley 33 de 1985; 14, 35, 36, 50, 142 y 143 de la Ley 100 de 1993; 90 y 368 del C.P.C. y 228 de la Constitución Nacional".

En la sustentación del cargo el recurrente acepta los supuestos fácticos considerados por el *ad quem*, pero atribuye interpretación errónea a las normas sobre indexación de las obligaciones dinerarias, "porque se entendieron mal las disposiciones sustanciales que apoyan la aludida indexación, que únicamente tienen alcance para obligaciones incumplidas por el deudor, pero no respecto de las que existe un derecho eventual como lo señaló la nueva doctrina de la Corte". Advierte que lo anterior condujo al *ad quem* a aplicar de manera indebida las normas que consagran el derecho pensional, "las cuales correctamente aplicadas, habrían conducido a que la pensión de jubilación del actor se liquida, como lo efectuó la CAJA AGRARIA...".

Transcribe en su apoyo la conclusión a la que sobre el tema llegara esta Corporación en sentencia del 18 de agosto de 1990 (Rad.11818) y destaca que "al constituir el soporte único de la sentencia la anterior doctrina de la H. Sala que ahora ha sido modificada, la decisión de instancia perdió su soporte jurídico y por tanto se debe concluir que la Sala falladora incurrió en error "iuris in iudicando" al entender las disposiciones sustanciales bajo una interpretación diferente a la que en derecho corresponde de acuerdo al nuevo criterio de esa H. Corporación...".

El opositor señala que la demostración del cargo se limitó, en síntesis, a oponer a la interpretación jurisprudencial que tenía hasta hace poco repetidamente recibida la Sala acerca de los artículos 19 del Código Sustantivo del Trabajo y 8º de la Ley 153 de 1887, en relación con los casos de indexación laboral no regulados expresamente en otro precepto legal, la que él sostiene con apoyo en la hoy mayoritaria tesis de la Sala "con lo cual no logra demostrar su acusación", ya que, a su juicio, la exégesis correcta sobre el tema "sigue siendo aquella, convertida ahora en salvamento de voto".

IV.- CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Asiste razón al recurrente al advertir que de conformidad con lo precisado por esta Sala en sentencia del pasado 18 de agosto (Rad. 11818) en punto de la procedencia de la indexación de la primera mesada pensional, incurrió el sentenciador en la interpretación errónea endilgada en este cargo.

En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia tradicional de esta Sala, para resarcir el daño emergente, procede la corrección monetaria de las obligaciones exigibles que por su naturaleza sean susceptibles de tal fenómeno por no existir otro mecanismo que permita recuperar total o parcialmente el deterioro del poder adquisitivo. Tratándose de pensiones de jubilación, si bien el derecho se causa con el cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo de servicios, para su exigibilidad es menester el retiro del servicio. Luego el perjuicio no se causa sin que haya deuda y mucho menos se puede indexar lo que legalmente no es exigible ni constituye un pago retardado.

Siguiendo ese criterio, si las normas reguladoras de la pensión de jubilación de los sectores particular y público establecieron que ésta equivale al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios (art. 260 C.S.T.) o del salario promedio que sirvió de base para los aportes en dicho lapso (art. 1^a Ley 33 de 1985), tales parámetros normativos no pueden ser modificados por el juez actualizando su valor monetario, en tanto la Ley no lo autoriza.

Esa siempre fue la jurisprudencia de la Corte y del Consejo de Estado que no aceptó la indexación de la base salarial y se mantuvo incólume durante más de 40 años hasta 1996, en que se varió por mayoría por la Sala Laboral de la primera Corporación, pero ahora se ha regresado a ella desde la memorada sentencia del 18 de agosto de 1999.

La única actualización de la base de liquidación pensional, la introdujo la Ley 100 de 1993, que para éstos efectos rige desde el primero de abril de 1994, sin que pueda aplicarse en forma retroactiva. Este régimen es especial y cubre las pensiones de vejez a cargo de la seguridad social. Dicha Ley define con claridad y precisión la forma de liquidación, para la cual es indispensable tener en cuenta, no el salario del último año de servicios, sino el "Ingreso Base de Liquidación", conformado por el "promedio de salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión . . . actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE".

No es dable entonces desconocer por vía de jurisprudencia tan claras reglas legales de liquidación de pensiones que todos los juzgadores están obligados a acatar.

En la citada decisión se definió el tema en los siguientes términos:

"

"2. En Colombia existe un vacío legislativo, casi total, sobre el fenómeno de la indexación. Ello responde a la aceptación indiscutida de que el país se halla inserto en un ordenamiento jurídico de corte nominalista, sistema que, no obstante las dificultades que toda economía de mercado presenta, ofrece garantía de seriedad a la inmensidad de relaciones de orden patrimonial que a diario se suscitan en ella. A partir del descalabro producido por la primera gran guerra del siglo XX, legisladores y jueces de todas las latitudes se vieron en la imperiosa necesidad de morigerar el nominalismo acendrado de sus regímenes privados, con el propósito de restablecer el equilibrio perdido en las relaciones contractuales, de manera imprevista y repentina, por una hipervaluación de sus monedas. Sin embargo, ello no se hizo en forma generalizada. Y no se podía hacer así porque hubiera significado la adopción de un régimen "valorista" y, por contera, un grave retroceso hacia una sociedad de trueque ya superada, en donde la moneda carece de todo sentido.

"3. La indexación o indexación siempre ha sido, sin lugar a dudas, una medida excepcional. Es la respuesta del derecho, legislado y jurisprudencial, al fenómeno de la "inflación". Un mecanismo de revalorización de ciertas obligaciones dinerarias, cuyo objetivo es poner en equilibrio la ecuación económica gravemente desbalanceada por una fuerte pérdida del poder adquisitivo del peso, de la cual se beneficiaría al deudor de ella ante la consecuencial deprecitación de su prestación, con claro detrimento del acreedor, quien en últimas se vería obligado, en virtud de unas reglas jurídicas nominalistas, a recibir un pago incompleto.

"El carácter relativo de la indexación emerge de una exigencia de la ley, a la cual el juez debe someterse en virtud del imperativo categórico contenido en el artículo 230 de la Constitución Política. La estructura del régimen general de las obligaciones impide que de manera indiscriminada los jueces, amparados en el principio de equidad, procedan a revalorizar cualquier obligación, porque ello iría en detrimento de la seguridad jurídica en las relaciones económicas menoscabándose toda convivencia social. El artículo 2224 del Código Civil, que no empee su ubicación metodológica tiene alcance general, es de un claro tenor y único sentido: "Si se ha prestado dinero sólo se debe la suma numérica enunciada en el contrato"; en igual dirección apunta el canon 1627 *eiusdem*: "El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en casos especiales dispongan las leyes" (negritas de la CORTE). Aquí subyace el basamento del nominalismo colombiano. La ley o los contratantes mismos, empero, pueden disponer cosa contraria; pero, de ninguna manera, se puede proferir una regla general por vía de doctrina contra esta preceptiva del orden jurídico vigente. No se trata, pues, de un derecho de todos los acreedores, ni deviene en forma automática por el simple transcurso del tiempo, ni se predica de cualquier obligación, a menos que sea una exigencia legal, por venir expresamente ordenada en una regla de derecho vigente, *verbi gratia*, en asuntos de indemnización de daños (artículo 16 de la Ley 446 de 1998).

"4. Ahora bien, cierto es que el juez laboral, en tanto operador del derecho y realizador de la justicia del trabajo, no puede ser indiferente a lo que BRUCE ACKERMAN denomina el 'contexto de percepción social', o conjunto de realidades de una comunidad determinada. A ello obedece la necesaria relectura de los textos legales y la toma de decisiones en consonancia con los nuevos fenómenos presentados en las intrincadas relaciones empresario trabajador; porque un régimen jurídico como el colombiano, nacido en las entrañas del *laissez faire*, no puede servir de referente inexorable un siglo después, en presencia de una economía intervenida y un Estado protagonista cuyo fin es asegurar el bienestar social. Pero, este papel de la judicatura no puede llegar al extremo de pretender igualarse al legislador, en tanto la separación de los distintos poderes que en el Estado coexisten es presupuesto indispensable en la construcción de una democracia constitucional como la colombiana.

"A partir de este nuevo contexto de realidades económicas, la Corte Suprema de Justicia y el CONSEJO DE ESTADO han dado paso bajo específicas circunstancias a la revalorización de algunas obligaciones dinerarias. Se ha reconocido, entonces, que la pérdida de poder adquisitivo del peso (depreciación), originada en una alza generalizada de los precios de bienes y servicios ofertados (inflación), exige una respuesta del derecho para compensar el desequilibrio del sinalagma contractual (indexación).

"5. Mas, existen aspectos puntuales sobre esta materia que en esta oportunidad la Sala de Casación Laboral precisa, a fin de rectificar los criterios que en ocasiones anteriores se han esbozado:

"a) Huelga resaltar, en principio, que no se indexan las obligaciones contractuales, en tanto acreedor y deudor han tenido la oportunidad de pactar mecanismos de protección contra el proceso inflacionario. El juez no puede interferir en el libre juego de las voluntades de los contratantes, quienes, en presencia de un hecho notorio como la inflación, deciden celebrar una negociación y mantener incólumes el valor de sus prestaciones exigibles en un mediano o largo plazo. Teniendo los contratantes la posibilidad de prever un fenómeno absolutamente notorio para cualquier hombre de mediana capacidad que entra en la esfera negocial, deben actuar ellas con diligencia y cuidado (*nemo auditur propriam turpitudinem alegans*).

"Ahora bien, esta primera tesis es válida mientras se cumple la obligación en la oportunidad convenida. Porque no satisfecha en tiempo, si del incumplimiento se deriva una significativa depreciación de la misma, entonces puede solicitarse su indexación como un componente del daño emergente ocasionado al acreedor.

"b) Se indexan las obligaciones puras y simples, vale decir, existentes y exigibles, cuya fuente es directamente la ley, cuando ésta no prevé ningún mecanismo para que al acreedor se le entregara la prestación a que realmente tiene derecho. Se propende con ello restablecer el equilibrio perdido en la relación jurídica emanada de la norma, por no haber precavido los alcances

de su tendencia nominalista. El presupuesto es, se reitera, la presencia de una obligación cierta, respecto de la cual existe una situación jurídica constituida y cuyos efectos se surtieron o se están surtiendo. Ilustra lo afirmado en este punto, el caso de las prestaciones sociales, respecto de las cuales ha dispuesto el legislador, de manera expresa, la sanción moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de manera que siendo ésta, por definición del precepto en cita, una "indemnización", no desvirtuada la mala fe y condenándose a ella, lómase improcedente la indexación por haberse preñado una fórmula indemnizatoria propia.

"c) No se indexan, pues, en primer lugar las obligaciones condicionales suspensivas, es decir, las pendientes "de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no", según las voces del artículo 1530 del Código Civil, en tanto enerva la adquisición del derecho mientras él no se cumpla (art. 1536 ib.). En segundo término, tampoco se revalorizan los derechos eventuales. Estos, conforme a la teoría de las obligaciones, son los que emanan de un acto, hecho o negocio jurídico en formación (in nuce), o incompleto o imperfecto, como los que han reunido uno o varios de los elementos necesarios para su existencia, pero les falta otro u otros de ocurrencia futura. Mucho menos, no está demás decirlo, pueden ser valorizadas las meras expectativas de derechos, respecto de las cuales no cabe hablar, siquiera, de obligación.

"6. Lo antes expresado conduce a la CORTE a rectificar su doctrina expuesta en fallos de mayoría, citados por el juzgador ad quem, para dejar por sentado que no es posible, jurídicamente hablando, indexar la primera mesada pensional cuando el derecho se reconoce en la oportunidad indicada en la ley y el empleador, obligarlo a su pago por no haberla sustituido en ninguna entidad encargada del riesgo, no ha retardado su cancelación. Lo dicho se funda en las siguientes razones:

"a) Porque el derecho a reclamar la pensión sólo surge respecto de su acreedor a partir de la concurrencia de dos elementos esenciales para su existencia: 1) el cumplimiento de una cantidad pre-establecida de cotizaciones o de un determinado número de años de labores, según se estuviera, o no, cubierto por el régimen de la seguridad social; y 2) el adventimiento de la edad señalada en la ley para obtenerla. Quien, como en el caso del actor, ha satisfecho uno solo de los dos factores esenciales para alcanzar la pensión (el tiempo de servicio fijado en la ley o pactado en la convención) tiene, a no dudarlo, un derecho eventual, apenas en ciernes, en tanto falta el otro de los componentes imprescindibles para que se pueda consolidar, con un titular del derecho, de una parte, y un obligado a su satisfacción, por la otra.

"Sostienen algunos que en el caso antes referido hay más bien un derecho sometido a condición suspensiva; pero, en rigor jurídico, se trata de un derecho in nuce, por cuanto en la relación jurídica condicionada el derecho se encuentra perfeccionado, sólo que sus efectos se hallan en estado de latencia por estar pendientes de un hecho futuro e incierto, ajeno a su esencia y no requerido para su constitución. El derecho eventual y su obligación correlativa, en cambio, nacen a la vida jurídica en el momento en que se completan los requisitos exigidos en la ley o en el

contrato; tal es el caso de los derechos del nasciturus, o el del asignatario (Código Civil, art. 1215), o el de los esposos (art. 1771 y ss. ib.), los del constituyente de una hipoteca (art. 2441, ib.), y, en materia laboral, entre otros, los del trabajador con derecho a la pensión de invalidez (art. 39 Ley 100/93), de vejez (art. 33 ibídem), de jubilación (art. 260 C.S.T.) por aportes (art. 7º Ley 71/88), de sobrevivientes, para no citar más.

"Muchos doctrinantes van más allá, pues consideran que en el caso de que sólo se haya satisfecho uno de los componentes vitales para la existencia del derecho a obtener la pensión, lo que hay es una mera expectativa. Esto implica, por supuesto, la posibilidad de negociación y renuncia de parte del trabajador de su esperanza de adquirir un derecho fundado en una norma vigente, e incluso de modificación o extinción mediante ley de lo que hasta entonces no era un derecho por falta de los presupuestos materiales o de hecho.

"En cambio, en tanto derecho eventual, el empleador o la entidad de provisión, deudor futuro de la pensión que se le reclamaría en caso de completarse los elementos requeridos para su existencia, sabe que hay una 'expectativa de derecho' y no una 'mera expectativa', expresiones que no se deben confundir, como no lo hace la doctrina ni la ley, en la medida en que la primera comprende los derechos condicionales y los eventuales, que por su especial naturaleza confieren al futuro titular (de cumplirse la condición suspensiva, en los primeros, o completarse los elementos faltantes, en los segundos) posibilidades jurídicas de administración, conservación y disposición (artículos 575, 1215 y 1547 a 1549 del Código Civil).

"b) Así pues, integrados los requisitos necesarios para la consolidación del derecho en cabeza de su titular, nace la obligación de pagar la mesada que la ley impone, conforme a los parámetros en ella señalados, y el derecho correlativo de quien adquiere la pensión. Antes no, porque mientras el derecho eventual se perfeccionaba había apenas una expectativa de derecho, o mejor, un derecho en perspectiva, esto es, en vías de adquirirse; pero, jamás, un derecho adquirido.

"c) La obligación surgida a la luz del derecho es la indicada en la ley, esto es, la mesada pensional, para cuyo cálculo el legislador dispuso, de manera expresa, factores matemáticos precisos. No existe, pues, vacío legal alguno al respecto y, por lo mismo, no le cabe al juzgador apartarse de lo preceptuado en las normas vigentes, según cada caso, por cuanto sería asumir una conducta contraria a su claro tenor literal, so pretexto de decidir en equidad que, valga decirlo, sigue siendo criterio auxiliar en la resolución de los conflictos. No existe, en consecuencia, laguna legal que llenar con los principios generales del derecho, y tanto es ello así, que desde la década del sesenta se dispusieron mecanismos para conjurar el deterioro real de las pensiones, hasta llegarse a la actualización anual con base en el salario mínimo legal, en la Ley 71 de 1988, mejorada con la fórmula consagrada en la Ley 100 de 1993.

"d) Puede reclamarse el reconocimiento de la pensión, de acuerdo con lo antes dicho, desde cuando se constituye el derecho, esto es, se completan los elementos requeridos para su existencia. Y sólo entonces se podrá exigir la mesada reconocida, entendiéndose, desde luego, que el acreedor de ella deberá estar retirado del servicio, en la medida en que esta sí es una condición de la cual pende la exigibilidad de su pago.

"7. Las conclusiones expuestas constituyen la nueva doctrina de la Sala Laboral de la Corte sobre esta temática, para lo cual se tuvo en cuenta, además, que la tesis estricta de la "indexación de la primera mesada pensional" conduciría al extremo de tener que actualizar, con base en el costo de la vida, no solo los derechos exigibles, sino las bases salariales de su establecimiento, principio que aplicado a otras situaciones iguales aparejaría fatalmente una indexación general de los salarios y de las bases de liquidación de todas las prestaciones con sus perturbadoras consecuencias jurídicas y económicas; así las cosas, los acuerdos celebrados en el contrato de trabajo o en las convenciones colectivas perderían su validez, en tanto tendrían que quedar sujetos a la referida actualización. De igual modo, aplicados esos criterios aún después de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se aniquilarían los efectos del inciso 3º de su artículo 36, que sí estableció, por primera vez, la corrección monetaria del ingreso base de liquidación de pensión de vejez o jubilación, pues lo concebido en los fallos anteriores al presente sobre el punto contraría el texto de la nueva ley, si en cuenta se tiene que ésta actualiza la base de las cotizaciones de los años indicados en el precepto, y no la primera mesada.

"Finalmente no puede desconocerse que la equidad también está consultada por la Ley 100 de 1993, dado que a partir de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, además de éstas, debe cancelar el deudor la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se cancela la obligación."

De conformidad con las precedentes consideraciones se impone la prosperidad del cargo, lo que hace innecesario el estudio de las acusaciones restantes, en cuanto persiguen la misma finalidad.

En sede de instancia, se revocará la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral de Santa Fe de Bogotá para, en su lugar, disponer la absolución a la parte demandada de todas las súplicas de la demanda.

No habrá costas en las instancias ni en el recurso extraordinario, dado que la decisión corresponde al nuevo derrotero jurisprudencial.

En mérito de lo expuesto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley CASA la sentencia recurrida proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, el 5 de marzo de 1999, en el proceso instaurado por Hernando Rolón Rolón contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. En sede de instancia REVO-

CA la sentencia de primer grado que condenó a la demandada a la pretendida indexación y, en su lugar, la ABSUELVE de todas las súplicas de la demanda.

Sin costas en las instancias ni en el recurso extraordinario.

Cóplese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al tribunal.

José Roberto Herrera Vergara, Francisco Escobar Henríquez (Salvamento de voto); Carlos Isaac Nájler, Rafael Méndez Arango, Luis Gonzalo Toro Correa, (Salvamento de voto); Germán G. Valdés Sánchez, Fernando Vásquez Botero, (Salvamento de voto);

Laura Margarita Manotas González, Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO

INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL

Radicación Nro. 12588

Con el debido respeto nos permitimos salvar el voto en la decisión acogida por la Sala en la sentencia del 4 de noviembre del año en curso, proferida para desatar el recurso de casación propuesto por la parte demandada dentro del proceso ordinario promovido por Hernando Rolón Rolón contra Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, radicación 12588.

Como es de conocimiento en el ámbito jurídico nacional, desde el año de 1996, en sentencia del 5 de agosto de esa anualidad, radicación Nro. 8616, esta Sala de la Corte, por mayoría, que ahora queda en minoría, aceptó la procedencia de la actualización judicial de la base salarial que de acuerdo con la ley debe tenerse en cuenta para liquidar la pensión de jubilación, que es lo que tradicionalmente se le ha dado la denominación de "indexación de la primera mesada pensional".

Es por lo anterior que quienes nos separamos de la sentencia que impone un nuevo criterio, en sentido contrario, sobre tal tema, estimamos indispensable traer a colación, en primer lugar, las razones en que se ha fundamentado nuestra posición al respecto, ya que para nosotros siguen siendo válidas, y para ello nos remitimos a lo expresado en el fallo del 10 de diciembre de 1998, radicación 10939, así:

"(...) Ahora bien, ciertamente en la demanda con la que se inició el juicio se ha deprecado la reliquidación del valor inicial de la pensión de jubilación del accionante, mediante la aplicación al salario promedio devengado por él durante el último año de servicios, del valor de la depreciación monetaria que afectó el peso colombiano entre la fecha de la terminación de su contrato laboral y aquella en que empezó a devengar dicha pensión, esto es, entre el 30 de noviembre de 1978 y el 22 de julio de 1984.

El Tribunal para dirimir la controversia precisó: que la indexación no tiene alcance general; que por vía jurisprudencial se ha efectuado su reconocimiento para casos concretos y con el objeto de corregir situaciones de mora en el cumplimiento de obligaciones, hipótesis que no se da en el caso; que el otorgamiento de la indexación al demandante representaría un cambio en las reglas de juego en perjuicio de una de las partes, y que

cuando el ex trabajador decidió desvincularse de la empleadora, faltándole más de cinco años para cumplir la edad jubilatoria, tenía conocimiento de las consecuencias monetarias de su determinación, pues la depreciación del peso colombiano es un hecho notorio.

Empero, a juicio de la Sala, la providencia del Tribunal, así sea consonante con la tesis del salvamento de voto a la que finalmente se remite, sí incurre en el vicio de apreciación jurídica que le endilga la acusación, pues conforme lo tiene dicho la Corte de vieja data, y lo reiteró recientemente en su sentencia de casación del 5 de agosto de 1996, radicación 8616, la indexación es aplicable en el derecho del trabajo y, específicamente en casos como el que se trata, con el objeto de paliar los efectos que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda tiene sobre la cuantía de créditos laborales, como la pensión de jubilación que le fue reconocida al demandante.

"Y es por lo anterior que con fundamento en los artículos 8º de la Ley 153 de 1887 y 19 del Código Sustantivo del Trabajo se ha admitido la posibilidad de aplicar en asuntos del trabajo la corrección o actualización monetaria. Solución a la que se ha llegado teniendo en cuenta: principios de derecho laboral, de justicia y de equidad; la consagración positiva de la corrección monetaria en varios campos de la actividad civil en Colombia, como también en el derecho administrativo; su aceptación por la doctrina y jurisprudencia extranjeras; las normas reguladoras de pago; los principios del equilibrio contractual, y los desarrollos que en materia de seguridad social pensional introdujo la Ley 100 de 1993.

"De modo, pues, que cuando el Tribunal, a pesar de reconocer la existencia notoria del fenómeno de la depreciación del peso colombiano, se abstuvo de aplicar la corrección monetaria a la primera mesada pensional del petente, incurrió en el estigma de interpretación jurídica que se le endilga, pues le entregó a las normas referidas en el cargo, principalmente a los artículos 8 de la Ley 153 de 1887 y 19 del CST, un entendimiento restringido, que no le permitió, en un contexto de justicia, equidad y equilibrio social (art. 1º Ib), solucionar el envilecimiento del valor nominal de la pensión de jubilación de aquél y reajustarla a su cuantía real, conforme lo tiene establecido esta Corporación. Pérdida del poder adquisitivo que no depende de que se esté en mora el cumplimiento de una obligación sino de la existencia de un fenómeno económico, que al ser reconocido no implica imponerle a quien deba soportarlo una carga superior a la que llegare a estar obligado, ya que mirado desde la óptica del poder adquisitivo de la moneda los valores nominales que se determinen son iguales.

"Se impone recordar que ha sido posición reiterada de la Sala reconocer la aplicabilidad de la indexación como mecanismo para enfrentar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, argumentando, para el efecto, en unos casos, razones de justicia y equidad, y en otros, el retardo del cumplimiento de una obligación. Empero, en fechas más recientes, con fundamento en la primera razón precitada, se ha precisado la proceden-

cía de aquella para actualizar una suma de dinero que va a servir para tasar una obligación futura, y a la cual se proyecta, como es obvio, las incidencias negativas de la inflación. Al respecto la Corporación en el ya citado fallo del 5 de agosto de 1996, radicación 8616, dijo:

"Para ello vale la pena rememorar el basamento que ha tenido la jurisprudencia de la Corporación al aceptar el mecanismo de la indexación. Sobre el particular se expresó en sentencia del 13 de noviembre de 1991, Radicación No. 4486:

"Con apoyo en tal preceptiva (el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 y el 19 del Código Sustantivo del Trabajo, se aclara), la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte desde la referida sentencia del 18 de agosto de 1982, ha venido sosteniendo la posibilidad de aplicar a los créditos de origen laboral la corrección o actualización de la moneda. El soporte de esta doctrina ha sido vario: los principios del derecho del trabajo, en cuanto criterios de valoración immanentes a esta rama del derecho, portadora, por antonomasia, de una intención cautelar y defensora de los precarios intereses del trabajador, en consideración a que es un sujeto que normalmente no cuenta sino con su fuerza de trabajo para subsistir, erigiéndola al empleador, la jurisprudencia, principalmente de la Sala Civil de esta Corporación, que desde un tiempo un poco anterior, enfrentó el análisis de la incidencia de la inflación en las obligaciones diferidas de carácter civil; en los principios de equidad y justicia, comunes a no dudarlo, a todas las ramas del derecho y en particular a la laboral; en variados campos de la actividad civil en nuestro país, en la doctrina y la jurisprudencia extranjeras, así como también en la escasa producción doctrinaria nacional al respecto, en las normas reguladoras del pago, también indudablemente comunes al derecho ordinario y al del trabajo, en cuanto dicho modo de extinguir las obligaciones tiene que ver con todo tipo de éstas, cualquiera sea su origen; y, en fin, en los principios del enriquecimiento injusto y el equilibrio contractual, fundantes de la doctrina elaborada sobre el tema por la jurisprudencia civil, pero en ningún modo ajenos a los criterios estimativos del derecho laboral. Y, ahora, según los principios constitucionales atrás destacados es pertinente e imperativo tener en cuenta los lineamientos que el constituyente mismo estableció a este respecto y en la materia específica del derecho laboral, expectante de concretos y futuros desarrollos legislativos.

"El panorama jurídico ahora brinda nuevos y mayores elementos para aceptar la aplicación del correctivo de la indexación. Pues ciertamente en punto de las pensiones, se expidió la Ley 100 de 1993 por la cual se crea el sistema de seguridad social integral, que en varias de sus disposiciones desarrolla los principios constitucionales en cuanto consagran la provisión de crear mecanismos adecuados para que las pensiones mantengan su poder adquisitivo constante, como arbitrio eficaz para garantizar la congrua subsistencia de amplísimos sectores salariales (artículos 48 y 53 de la Carta Política). Dicha ley establece mecanismos de actualización no solo de las pensiones causadas (artículo 14) sino de los recursos re-

caudados para el pago de pensiones futuras, mediante la aplicación del índice de precios al consumidor, según certificación expedida por el DANE (artículos 36 y 117).

"Si bien para el caso de autos, en el que se solicita la indexación de la primera mesada pensional causada en 1987, no es aplicable el criterio de la analogía legal de una norma expedida en 1993, si es iluminante del criterio judicial el que tal sistema se hubiera establecido por el legislador, pues ello demuestra la necesidad imperiosa de ponerle coto a situaciones de flagrante injusticia, y la pertinencia del remedio aplicado por la doctrina jurisprudencial.

"Por ello, para resolver el tema bajo examen, siguen sirviendo como soporte de la decisión los destacados en el aparte de la sentencia transcrita del 13 de noviembre de 1991 y, fundamentalmente la orientación legal y doctrinal que impide el enriquecimiento sin causa. Que no otra cosa significaría el que se pudiera solucionar una deuda, respetando un monto nominal que dista enormemente - en el momento del pago - del valor real que tenía la deuda cuando fue contraída."

"Y precisamente una situación semejante es la que se presenta en el caso bajo estudio, pues de acuerdo con el documento de folios 16 a 21 del cuaderno de primera instancia, el demandante, cuando dejó de prestar sus servicios a la demandada: el 30 de noviembre de 1978, devengaba un salario promedio mensual de \$21.077.53, el mismo que se le tuvo en cuenta, el 22 de julio de 1984, para reconocerle un débito pensional equivalente al 75% de su valor, es decir, \$15.808.00, no obstante que entre tales fechas el signo monetario colombiano se depreció en un 146%, según el certificado de folio 63 *ibidem*.

"La aludida circunstancia evidencia un fenómeno económico del que no puede sustraerse el derecho del trabajo. ni pasar por alto la jurisprudencia, toda vez que desconocerlo implica olvidar que las normas del derecho social, al tenor del artículo 1º del CST, se deben aplicar con un criterio de coordinación económica y equilibrio social, por lo que se impone, con fundamento en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 y 19 del C.S.T., el reconocimiento de la indexación porque de no hacerlo vulnera tal mandato, ya que es indiscutible que "el hecho notorio" de la inflación terminaría perjudicando, inequitativamente, a una de las partes de la relación contractual: el trabajador, que no es proplamente el llamado a soportar tal fenómeno económico porque él no tiene la posibilidad de tomar medidas para protegerse del mismo en razón que su aporte en el contrato es su capacidad de trabajo; situación que no puede predicarse con respecto al empleador porque éste sí tiene o debe tener el control financiero, así sea relativo de la actividad donde aquél presta el servicio, por lo que se puede afirmar que es a él a quien le corresponde prever y asumir las consecuencias de las fluctuaciones económicas, pues está en capacidad de tomar las medidas financieras del caso para cubrirse de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, y una de ellas sería el reconocimiento de

una pensión de jubilación actualizando el valor de salario que años atrás devengó el trabajador.

Reitera, entonces, la Corte que una solución como la de la indexación, adoptada para el caso, no implica un incremento en la obligación original, no la hace más onerosa, sino que se limita a mantener su valor real frente a la notoria pérdida del poder adquisitivo de la moneda; acogerla solo significa restablecer el equilibrio entre las partes, aplicando la revaluación monetaria a los \$13.808,15, que se estableció es el valor de la pensión del accionante cuando cumplió 55 años de vida, el 22 de julio de 1984, para cuya tasación se tuvo en cuenta el último salario promedio mensual que devengaba el 30 noviembre de 1978, es decir, algo más de cinco (5) años antes. El resultado de una operación tal, así sea numéricamente mayor, equivale, para la primera fecha, al valor inicialmente citado, razón por la cual no es predicable que en términos reales de economía y finanzas la indexación le represente cumplir con una obligación dineraria superior a la inicialmente pactada.

"En consecuencia, el cargo prospera; motivo por el cual no hay lugar a costas del recurso extraordinario."

De otra parte, reiterando el debido respeto que nos merece el fallo del que nos separamos, a los argumentos que se exponen en la providencia, antes transcrita para sostener la pertinencia de la indexación pretendida y discutida a través de este proceso, agregamos lo siguiente:

1. Si se analiza, desde el año de 1982 y hasta la fecha, el desarrollo jurisprudencial de esta Sala de la Corte en materia de indexación de las obligaciones laborales en general, se impone llegar a la conclusión que al acogerse la revaluación de la base salarial para la pensión de jubilación, no se pretendió, como lo afirma la mayoría, reemplazar un "ordenamiento jurídico de corte nominalista" por un "régimen valorista", sino buscar una solución a un desequilibrio económico que tiene profundas repercusiones en las relaciones que regulan el derecho laboral, por lo que representa lo que se recibe como contraprestación directa o indirecta, independientemente de su denominación jurídica. Y ello en virtud, en primer lugar, de lo que es la inflación y su incidencia en algo tan vital para quien por su edad ve limitada su capacidad y oportunidad de trabajo, ya que basta citar la siguiente explicación más que gráfica de lo que es ese fenómeno económico: "inflación es cuando en vez de no tener plata, usted tiene el doble, pero no le alcanza para comprar lo que hubiera comprado con lo que no tenía". Y en segundo lugar, por lo que se expresa en la sentencia de la que nos apartamos: "En Colombia existe un vacío legislativo, casi total, sobre el fenómeno de la indexación (...)".

2. Es por lo anterior que en nuestro sentir no se puede invocar el artículo 230 de la Constitución Nacional, y menos los artículos 2224 y 1627 del Código Civil, para negar la posibilidad legal de indexar la base salarial con referencia a la cual se debe liquidar la pensión de jubilación. Y esto porque la primera norma también remite a la "equidad" para la

solución de conflicto de derecho y, las otras, como bien se sabe, pese a su tenor literal, ya se han superado por la jurisprudencia para disponer, en no pocos casos, la indexación en asuntos regulados por el Código Civil, a pesar que dicho estatuto está fundado en un criterio eminentemente nominalista o monetarista. Y es por ello que estimamos pertinente traer a colación apartes del salvamento de voto del doctor Fernando Hinestroza Forero a la sentencia de la Sala de Casación Civil del 21 de marzo de 1995, Magistrado Ponente Pedro Lafont Pianetta, expediente 3328, a saber:

"La obligación de pagar una suma de dinero puede ser tal desde el momento mismo en que surgió la relación, o ser el resultado de la conversión a dinero de una obligación de otra índole, que se percipía en el subrogado pecuniario de la prestación original (art. 1731 I C.C.). En esta segunda hipótesis están de más las consideraciones y disquisiciones sobre el efecto perverso de la inflación sobre el acreedor de obligación pecuniaria, como quiera que la deuda llegó apenas ahora a ser de dinero, mediante la apreciación de la prestación correspondiente (o del perjuicio) en su valor actual, o sea que allí hay un valor presente real y justo.

"Como quiera que la cancelación del contrato, cada contratante deviene acreedor de lo que dio y deudor de lo recibido, aquel que recibió dinero de su contraparte debe restituirselo. Es esa una obligación de "valuta" o pecuniaria propiamente dicha, o pecuniaria primaria, porque la obligación del deudor consiste originariamente en pagar una suma de dinero cierta y precisa. Hipótesis delante de la cual, habida cuenta del fenómeno inflacionario o de depreciación del dinero, surge la necesidad de determinar si lo que el deudor debe es simplemente una cantidad de unidades monetarias, la misma original, o si, debe actualizar, corregir, el monto pecuniario para que su pago sea completo, y el acreedor no resulte sacrificado inopinada e injustamente en provecho suyo.

"Es bien sabido que los pronunciamientos terminantes en favor del nominalismo y, consiguientemente, del poder liberatorio universal y absoluto de la moneda de curso legal o forzoso, han ido cediendo el paso paulatinamente a consideraciones y razonamientos de lógica y equidad irrefutables, que resaltando la pérdida continua y acelerada del poder adquisitivo de la moneda y observando los contrastes abismales que se presentan al cabo del tiempo entre el valor nominal y el valor real del dinero, tienden a introducir por vía pretoriana, atenuantes a aquel rigor del dictado político de la soberanía monetaria del Estado, y paliativos a sus efectos inicuos.

"Apenas hay para qué anotar que la doctrina y la jurisprudencia nacionales han evolucionado, habiéndose inclinado ésta en los últimos quince años decididamente por la corrección o actualización monetaria, con orientación y ritmo variados y oscilaciones del todo naturales en materia de suyo delicada y conflictiva y de proyecciones no sólo jurídicas, sino sobre la economía, la individual, obviamente, pero también sobre la

macroeconomía y la política económica del Estado. De ahí su encarecimiento de proceder con las mayores cautela y prudencia.

Distintas son las explicaciones o justificaciones que doctrina y jurisprudencia han buscado y dado a su permisión del reajuste monetario, que van desde el concepto de resarcimiento del daño hasta el de enriquecimiento injusto, pasando por la exigencia de plenitud del pago. No todas esas presentaciones convienen a las distintas hipótesis, por lo cual su aplicación particularizada, a más de impedir una concepción general y unitaria, desemboca en inconsistencias y es propicia a contradicciones. En efecto, si se toma como explicación general la de un criterio indemnizatorio, ¿Cómo justificar la corrección monetaria en la hipótesis de nulidad ajena a cualquier incorrección? Es claro que en el caso del acreedor de restitución de dinero por sentencia resolutoria del contrato debida a incumplimiento del deudor, resulta sencillo, cómodo, y aún afectista, respaldar la orden de reajuste monetario diciendo que al acreedor le asiste derecho a indemnización del perjuicio consistente en la depreciación monetaria. Pero esa justificación estimula la tesis de que cuando el incumplido no es el contratante ahora deudor del dinero, sino el otro, no hay lugar a corrección monetaria, que no es propiamente un correlato lógico y equitativo de aquella. Y, ciertamente, en las demás eventualidades donde no se puede hablar ni de incumplimiento, ni de incorrección del deudor de obligación de restituir dinero, esa explicación no funciona.

"(...)

Observo en la sentencia de 21 de septiembre de 1992 una contradicción interna, como quiera que a tiempo que pregona el imperio de la igualdad y la equidad y se resiente frente al desequilibrio de las obligaciones resolutorias cuando una de ellas es de devolver dinero, sin discriminaciones y reafirmando doctrina de la Sala que la llevó conjurar dicha injusticia procediendo de oficio: tal desequilibrio inocultable, objetivamente intencional, se esfuma o, le resulta, más que indiferente, plausible, cuando el acreedor del dinero depreciado es el contratante cuyo incumplimiento dio lugar a la resolución. Y sin una explicación aceptable de tal asimetría.

Tampoco encuentro sostenible el argumento de que disponer en tal situación el reajuste monetario, 'equivaldría' a prohibir el 'incumplimiento', como si la corrección monetaria -o sea el equilibrio, la equidad y la justicia- pudieran tomarse de manera de recompensa a la buena conducta o 'beneficio', sólo asignable en razón de ella, y su denegación, cual un castigo, ante cuya amenaza los deudores habrían de cuidarse más de ser cumplidos, es decir, como factor disuasivo.

"(...)

Es obvio que al juzgador le es forzoso someterse a la ley; pero también, que no le es menos imperativo interpretarla y aplicarla teniendo en cuenta la justicia y la equidad. Ciertamente ningún precepto de código dispone la corrección monetaria, de manera que el reajuste es, sin más,

creación doctrinaria y jurisprudencial; así, la pregunta pertinente no podría ser la de si para este o aquel caso la ley la 'permite' o 'autoriza'; sino si la 'prohíbe' o 'excluye'. En todas las circunstancias en que la Corte, con curia de la justicia y la equidad ha 'aceptado' la corrección monetaria, ha pronunciado jurisprudencia creadora de derecho, sin aguardar a la intervención del legislador. Sin embargo, para el caso de las prestaciones mutuas entre vendedor y comprador por causa de resolución del contrato, debida a incumplimiento de este, la deniega arguyendo que el art. 1932, no sólo no se lo autoriza, sino que se lo impide.

"[...]

"Es elemental la consideración de que toda restitución del precio por parte del contratante que lo recibió, al declararse o decretarse la disolución del contrato, se limita a la parte que él haya pagado; de suerte que, del hecho de que el art. 1932 haya reiterado esa regla para el evento de resolución de compraventa por incumplimiento del comprador, precisamente para poner de relieve que su incumplimiento no acarrea la pérdida de la parte del precio por él satisfecha, no se puede deducir una prohibición legislativa del reajuste monetario, pese a la iniquidad que llevaría consigo la congelación del monto de esa obligación restitutoria. Y menos puede sostenerse que dicho desconocimiento de la realidad y de la justicia 'guarda armonía con el principio de los riesgos de la cosa debida y con el tratamiento equitativo del contrato de compraventa resuelto'. Los riesgos del cuerpo cierto están regulados en el art. 1932 3 conforme a los principios generales, sin concesión a favor del comprador, que autorice imaginar compensaciones con el deterioro de la moneda, y el tratamiento equitativo que merecen las partes es muy otro del de la rutina del comprador. ¿Dónde está, entonces, la distorsión del contenido legalmente vigente? La corrección monetaria no es un privilegio o una ventaja para el acreedor, es simplemente reconocimiento de la realidad económica y freno a una injusticia sin causa alguna; es una medida que no exige orden expresa o implícita del legislador, pues su aplicación dimana de los principios o reglas generales del derecho"

3. Es indudable que si en el derecho laboral se estudia la indexación, y si se trata de explicar su razón de ser, desde la óptica de la Teoría General de las Obligaciones, necesariamente como lo hace la mayoría, habría que llegar a la deducción que si no hay obligación o crédito en mora, no es posible indexar, ya que ello haría parte de la indemnización de perjuicios.

Como para quienes salvamos el voto, con la indexación en materia laboral se busca no sancionar una mora sino restablecer un equilibrio económico, producido por un fenómeno de la misma índole, y que repercute sobre el poder adquisitivo de la moneda, independientemente que haya una obligación sujeta o no a una modalidad, es por lo que aceptamos la pertinencia y legalidad de la revaluación judicial de la base salarial para tasar la pensión de jubilación. Y para llegar a ella se acude a mecanismos constitucionales y legales, como lo son la equidad y la analogía.

4. Aunque parezca contradictorio se impone destacar y aplaudir un avance en lo que era la posición de minoría, ya que antes se sostenía que mientras no se cumplieran los dos requisitos para configurar el derecho a la pensión de jubilación: edad y tiempo de servicio, solamente había una expectativa que ninguna protección legal tenía o merecía. En cambio en la sentencia se da a entender que quien cumple uno de esos dos supuestos es titular ya de un "derecho eventual", y aunque sea "eventual" se le otorga el calificativo de "derecho", ello es el avance, pues, por esa circunstancia, es innegable que es susceptible de cierta protección, así se puntualice que configurado el mismo solo tiene efectos hacia el futuro, y la forma de protegerlo es aceptando su indexación, sin que ello implique hacer más gravosa la situación del que lo deba satisfacer, pues como se ha explicado no obstante así el resultado de la operación numéricamente sea mayor, ello no representa cumplir con una obligación dineraria superior a la inicialmente pactada.

5. La circunstancia que transcurrieron más de 14 años después de que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció por primera vez sobre la indexación de las obligaciones laborales, para finalmente admitir la posibilidad de revaluar la base salarial a tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación, es claramente indicativa que el criterio de la jurisprudencia, como lo ha venido haciendo, es estudiar en cada caso su procedencia, y no como lo sostiene la mayoría que en virtud de esto último se ha de llegar "fatalmente a una indexación general de los salarios y de las bases de liquidación de todas las prestaciones con sus perturbadoras consecuencias jurídicas y económicas (...)".

Asimismo, estimamos equivocado aducir la Ley 100 de 1993 como argumento para restarle soporte al criterio que hoy queda de minoría. Y esto porque, por el contrario, nos atrevemos a afirmar que al introducir ese estatuto en sus artículos 21 y 36 el concepto de "actualización" con referencia a la variación del índice de precios al consumidor, no hace otra cosa que reconocer que la inflación afecta aquel presupuesto a tener en cuenta para tasar la pensión de vejez.

Además, tampoco sobra recordar que en los fallos proferidos hasta ahora con fundamento en el criterio jurisprudencial que deja de ser mayoritario, siempre el obligado a pagar la pensión era el empleador.

Santa Fe de Bogotá, D.C., noviembre diez (10) de mil novecientos noventa y nueve (1999)

Francisco Escobar Henríquez, Luis Gonzalo Toro Correa, Fernando Vásquez Botero.

TECNICA DE CASACION
AUMENTOS SALARIALES
SALARIO
MINIMO
INDICE DE INFLACION

IMPERIO DE LA LEY

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral.- Santa Fe de Bogotá D.C., cinco (5) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: *Doctor Luis Gonzalo Toro Correa*

Radicación No. 12213

Acta No. 43

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado del señor José María Gómez Goez, contra la sentencia proferida el 15 de octubre de 1998, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio seguido por el recurrente contra Empresas Varias Municipales de Medellín.

ANTECEDENTES.

El proceso fue promovido con el fin de obtener que la entidad accionada fuera condenada a pagar al actor el reajuste de cesantías, vacaciones, pensión de jubilación y las mesadas adicionales de junio y diciembre, el reintegro de los dineros indebidamente retenidos por concepto de salud, y la indemnización moratoria.

Indican los hechos referidos en la demanda que el accionante estuvo vinculado a las empresas mencionadas entre el 12 de diciembre de 1973 y el 15 de mayo de 1995, ocupándose en labores de peón, Grupo Recolección y Transporte.

Exponen también que al reconocer la empleadora al trabajador la pensión de jubilación convencional no computó para liquidar su monto, todos los factores salariales que devengaba, pues excluyó las primas de alimentación, de antigüedad y la bonificación por firma de la convención, produciéndose así una mesada deficitaria.

Sostuvo de otra parte el actor que la empresa debe reintegrar las sumas indebidamente retenidas por la errónea aplicación del artículo 143 de la Ley 100 de 1993 "... por cuanto durante todo el tiempo de la relación laboral activa, aquellas cubrieron totalmente este rubro, lo cual constituye un derecho adquirido del actor y que debe ser respetado en su carácter de pensionado...." (folios 2 y 3 cuaderno 1).

Resaltó que era trabajador oficial; que había pertenecido al sindicato durante todo el tiempo de su vinculación a la empresa y que había agotado la vía gubernativa.

En la adición a la demanda pide el reconocimiento y pago de reajuste por salarios desde el 1º de enero hasta el 31 de diciembre de 1993 y del 1º al 14 de enero 1994, en el porcentaje de variación del índice de precios al consumidor.

Aduce que el salario del trabajador no fue incrementado en 1993, situación atentatoria contra 'el salario valor', que por lo menos debe ser igual al porcentaje de aumento del índice de precios al consumidor, que para el año de 1993 fue del 25.13% y para el de 1994, del 22.6%.

RESPUESTA A LA DEMANDA

La accionada se opuso a las pretensiones de la demanda y al referirse a los hechos expuestos por la parte actora manifestó, con relación al manejo salarial, que desde hace varios años se rige por la Convención Colectiva de Trabajo y de acuerdo con ella se pagaron las prestaciones al demandante. Señala que para el año de 1992 el salario mensual del actor superaba el mínimo legal.

Propuso las excepciones de falta de causa, inexistencia de la obligación de reajustar, prescripción, pago, validez del pacto convencional sobre el hecho que la prima de alimentación no constituye salario, falta de carácter de salario de la prima de antigüedad, compensación, inexistencia de mora, reajustes pensionales de acuerdo a la ley, buena fe, laudo arbitral y falta de competencia.

DECISIONES DE INSTANCIA

En audiencia pública de juzgamiento celebrada el 6 de agosto de 1998, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, absolvió a la accionada de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Al resolver el recurso de apelación interpuesto por el actor, el Tribunal revocó "en todas sus partes" la sentencia de primer grado y condenó a la demandada a pagar al demandante la suma de \$252.685.24 por concepto de reajuste de mesadas pensionales hasta el 31 de diciembre de 1997; \$149.636.50 por concepto de reajuste de cesantía. Igualmente, a continuar pagando a partir del 1º de enero de 1998, la mesada pensional en cuantía de \$463.820.41 y a reajustar la diferencia entre esta suma y la que venía cancelando al pensionado durante ese año.

El *ad quem* acometió el estudio del incremento salarial del año 1993 y hasta el 14 de enero de 1994, solicitado con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor, precisando que el salario móvil debe ser constante, que no pueda ser nominal y que debe ajustarse periódicamente en la proporción en que se deteriore al signo monetario, acorde con la especialidad del empleo; que la filosofía del constituyente al exigir que en el estatuto laboral se plasmara el principio de la remuneración mínima vital y móvil, no fue otra que la de que el trabajador siempre conserve la retribución justa de su trabajo, pero no señaló pauta alguna para que el salario fuera móvil, y dejó la larca al legislador quien no se ha ocupado de ella. "Siendo este el principal tropiezo para el éxito de la pretensión invocada y mientras tanto los empleadores solo estarán obligados a cumplir las exigencias de los arts. 127, 132, 145 a 147 del C.S. del T., reformados por los cánones 14, 18 y 19 de la Ley 50 de 1990: que si bien son normas del sector privado, bien se pueden tener en cuenta en el sector oficial, en armonía con el art. 4º de la Ley 6ª de 1945 y 42 del D. 1042 de 1978 como criterios orientadores. Es decir que mientras se respeten los mínimos de la ley laboral, se estará actuando conforme a derecho, teniendo en cuenta el contenido del art. 143 del C. S. del T. y 5º de la Ley 6ª de 1945 a los cuales debe rendirse fidelidad porque consagran el principio de que 'a trabajo igual salario igual' a menos que se presente una auténtica desigualdad de un trabajador frente a otro u otros por actos imputables al empleador, cuya igualdad se solicite demostrando la objetiva discriminación sin razones atendibles a la luz del derecho".

Aduce que para la fijación de un salario mínimo vital y móvil, como se pretende en la Constitución, no se puede actuar automáticamente con el simple índice de precios al consumidor, ni por analogía con relación a los aumentos que anualmente hace el Gobierno Nacional al salario mínimo para aplicarlos a salarios que superan aquel, porque se debe tener en cuenta la situación económica del empleador o de la empresa, las distintas actividades profesionales o ramas de la producción, considerando al trabajador de la industria, de la ganadería, de la agricultura, de la minería o de un ente del Estado; además el standard de vida de los trabajadores, la escala salarial que posca la empresa, los cambios económicos favorables y desfavorables por los que se atraviesa, la fluctuante inflación que se presenta, deudas contraídas, la improgramada apertura económica, la baja rentabilidad de las operaciones, el recorte de recursos financieros, la discriminación de la oferta y la demanda, el vencimiento de la cartera, el aumento del costo de los insumos, la libre competencia, la reestructuración necesaria de las entidades, etc; porque, de lo contrario daría lugar a un caos que perjudicaría a todos en general y de pronto patrocinarse la ruina de la compañía, del empresario, o del mismo trabajador, o presentarse un difícil situación en la prestación de los servicios públicos.

Seguidamente transcribe apartes de lo considerado por la Constituyente en torno al tema y asevera que la forma móvil del salario, al igual que se consagra en las Constituciones corporativas de otros países, como lo explica NESTOR P. SAGUES, debe prestarse teniendo en cuenta el ni-

vel de vida los dependientes, como las condiciones de la producción y del trabajo, procurando conciliar los intereses de cada categoría con el interés superior de la producción.'

A continuación reproduce un pasaje de lo expuesto por PIO XI en la Encíclica Cuadragésimo Anno y luego afirma que siendo la disposición constitucional la que obliga para que en el futuro se legisle sobre la operatividad del salario mínimo vital y móvil, aún no es jurídicamente aplicable y será la misma ley la que tendrá que señalar las pautas, por lo que "mientras tanto y con justicia, no puede aplicarse automáticamente el reajuste implorado, con observancia del IPC o del aumento que anualmente realiza el Gobierno del mínimo legal, el que no puede hacerse por el momento extensivo a los salarios que superan el mínimo legal como es el caso presente por más autorizados argumentos que ofrezcan los operadores jurídicos." (folio 261)

Que "además, debe entenderse que el problema planteado en la litis, no es más que un conflicto económico para lo que esta jurisdicción no tiene competencia conforme al art. 2º del C. de P.C., reformado por la Ley 36 de 1997".

Así mismo, que ajustar el salario como se pretende sería tanto como invadir la competencia del Congreso a convertirse el juez en legislador.

En relación con el punto, finaliza transcribiendo apartes de lo decidido por esta Corte dentro de la tutela Rad.1412 del 21 de junio de 1995 y descarta la jurisprudencia de la Corte Constitucional con base en que las sentencias de dicha Corporación solo surten efectos en el caso concreto.

Respecto al reajuste de cesantía, vacaciones y pensión de jubilación, consideró el ad - quem que '..... Se han reclamado los citados reajustes, con base en que por convención colectiva, se reconoce el derecho a la prima de alimentación, prima de antigüedad y una bonificación de \$150.000 por firma de la convención.

"Efectivamente, la prima de alimentación nace del artículo 63 de la convención colectiva vigente a partir del 1º de enero de 1991, que se encuentra aportada conforme al Art. 469 del C.S.T' (folio 262 y 263.), transcribe luego el referido texto.

A continuación expresó: "El juzgador no accedió a reajustar los derechos sociales implorados, apoyándose en el Art. 15 de la Ley 50 de 1990, pero la verdad es, que a la luz de las normas aplicables al sector oficial, dicha normativa no es acomodable a este asunto, porque se considera que a pesar de haberse convenido en la cláusula 63 de las convenciones arriadas, que la prima de alimentación, no constituía salario, es una cláusula ineficaz y por ende inoponible al demandante, debido a que cuando se acordó la prima, fue condición de que se pagaría "por los días efectivamente laborados", y en tal sentido constituye una contraprestación directa del servicio que no se podía excluir como elemento constitutivo del salario, habida cuenta que armonizando los artículos 42 del Dto 1042 de 1978, Dto 1045 del mismo año y 6º del Dto 1160 de 1947, constituye sala-

rio, no solo " el hijo, sino todo lo que perciba el trabajador oficial a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como las primas, sobresueldos y bonificaciones, pero no las sumas que ocasionalmente se den por mera liberalidad del patrono". (folio 263.)

Concluyó que, en tal orden de ideas, debía prosperar la pretensión de reajustar la pensión por ser la prima de alimentación constitutiva de salario, pero desechó la relativa a la prima de antigüedad, por haberse cancelado antes del año que se debe tener presente para la liquidación de los derechos sociales.

Respecto de la bonificación por firma de la convención colectiva, dijo: "Ciertamente que de conformidad con el parágrafo 1º de la Cláusula 66 de la convención suscrita el 19 de abril de 1995, se reconoció para los trabajadores vinculados a la firma de la convención una bonificación de \$150.000,00 para el primer año de vigencia, que sería pagada dentro de los 15 días siguientes a la firma de la convención y de la cual anota el demandante que hace parte del salario. Sin embargo para la Sala, de ninguna manera dicha notificación (sic) hace parte del salario, porque de conformidad con el Art. 6º del Dto. 1160 de 1947, en concordancia con los Dtos 1042 y 1045 de 1978, no está retribuyendo ningún servicio del trabajador ni directa ni indirectamente, y simplemente fue un beneficio extra por la firma del aludido acto jurídico." (folios 264 y 265).

Del reintegro de dineros retenidos para salud expresó:

"Ha apuntado el demandante, que se le debe reintegrar los dineros indebidamente retenidos para salud, por la mala aplicación del Art. 143 de la Ley 100 de 1993, lo que funda en que durante la relación laboral las empresas cubrieron totalmente este rubro, lo que constituye un derecho adquirido del actor, el cual se le debe respetar como pensionado.

"De que constituya un derecho adquirido, no hay prueba al respecto, por el contrario, de conformidad con el Dto. 1070 de 1995, reglamentario de la Ley 100 de 1993, los servidores públicos de los entes territoriales y los pensionados, quedaron con la obligación de cotizar a partir del, 1º de Diciembre de aquel año, para poder acceder al servicio de salud. Esto indica que se trata de una obligación legal, frente a la cual el actor no quedo por fuera y menos que las Empresas Varias hubieran asumido esta obligación en favor del trabajador. Es por esto, entonces, que no hay lugar al reintegro solicitado". (folio 265).

En cuanto a la indemnización moratoria consignó " ... Que las Empresas Varias estuvieron de buena fe al no tener en cuenta la prima como factor salarial, al considerar que la cláusula convencional que así la plasmó se ajustaba a la ley, cláusula que a la postre resultó ineficaz" (folio 265).

EL RECURSO DE CASACIÓN

Fue propuesto por la parte actora y concedido por el Tribunal. Admitido por la Corte se procede a resolver.

ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Solicita que se "CASE PARCIALMENTE la sentencia impugnada, ...por medio de la cual CONFIRMO Y REVOCO la sentencia del a - quo, y una vez convertida la H.Corte en sede de instancia REVOQUE la sentencia del juzgado que absolvió a la demandada de todas las pretensiones de la demanda, y en su lugar, la condene a pagar al demandante el reajuste del salario desde el primero (1) de enero de mil novecientos noventa y tres (1993) y el catorce (14) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994), en el mismo porcentaje de variación del índice de precios al consumidor; al reajuste de la cesantía, vacaciones, pensión de jubilación y sus mesadas adicionales de cada año teniendo en cuenta el incremento anterior y a la indemnización por mora, así como el reintegro de los dineros ilegalmente retenidos para salud." (folio 7. Cuaderno 2.). Con esta finalidad presenta un cargo, no replicado.

'Cargo Único

"Acuso la sentencia proferida por el H. Tribunal Superior de Medellín, Sala Décima de Decisión Laboral, el día quince (15) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998) en el proceso de José María Gómez Góez vs. Empresas Varias de Medellín, POR VIOLACION INDIRECTA de la ley, a causa de la APLICACION INDEBIDA de las normas sustanciales que más adelante determinaré, a través de ERRORES MANIFIESTOS DE HECHOS originados en la NO APRECIACION de unas pruebas y la INDEBIDA APRECIACION de otras, idóneas para la admisión de este recurso.- Los artículos violados por APLICACION INDEBIDA fueron los siguientes: 3º, 4º, 19º, y 467 del C.S.T.; artículo 8º de la Ley 153 de 1887; 14 y 15 de la Ley 50 de 1990; 17 de la Ley 344 de 1996; 36 y 143 de la Ley 100 de 1993; 42 del Decreto 692 de 1994; y COMO VIOLACION DE MEDIO se infringieron los artículos 145, 28, 42, 44, 51 y 84 del C. P. L. y artículos 174 y 183 del C. P. Civil. Además, la aplicación indebida de esas normas CONDUJO A LA INFRACCION DIRECTA de los artículos 1º, y 17 de la Ley 6ª, de 1945; 6ª, del Decreto 1160 de 1947, Decreto 797 de 1949, 5º, de la Ley 4ª, de 1966, 2º, de la Ley 5ª, de 1969, 42 del Decreto 1042 de 1978, 45 del Decreto 1045 de 1978, decreto Ley 3135 de 1968, 291 y siguientes del Decreto 1333 de 1986, 1º, de la Ley 62 de 1985, 1º, de la Ley 71 de 1988, así como los artículos 13, 25, 53, 58 y 315 de la Constitución Política." (folio 8 cuaderno 2.)

Indica que no se apreciaron las certificaciones expedidas por la demandada sobre incrementos de tasas de asco, la respuesta a la demanda y un testimonio. Como pruebas indebidamente apreciadas señaló las respuestas dadas por la demandada al agotamiento de la vía gubernativa y a la petición de reajuste de la pensión de jubilación tomando en consideración todos los factores salariales, informes, resoluciones y certificaciones.

Singularizó los siguientes errores de hecho:

5.1.3.1: Dar por demostrado, sin estarlo, que las EMPRESAS VARIAS DE MEDELLÍN sufrían alguna alteración en su bienestar económico, en sus distintas actividades productivas, o profesionales, (fs 257).

"5.1.3.2. No dar por demostrado, estándolo, la pujanza de una empresa estatal como la demandada, con una tecnología importante, magnífica metodología de trabajo y un patrimonio humano sin igual.

"5.1.3.3. Dar por demostrado, sin estarlo, que el salario del trabajador demandante tiene la connotación de congruo, no de alimentario (Fls 257)

"5.1.3.4. No dar por demostrado, estándolo, que la demandada reconoció al actor su pensión de jubilación en forma deficitaria, y posteriormente se la redujo al destinar un porcentaje de esta para salud (12%).

"5.1.3.5. No dar por demostrado, estándolo, que el actor, por convención colectiva, cuando era trabajador activo, NO SE LE HACIA NINGUNA DEDUCCION PARA SALUD .

"5.1.3.6. No dar por demostrado estándolo, que el actor pensionado, no se le podía deducir un solo peso para salud por poseer UN DERECHÓ ADQUIRIDO, desde que tenía su calidad de trabajador activo y que continuó con su status de jubilado.

"5.1.3.7. No dar por demostrado, estándolo, que la demandada obró de mala fe y con palpable abuso del derecho al: a) No incrementar el salario anual para precipitar una negociación colectiva. b) No liquidar la pensión de jubilación del actor con todos los elementos que constituyen el salario, y c) Al destinar una parte de la pensión de jubilación para salud, cuando nunca realizó esta conducta con el trabajador activo." (folio 9 ,cuaderno Corte).

La demostración del cargo, la presenta el recurrente en estos términos:

" La Sala del Tribunal Superior de Medellín al momento de proferir su fallo, no tuvo en cuenta que la empresa demandada había roto el equilibrio contractual que protege todo acuerdo de voluntades y que por ende corresponde a la jurisdicción del trabajo restablecer ese equilibrio al darle su verdadero valor adquisitivo al salario devengado por el trabajador, quien continúa prestando la misma labor, año tras año, pero devengando menos salario entendiéndose este en su capacidad de compra. Es acá donde se viola el principio individual, es decir comparado el trabajador con su misma actividad, de TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL.-

"Erró el Tribunal al analizar la prueba, y las peticiones de la demandada, al sentenciar que no podía ACTUALIZAR el salario invariable por varios años, al desconocer la capacidad económica, profesional, técnica, productiva, fiscal, patrimonial, etc., de la demandada, pero desconociendo olímpicamente el contenido de Fls 155 y siguientes del expediente en donde aparecen los diferentes aumentos de tasas y servicios que presta la demandada, año por año, incluyendo el de 1992, 1993, 1994, etc. Si aumentó el valor de los servicios (tasas) a los usuarios en el año que NO aumentó sus salarios a los trabajadores dedicados al aseo y mantenimiento de las calles y obras públicas de Medellín, debe existir, por lo me-

nos un superávit en su balance general, en el ejercicio de esos años. Y jurídicamente existe un enriquecimiento torticero e injustificado de la empleadora con el correlativo empobrecimiento del servidor, al ver menguada ostensiblemente su capacidad de compra.

"Existe (sic) suficientes elementos probatorios dentro del expediente para acceder a la petición de INDEXACION SALARIAL, además, la demandada no probó por parte alguna su incapacidad económica para realizar LA ACTUALIZACION SALARIAL DEPRECIADA. Se limitó a defender la tesis de que el aumento salarial por indexación debió ser solicitado en la homologación del laudo arbitral y no en el natural proceso como es el ordinario laboral y ante el Juez Natural como es también, el laboral." (folio 10. Cuaderno 2)

En relación al reintegro de dineros retenidos para salud, luego de hacer la transcripción de un pasaje de lo dicho por el Tribunal sobre este tópico, manifestó:

"... El *ad-quem* desconoce el alcance de la contratación colectiva vigente entre las partes, y es así, como en el CAPITULO CUARTO de la convención colectiva vigente al momento de retiro del trabajador, cláusulas 28,29,30,31,32,33, y 34 la cual se encuentra debidamente aportada al proceso, autenticada y con su constancia de depósito (fls 143), se aprecia que todo lo relacionado con la salud allí se encuentra reglamentado y en ninguna parte se aprecia que la empresa cobre por dicho rubro. A folio 145 aparece certificación emanada de la accionada, en ella se observa que solo a partir de junio de 1996 se le empezaron a descontar al jubilado el referido 12%, cuando nunca como trabajador activo o más de un año con el status de jubilado le habían cobrado. Si se probó que constituía un derecho adquirido, por prueba documental idónea. Sin embargo el testimonio de GUSTAVO ACEVEDO OSORIO en franca y amplia connotación con los documentos aludidos Fls 78, manifestó en forma clara y diáfana que nunca nadie pagó un peso para salud, cuando eran trabajadores activos. Es pues un derecho adquirido el de mi mandante a que no le cobren ningún rubro para salud, a no tener ese gasto, pues ese derecho ya había ingresado al patrimonio de mi mandante y a éste se le debe respetar la transición de la Ley 100 de 1993, art.36, pues lo cobija la normatividad anterior, de un lado y la contratación colectiva de otro lado. En este aspecto, además, está protegido por el inciso final de los artículos 53 y 58 de la Constitución Política, y es por esto, en el evento que la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios tuvieron mas fuerza, EN LO FAVORABLE, que la voluntad de las partes, ninguna norma posterior podría afectar lo ya pactado.

"Es por esas positivas razones que se debe ordenar el reintegro del doce (12) por ciento de lo devengado por mi mandante y que las demandas supuestamente lo destinan a salud." (folio 11 cuaderno 2).

En relación con la indemnización moratoria, consignó algunas consideraciones hechas por el Tribunal sobre el punto y en lo pertinente expuso:

"... Insisto que existe mala fe y abuso del derecho por parte de la demandada, también cuando le niega la calidad de factor prestacional a la prima de antigüedad, cuando es la ley sustantiva aplicable al servidor público la que le da esta connotación. Hacer una deducción para salud cuando en la vida activa del servidor público era una carga de la empresa, era un gasto que no estaba en el patrimonio del trabajador, ni estuvo en su primer año de jubilado, es violar amen de los derechos adquiridos mencionados, la contratación colectiva y la protección constitucional que dan los artículos 53 inciso final y 58 de la Constitución Política.

"El fallo de segunda instancia en cuanto absolvió por la bonificación por firma de convención y la prima de antigüedad por haber sido entregada antes del último año de servicio, está ceñido a la ley." (folio 12 cuaderno 2).

SE CONSIDERA

Son varios los defectos de carácter técnico que presenta el cargo:

Se acusa la sentencia por "VIOLACION INDIRECTA de la ley, a causa de APLICACION INDEBIDA" de unas normas; a continuación se enlistan otras como "VIOLACION DE MEDIO" y finalmente se consigna: que "Además, la aplicación indebida de esas normas CONDUJO A LA INFRACCION DIRECTA" de otras que pasa a relacionar; ello evidenciu una inadecuada combinación de las vías directa e indirecta, pues aquella supone cuestionamientos puramente jurídicos, mientras que ésta lo es en relación con aspectos fácticos, sobre lo cual la Corte se ha pronunciado en varias oportunidades rechazando la acusación así presentada en razón de que las dos se excluyen entre sí, por referirse a maneras distintas de violación de la ley. La primera deviene del error jurídico del sentenciador, con exclusión absoluta de los hechos establecidos por él y que tienen su origen en los yerros de juicio sobre la existencia, validez, alcance o interpretación de una norma de derecho sustancial del orden nacional y, la indirecta, proviene del error manifiesto de hecho causado por la mala apreciación o falta de estimación de los medios probatorios, o, también, cuando se trata de errores de derecho en los eventos señalados en el numeral 1º del artículo 60 del Decreto 528 de 1964.

De otra parte, el recurrente, en la demostración del cargo limita su actividad a mencionar tangencialmente que "Erró el Tribunal al analizar la prueba, y las peticiones de la demanda". Sobre la existencia de "suficientes elementos probatorios dentro del expediente" y a consignar sus personales apreciaciones sobre el "patrimonio humano y técnico de las EE.VV. de Medellín, situación que no es necesario probar por ser UN HECHO NOTORIO" (Folio 10), pero sin demostrar que las pruebas señaladas como indebidamente apreciadas o dejadas de valorar conduzcan a una conclusión fáctica diametralmente opuesta a la elaborada por el *ad quem*.

Valga reiterar que este extraordinario recurso tiene un carácter riguroso y formalista, por lo que la función de la Corte, frente a una acusación co-

rectamente planteada, es la de establecer si al dictar la sentencia cuestionada el juez cumplió con las normas jurídicas que estaba obligado a aplicar para adecuadamente solucionar el conflicto y mantener el imperio de la ley. De suerte que quien la recurre está en el deber de hacer una demanda juiciosa y lógica que apunte a destruir los soportes jurídicos o fácticos que pudo haber tenido el Tribunal para proferir su decisión; por ello no se puede presentar un simple alegato ante la Corte, como si ésta fuera una de las instancias, ya que el análisis y la decisión que comportan el desatar este recurso de casación no permite legalmente examinar uno de tal característica, como fue el que propuso el recurrente.

La censura insiste en afirmar en forma general que se desconoció, de acuerdo con las pruebas, la capacidad económica, profesional, técnica, productiva, fiscal, patrimonial de la empresa, pero no precisó, como era su obligación, la incidencia que tuvo cada uno de los medios probatorios no apreciados y apreciados indebidamente, que enlistó, en el raciocinio del juzgador y que eventualmente lo llevaron a cometer los errores evidentes de hecho que le atribuyó.

Lo que sí se observa es que el Tribunal para negar los reajustes salariales, solicitados con base en el IPC no se valió de prueba alguna, sino que llevó a cabo inferencias eminentemente jurídicas, como quiera que expresó que no había una ley que fijara las pautas para proceder en la forma solicitada, amén de que consideró "que el problema planteado en la litis, no es más que un conflicto económico para lo que esta jurisdicción no tiene competencia conforme al Art. 2º del C. de P.C. -sic- reformado por la Ley 36 -sic- de 1997." Lo anterior implicaba que el impugnante formulara un ataque por la vía directa, y no, como lo hizo, por la vía indirecta. A más de que los reseñados soportes en manera alguna fueron cuestionados, dejando así, por este aspecto, incólume la sentencia.

Pese a lo hasta aquí dicho, a propósito del tema planteado, es importante afirmar que no puede desconocerse que el aumento del índice de inflación que sufre el país en un determinado período, eventualmente justificaría el alza de los salarios de los trabajadores, porque es natural que con el salario recibido en una época se obtendrá una gama de productos, que no van a poder adquirirse si se continúa en un período de tiempo recibiendo la misma remuneración, dado el alza permanente de lo que se ha denominado la canasta familiar. Y con mayor razón, frente a la evidencia de que primero se presta el servicio y luego se recibe su pago, salario o remuneración. De ahí que sea muy difícil mantener el poder adquisitivo del salario, cuando lo cierto es que día a día va perdiendo su valor real, se desvaloriza casi que permanentemente y ahora, como sucede, frente a la mayoría de los precios de los productos que no son controlados.

No obstante la realidad de lo afirmado, no es el juez laboral, mediante el trámite de un proceso ordinario, el llamado a estabilizar el desequilibrio que se presenta cuando transcurre un período de tiempo y no se aumenta el

salario de los trabajadores, a pesar de que el IPC en dicho lapso haya aumentado. Y no puede hacerlo este funcionario judicial porque no existe ley que lo obligue o lo faculte a ello, excepto si del salario mínimo se trata.

En efecto, no existe en la legislación laboral norma que así se lo permita y, como lo destacara el fallador de segundo grado, la Constitución Política en su artículo 53, en relación con la remuneración mínima vital y móvil, trasladó a la ley la regulación de, entre otros, dicho principio. Además el propio Ordenamiento Superior en el artículo 230 fue el que le impuso a los jueces la obligación de, en sus providencias, estar sometidos al imperio de la ley.

Lo ideal, cuando se persigue un aumento salarial, sin que se trate del mínimo, con base en el índice de Precios al Consumidor, es que empleador y trabajadores se reúnan y a través de la discusión, en que cada uno de las partes exponga sus razones, se negocie o se concierte, para que finalmente ello se logre, obviamente sin la presencia del juez, porque aquí no se trata de un conflicto de orden jurídico, de los que prevé el artículo 1º de la Ley 362 de 1997 que modificó el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo, sino uno de carácter económico excluido expresamente del conocimiento de la jurisdicción laboral por el artículo 3º *ibídem*.

Situación diferente sería si existiera una disposición convencional o por laudo, etc, a través de la cual la empresa estuviera obligada a aumentar el salario de los trabajadores cada año con fundamento en el IPC; o que en tratándose de un salario mínimo devengado por un trabajador el empleador se negara a aumentarlo en la proporción fijada por la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales (Ley 278 de 1996 artículos 1º, 2º literal d)) o por el Gobierno Nacional; destacándose que en este último caso en el aumento del salario mínimo que se hace el 30 de diciembre de cada año no solo prima como factor a tener en cuenta el IPC, sino otros tales como "la meta de inflación del siguiente año fijada por la Junta del Banco de la República y la productividad acordada por el comité tripartito de productividad que coordina el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; además, la contribución de los salarios al Ingreso nacional, el incremento del producto interno bruto, PIB...", tal como lo establece el parágrafo del artículo 8º de la Ley 278 de 1996.

Lógicamente que cuando se fija el salario mínimo se modifican automáticamente los contratos de trabajo en que se haya estipulado un salario inferior (art. 148 C.S.T.) y, frente al supuesto de que la empleadora se niegue a aumentarlo en la proporción determinada, se repite: corresponderá al juez laboral hacerlo si se lo proponen a través de una demanda.

En relación con la petición del reintegro de dineros indebidamente retenidos para salud, basada en que por la demandada durante el tiempo de la relación laboral haber cubierto el valor de las cotizaciones, se constituyó en un derecho adquirido, sobre lo que el Tribunal observó que no hay prueba al respecto, cabe decir que las cláusulas 28 a 34 de la Con-

vencción Colectiva (folio 120 a 123 C.1) con las cuales la censura pretende demostrar el yerro del *ad quem*, corresponden a la forma como la entidad debía prestar los servicios médicos de hospitalización, cirugía, especialidades, farmacia, odontológico, de maternidad, de ambulancia y otros a los trabajadores y familiares, pero en ninguna de ellas trató el punto relativo a que no se podía descontar lo correspondiente a salud, para de esta forma llegar a concluir que evidentemente era un derecho adquirido. Por tanto, no desacertó el sentenciador de la segunda instancia al negar la condición de derecho adquirido, como tampoco al inferir que conforme al Decreto 1070 de 1995, reglamentario de la Ley 100 de 1993, los servidores públicos de los entes territoriales y los pensionados quedaron con la obligación de cotizar a partir del 1º de diciembre de aquel año para poder acceder al servicio de salud, no existiendo contradicción frente a la certificación del folio 145 en que se informa que "el reajuste del 12% a su mesada pensional se hizo a partir del 1º de junio de 1996", porque seguidamente se detallan deducciones a partir de la onceava quincena de 1996.

De otra parte, no surge equivocación del Tribunal al negar la indemnización moratoria reclamada, por estimar "que la Empresas Varias estuvieron de buena fe al no tener en cuenta la prima como factor salarial al considerar que la cláusula convencional que así la plasmó se ajustaba a la ley, cláusula que a la postre resultó ser ineficaz." (folio 265 C.1). Es claro que si el *ad quem* asumió que la prima de alimentación al estar consagrada convencionalmente como no constitutiva de salario y la demandada actuó en ese orden, mal se haría en condenársele a la mora pedida, pues es evidente que la inaplicación de la cláusula convencional 63, en ese sentido resultó luego de que el Tribunal la encontrara ineficaz, pero no porque las empresas varias hubieran desconocido el carácter salarial que para el Tribunal tiene dicha prima, o su arbitrio o capricho.

No prospera el cargo.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia de 15 de octubre de 1998, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio seguido por JOSE MARIA GOMEZ GOMEZ contra las EMPRESAS VARIAS MUNICIPALES DE MEDELLIN.

Sin costas en el recurso extraordinario

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

Luis Gonzalo Toro Correa, Francisco Escobar Henríquez, José Roberto Herrera Vergara, Rafael Méndez Arango, Carlos Isaac Nader, Germán G. Valdés Sánchez, Fernando Vásquez Botero.

Laura Margarita Manotas González, Secretaria

RECURSO DE HOMOLOGACION

No procede para subsanar deficiencias en el trámite

ARBITROS

Facultades

SISTEMA GENERAL DE PENSIONES

Derechos convencionales adquiridos - Regímenes
complementarios a los legales

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral - Santa Fe de
Bogotá D.C., noviembre ocho (8) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

HOMOLOGACION

Radicación Nro. 12915

Acta 42

Magistrado Ponente: Doctor *Francisco Escobar Henríquez*.

Resuelve la Corte los recursos de homologación interpuestos por el Departamento de Antioquia y el Sindicato de trabajadores del Departamento de Antioquia, contra el Laudo Arbitral proferido el 24 de junio de 1999 por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado para dirimir el conflicto colectivo de trabajo entre los recurrentes.

ANTECEDENTES

El Sindicato de Trabajadores del Departamento de Antioquia suscitó el conflicto colectivo que terminó con la decisión arbitral objeto de examen con la presentación (el 28 de diciembre de 1998) del pliego de peticiones a la mencionada entidad territorial, la cual a su vez denunció parcialmente la convención colectiva vigente ante el Ministerio del Trabajo que comunicó esa decisión a la agremiación sindical por fax.

Concluida la etapa de arreglo directo sin que las partes comprometidas en el conflicto lograran acuerdo alguno, el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social dispuso constituir un Tribunal de Arbitramento Obligatorio mediante la Resolución 00525 del 26 de marzo de 1999, el cual se integró por los árbitros designados por las partes y un tercero nombrado por el Ministerio referido en virtud a que estas no se pusieron de acuerdo para designarlo.

El respectivo laudo fue emitido el 24 de junio de 1999, surtidas las prórrogas concedidas por las partes, con salvamento de voto de la árbitro designada por la organización sindical en cuanto advirtió que la denuncia del Departamento no se entregó a la organización sindical puesto que ésta así lo manifestó y no hay prueba que acredite lo contrario y también porque estima que la denuncia del empleador no genera el conflicto colectivo. La decisión arbitral fue recurrida por ambas partes y contiene la siguiente parte resolutoria:

"VIGENCIA DEL LAUDO

"Este laudo tendrá vigencia hasta el treinta y uno de diciembre del año dos mil.

"INCREMENTO SALARIAL

"Con retrospectividad al primero (1º) de enero del presente año de mil novecientos noventa y nueve (1999) y con vigencia hasta el treinta y uno (31) de diciembre del mismo año, el Departamento de Antioquia incrementará los salarios de los trabajadores beneficiarios de este laudo y que a la fecha del mismo se encuentren vinculados a la administración, en un porcentaje equivalente al I.P.C. regional certificado por el DANE y causado durante un año contado desde el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho hacia atrás, con relación al salario que en esta fecha devengaban aquellos, mas uno punto cinco (1.5), incremento que regirá durante todo el año de mil novecientos noventa y nueve, primer período de vigencia del laudo.

"Durante el segundo período de vigencia el Departamento de Antioquia incrementará los salarios que el treinta uno (31) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999) devenguen los trabajadores, en el porcentaje de incremento del I.P.C. regional certificado por el DANE y causado durante un año contado desde el treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999) hacia atrás más uno punto cinco (1.5).

"El Departamento de Antioquia reconocerá a los beneficiarios del laudo, que hubieren estado vinculados el 31 de diciembre de 1998, medio salario mínimo legal mensual vigente en el año de 1999, cuyo monto se pagará dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

"Para pagar el valor de la retrospectividad salarial el Departamento dispone de un mes contado a partir de la fecha de ejecutoria del laudo.

"FONDO DE VIVIENDA Y PRESTAMOS

"El Departamento de Antioquia por intermedio de la sección del fondo de vivienda otorgará préstamos por valor hasta de ochenta (80) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para destinarlos a compra, construcción, reforma o deshipoteca de la vivienda, y serán adjudicados a los trabajadores oficiales de conformidad con la reglamentación establecida

en la Ordenanza No. 10 de 1998. Los intereses serán los determinados en la mencionada Ordenanza de acuerdo con los rangos salariales allí establecidos.

"AUXILIO PARA FUNCIONAMIENTO DE LA SEDE SINDICAL

"El Departamento de Antioquia reconocerá a su Sindicato, para la vigencia del laudo, un auxilio equivalente a veinticinco salarios mínimos legales mensuales, que le pagará un mes después de la ejecutoria de esta providencia.

"AUXILIO PARA ASESORIA LEGAL

"El Departamento de Antioquia reconocerá a su Sindicato de Trabajadores el equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la presentación del correspondiente pliego de peticiones, reconociendo que no tendrá aplicación para esta negociación.

"AUXILIO PARA ESTUDIO

"El Departamento de Antioquia incrementará los auxilios que para estudio de los trabajadores, de sus hijos y de los pensionados viene reconociendo, en el Índice de Precios al Consumidor Regional, mas uno punto cinco (1.5), durante la vigencia del presente laudo, tal como quedó establecido para el salario y por los mismos períodos.

"PETICIONES NEGADAS

Las pretensiones del pliego que no aparecen relacionadas en esta parte resolutive, se entiende que fueron negadas, conforme se anotó en la parte motiva.

"DE LA DENUNCIA DEL DEPARTAMENTO

"SANCIONES Y PROCEDIMIENTO PARA SU APLICACIÓN

"Para la aplicación de las sanciones a los trabajadores, el Departamento de Antioquia observará en su integridad las normas contenidas en la Ley 200 de 1995, quedando derogada la correspondiente norma convencional que al respecto rige en la actualidad.

"SEGURIDAD SOCIAL

"A partir de la ejecutoria del presente laudo todos los trabajadores que se vinculen al Departamento de Antioquia con el carácter de trabajadores oficiales y que sean beneficiarios de la convención colectiva, se registrarán en materia de pensiones por las normas de la Ley 100 de 1993 y las que la modifican, reglamentan y adicionan.

"Las demás pretensiones de la denuncia se niegan, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. No siendo otro el objeto de la diligencia, se extiende el acta y se firma en constancia. Notifíquese a las partes".

Recibido el laudo y sus antecedentes la Corte resolvió mediante providencia del 14 de septiembre del año en curso devolver el expediente al

Tribunal de Arbitramento para que decidiera el punto de la denuncia patronal referente a la armonización del régimen pensional convencional existente en el Departamento con el previsto en la Ley 100 de 1993, al encontrar que los árbitros no tuvieron en cuenta al pronunciarse respecto de esa petición a los trabajadores que se encontraban vinculados al ente departamental cuando se suscitó el conflicto colectivo y para quienes fundamentalmente está dirigida la adecuación de las normas convencionales solicitada por el Departamento de Antioquia.

En cumplimiento a lo dispuesto por esta Corporación el Tribunal de Arbitramento se reinstaló y profirió la sentencia complementaria, que fue impugnada por ambas partes, y cuya parte resolutive dispuso:

"Los trabajadores oficiales actualmente vinculados al Departamento de Antioquia, beneficiarios de la convención colectiva de trabajo, se pensionarán de conformidad con las respectivas normas convencionales existentes, y serán afiliados al Instituto de Seguros Sociales, si no lo estuvieren, entidad que al cumplimiento de los requisitos legales asumirá la pensión como compartida, quedando el mayor valor a cargo de la entidad empleadora, tal como determinan las normas contenidas en el Decreto 1748 de 1995 en su artículo 24, modificado por el Decreto 1474 de 1997, artículo 13 y por el Decreto 1513 de 1998, artículo 18".

Recibido el expediente con el laudo complementario ordenado se declararán los recursos de homologación interpuestos por la organización sindical y el Departamento contra la providencia inicial y la complementada, comenzando con el estudio de las impugnaciones del Sindicato de Trabajadores del Departamento de Antioquia.

EL RECURSO DEL SINDICATO

El apoderado del sindicato sustentó el recurso afirmando en primer término que de acuerdo a lo ordenado en el artículo 479 del C.S. del T, modificado por el artículo 14 del Decreto 616 de 1954, no se cumplió la exigencia relativa a la entrega de la denuncia de la convención colectiva por parte del Departamento y que si en gracia de discusión se admitiera que a la agremiación se envió dicho documento por fax, éste no cumple el requisito de originalidad exigido. Omisión que anula conduce a que no se pueda tener como válida la denuncia aludida y que por consiguiente carece de carácter vinculante.

Adiciona a lo anterior que aún en el supuesto que se admitiera como válida por la Corte la denuncia que no es entregada en original al destinatario se hallaría que no existe ningún medio de prueba idóneo que acredite en este asunto que la misma haya sido presentada, así fuera en copia por fax al sindicato, puesto que la certificación relativa a que se envió un documento al fax, que servía entre otras organizaciones al sindicato de empresa del Departamento de Antioquia, no es un indicativo certero de si efectivamente llegó a su destinatario, además que el docu-

mento enviado solamente tenía 2 hojas en tanto que la propia denuncia está compuesta de 14 hojas.

Destaca igualmente que aún aceptando en gracia de discusión que la denuncia es eficaz ésta no se hizo dentro de los 60 días a la expiración de su término, ya que el laudo arbitral precedente tenía vigencia hasta el 31 de diciembre de 1998, de manera que el plazo señalado para la actuación referida vencía el día anterior, de modo que según su parecer la denuncia sería extemporánea.

También sostiene el apoderado de la asociación sindical impugnante que aceptando la posibilidad del estudio de la denuncia patronal por parte del Tribunal de Arbitramento de todas maneras las peticiones allí consignadas debieron ser resueltas negativamente en su totalidad, admite que si bien la Corte en providencia del 8 de febrero del año en curso, radicada con el número 11672, hizo producir efectos a la denuncia del empleador, igualmente dejó sentado en esa providencia que sólo procedería modificar la convención por esta vía como algo excepcional, solamente en el evento en que las normas que perseguía modificar pusieran en peligro la estabilidad de la empresa o en circunstancias similares; situación que resalta no se presenta en este caso.

En ampliación a este punto critica que los árbitros entendieran mayoritariamente que la armonización querida por el legislador en materia de seguridad social al expedir la Ley 100 de 1993 signifique igualar la normalidad convencional con la ley, en otras palabras cercenar los beneficios convencionales, olvidando que armonizar es otra cosa bien diferente, concepto que en su opinión significa permitir que dos situaciones que son diferentes puedan subsistir o mantenerse al mismo tiempo.

Por último expresa el recurrente que nuestra Constitución Política y el ordenamiento legal no permiten que el empleador mediante la denuncia de la convención dé origen a un conflicto colectivo de trabajo, toda vez que en materia de derecho colectivo prima la idea que únicamente los trabajadores pueden originar dicho conflicto ya sea directamente o mediante la organización sindical en su caso. Criterio que aduce ha sido reiterado por esta Corporación y que estima fue reforzado con la providencia del Consejo de Estado que anuló la parte pertinente del Artículo 48 del Decreto 692 de 1994, que facultaba al Tribunal de Arbitramento para decidir sobre la denuncia del empleador. Considera en estos términos el impugnante que se deben anular los puntos del laudo arbitral relativos a "SANCIONES Y PROCEDIMIENTOS PARA SU APLICACIÓN Y SEGURIDAD SOCIAL".

SE CONSIDERA

La convocatoria del Tribunal de Arbitramento por parte del Ministerio del Trabajo supone necesariamente el cumplimiento de las etapas y exigencias previas a dicha actuación, particularmente las que competen directamente a esa entidad como es el caso de la entrega al destinatario

del original de la denuncia de la convención colectiva de trabajo presentada por una de las partes.

Es así que no constituye el recurso de homologación el medio adecuado para plantear las irregularidades que eventualmente se hayan podido presentar en las fases preliminares a la convocatoria referida, las cuales deben ser discutidas en su oportunidad, de modo que de subsistir al momento de la convocatoria del Tribunal de Arbitramento alguna deficiencia en el trámite del conflicto colectivo debe impugnarse la actuación que ordena su conformación, pues de lo contrario ella queda en firme y por ende revestida de la presunción de legalidad que no puede ser discutida a través del recurso de homologación que está orientado a que sean subsanadas las decisiones de los árbitros que puedan lesionar los derechos de las partes previstos en la Constitución Política, la ley y las convenciones colectivas de trabajo vigentes.

Siendo lo anterior así no era ésta la oportunidad para que la organización sindical discutiera la circunstancia de que supuestamente no recibió el original de la denuncia de la Convención Colectiva de Trabajo presentado por el Departamento de Antioquia al inspector del trabajo.

Por otra parte, el conflicto colectivo lo suscitó la asociación sindical recurrente con la presentación del pliego de peticiones según se observa en el expediente, de manera que en este asunto no tiene razón de ser la discusión referente a que la denuncia de la convención colectiva por parte del empleador no puede dar origen a un conflicto colectivo de trabajo, pues se repite que tal situación no tuvo lugar en este caso.

En cuanto a la inconformidad de la parte recurrente relativa a que no existía ningún motivo que permitiera la revisión de la convención colectiva, específicamente en lo que correspondía a la armonización de ésta con la Ley 100 de 1993, dado que en su opinión ninguna de sus cláusulas ponía en peligro la estabilidad del Departamento, es un punto que será examinado conjuntamente con la impugnación interpuesta por el Departamento contra el laudo complementario, toda vez que esta entidad considera que la decisión arbitral recurrida no hizo la adecuación ordenada por la Corte.

Conforme a lo expuesto se niega la nulidad del laudo arbitral en la medida que resolvió la procedencia y estudio de la denuncia de la convención colectiva presentada por el Departamento de Antioquia.

RECURSO DEL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

El procurador judicial de la entidad territorial citada expresó en la impugnación original que las razones que motivan su desacuerdo con relación a la decisión arbitral obedecen a que el Tribunal desconoció los principios constitucionales del trabajo, la igualdad y la justicia a que alude el preámbulo de la Constitución Política de Colombia, al igual que los relativos al debido proceso y a la negociación colectiva, como también la

relacionada con la normatividad que trata sobre el contenido de la sentencia y los artículos 15 y 279 de la Ley 100 de 1993.

Luego de referirse al Preámbulo de la Constitución Política vigente y a varios de los principios que esta contiene, resaltó el recurrente que su quebrantamiento se originó por haber omitido analizar los planteamientos formulados por el Departamento de Antioquia, en cuanto a la armonización de las normas convencionales en materia de seguridad social, por sustraer a los trabajadores oficiales de la obligación de afiliarse al Sistema General de Seguridad Social, al conceder un aumento de salarios que es contrario al principio de igualdad que tienen todos los servidores públicos de Antioquia, que percibieron como máximo un reajuste equivalente al 16.7% del IPC nacional a 31 de diciembre de 1998, inferior al que se decretó para los trabajadores sindicalizados que fue equivalente al IPC regional más un 1.5% adicional, por desconocer la facultad del Departamento de regular los temas de vivienda mediante ordenanza expedida por la H. Asamblea de Antioquia, por otorgar una prima adicional de medio mínimo legal vigente que no fue concedida a los empleados públicos del Departamento, por ordenar el reconocimiento de un auxilio económico a la asociación sindical para remunerar los servicios que atienden los casos que se tramitan en contra del ente territorial y por no haber examinado las demás pretensiones enunciadas en la denuncia del ente territorial.

Más adelante adujo que el derecho a la denuncia del estatuto colectivo fue desconocido en lo que se refiere a su eficacia por el Tribunal de Arbitramento ignorando el gran número de sentencias que fueron citadas como argumentos expuestos en la intervención verbal y escrita hecha ante los árbitros. Aclaró sin embargo que se aceptó en el laudo el derecho formal de la denuncia pero que en su contenido no fue tomado en cuenta pues encuentra contradictoria la motivación de tal decisión.

La acusación recabó que la violación del derecho de la denuncia por parte del Departamento se debió a la falta de análisis y estudio de diferentes sentencias de la Sala de Casación Laboral que estudiaron el tema y citó varias de ellas.

El recurrente también anotó que el Tribunal de Arbitramento en forma flagrante e inaudita desconoció los criterios de equidad e igualdad al dejar de aplicar los derechos constitucionales y legales consagrados en favor del Departamento de Antioquia, particularmente al no haber adecuado efectivamente las normas convencionales y arbitrales en la forma prevenida por el artículo 48 del Decreto 692 de 1994. Sostuvo al respecto que la decisión arbitral citada sustrajo a los trabajadores oficiales del ente territorial actualmente vinculados de la aplicabilidad general de las normas que regulan los aspectos básicos del sistema de seguridad social integral, tanto en salud como en pensiones, no obstante que las disposiciones legales vigentes obligan a los árbitros a armonizar las cláusulas de las convenciones colectivas de trabajo y laudos que se encontraban denunciados con el Sistema de Seguridad Social Integral.

En conexión con este punto sugirió que el Laudo debería devolverse al Tribunal de Arbitramento para que clarifique si los trabajadores actualmente vinculados al Departamento mediante contrato individual de trabajo están sujetos a su afiliación en materia de pensiones a los diferentes fondos de pensiones, bien sea en el régimen solidario de prima media con prestación definida o en el régimen de ahorro individual con solidaridad, con la obligación de cotizar. Sobre este particular recordó que en sentencia de homologación del 18 de agosto de 1998, radicada con el número 10630, la Sala expresó "...cuando los árbitros no han efectuado la debida articulación entre lo legal y lo convencional, para dirimir real y correctamente el conflicto, no es dable entender que los beneficios extralegales puedan subsistir indefinidamente en el tiempo en la misma forma y cuantía a cargo de la entidad territorial...al margen de la seguridad social".

"...los actuales trabajadores del departamento, sin excepción alguna, deben estar afiliados a una de las administradoras del régimen de prima media con prestación definida porque así lo mandan perentoriamente los artículos 4, 13, 15, 17 y 32 de la Ley 100 de 1993."

Agregó a lo anterior que el laudo recurrido convirtió una mera expectativa en un derecho adquirido, rebelándose de esa manera contra la Ley 153 de 1887, que establece en su artículo 17 que "las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene". A continuación explica estos conceptos y se remite a varias jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado que tratan el tema.

Sostuvo en síntesis el apoderado de la entidad accionada que el fallo arbitral en materia de pensiones debió haber sido expedido determinando que los actuales trabajadores del Departamento de Antioquia que no cumplen los requisitos convencionales o arbitrales para gozar de la pensión de jubilación deberán acogerse en su integridad en los términos fijados a la Ley 100 de 1993. Pronunciamiento que destaca debió hacerse también en materia de salud.

En lo atinente al laudo complementario el apoderado del Departamento indicó, en términos generales, en el recurso que interpuso contra éste que el pronunciamiento adicional del Tribunal no contiene armonización alguna y que los árbitros desatendieron olímpicamente los fundamentos económicos y sociales que formuló la entidad territorial para que fuera exonerada de la gravosa e inadecuada carga prestacional que fue estipulada cuando no existía un régimen único y coherente en materia de seguridad social en pensiones.

SE CONSIDERA

La Sala estudia en el orden propuesto todos los aspectos que motivan la inconformidad de la entidad departamental tomando en cuenta que no los discriminó por cargos, además con la advertencia de que el Tribunal de Arbitramento estudió el tema relativo a la facultad que tienen los árbi-

tros de conocer sobre la denuncia patronal y resolver respecto de ella. Siendo pertinente observar además que en el laudo aparece la constancia expresa referente a que fueron examinados cada uno de los puntos denunciados por el Departamento de Antioquia (Fls. 118 a 122 C. del T.).

1.- INCREMENTO SALARIAL. Al respecto observa la Sala que el incremento ordenado no contradice ninguna norma ni vulnera derechos de las partes e igualmente no obran elementos indicadores de que resulte manifiestamente inequitativo. Adicionalmente el aumento en cuestión no contraría el principio de igualdad que estima infringido el recurrente por ser eventualmente superior al previsto para los empleados públicos de esa entidad, toda vez que los primeros están regidos por un régimen jurídico distinto al previsto legalmente para los empleados públicos, siendo características esenciales de la normatividad aplicable a los trabajadores oficiales las concernientes a que su vinculación es contractual y que pueden suscitar un conflicto colectivo de trabajo tendiente a obtener la celebración de una convención colectiva de trabajo, en tanto que la vinculación de los empleados públicos es legal y reglamentaria, existiendo para estos la prohibición de presentar plego de peticiones o celebrar convenciones colectivas de trabajo. Esto significa que frente a servidores del Estado que se encuentran regidos por ordenamientos distintos no es factible reclamar la igualdad de garantías de estabilidad, prestacional o de negociación colectiva puesto que su diferenciación es legal y con sustento en la propia Constitución Política.

Corresponde señalar además que la jurisprudencia laboral ha sostenido reiteradamente que los árbitros tienen facultad para crear nuevas prestaciones o incrementar las legales y naturalmente para fijar la remuneración salarial, toda vez que la finalidad del conflicto colectivo es crear nuevos derechos o superar los existentes, pues por regla general las leyes laborales solamente establecen el mínimo de derechos y garantías en beneficio de los trabajadores.

2.- COMPENSACION EQUIVALENTE A MEDIO SALARIO MINIMO LEGAL VIGENTE (prima por firma de la convención). Lo expuesto al resolver el tema precedente es de recibo para los efectos del presente puesto que la impugnación se sustenta en iguales argumentos. En efecto esta compensación examinada no es ilegal, pues no aparece que vulnere derecho alguno de las partes y tampoco resulta ostensiblemente inequitativa de modo que corresponde homologarla.

3.- FONDO DE VIVIENDA Y PRESTAMOS. Esta disposición únicamente se ocupa de fijar el monto de los préstamos que el Departamento debe adjudicar a los trabajadores oficiales para que sean destinados a compra, construcción, reforma o deshipoteca de vivienda, sin modificar los demás términos en que esta garantía extralegal estaba prevista en la convención colectiva suscrita el 7 de abril de 1996 y en el laudo arbitral expedido el 29 de julio de 1997, precepto en el que se establece además que los préstamos concedidos estarán sujetos a la reglamentación establecida en la ordenanza No. 10 de 1998, incluido el tema de los intereses: de

modo que no se advierte que los árbitros se hayan extralimitado al ocuparse de aumentar el monto de los préstamos antedichos, pues debe reiterarse que la finalidad de la negociación colectiva es la de buscar mejorar las condiciones legales y extralegales que rigen las relaciones laborales.

4.- **AUXILIO PARA ASESORIA LEGAL.** De conformidad con el texto del laudo el Tribunal concedió este auxilio para la asesoría que se suministre al sindicato durante la negociación colectiva. Sin embargo, según el pliego de peticiones, el auxilio recabado se refería 'al pago del asesor legal que el sindicato contrate para efectos de la asesoría, discusión, implementación y negociación de las peticiones de los trabajadores afiliados a SINTRADEPARTAMENTO...', vale decir que la petición alude a un monto en salarios mínimos mensuales destinado al pago del asesor legal que contrate la organización sindical para efectos de prestar colaboración en las peticiones individuales de los trabajadores afiliados o en otros términos se persiguió una subvención económica tendiente a que el sindicato cumpla con una de sus funciones principales, como es la de asesorar a sus asociados en la defensa de los derechos que emanan de un contrato de trabajo. Así las cosas como el Tribunal otorgó un objeto diferente del pretendido, deberá anularse su determinación en este sentido ya que implica una extralimitación en las atribuciones.

5.- **SERVICIO DE SALUD PARA EL TRABAJADOR, SERVICIO MEDICO Y ODONTOLOGICO, SALUD OCUPACIONAL, SERVICIOS Y AUXILIOS DE SALUD PARA FAMILIARES DEL TRABAJADOR.**- El Departamento de Antioquia denunció las cláusulas que prevén estas garantías en la convención colectiva vigente por estimar en general que se trata de unos servicios que por disposición legal están cubiertos por el Sistema de Seguridad Social en Salud.

Acerca de estos puntos se encuentra que los árbitros hicieron alusión genérica de ellos y anotaron que después de un análisis exhaustivo de los aspectos que comprenden la denuncia de la entidad empleadora se limitaban a revisar los temas que en su opinión merecían atención, a lo cual procedieron para luego indicar que las restantes pretensiones de la denuncia se niegan, unas por encontrar que su consagración convencional está acorde con la normatividad vigente sobre la materia, otras por que no aparecen elementos que afecten las finanzas del ente departamental y las demás puesto que no aportan ningún concepto que permita determinar los criterios para ser estudiadas.

Es claro pues que, en los términos del laudo, los árbitros se ocuparon de analizar todos los aspectos a los cuales se circunscribió la denuncia patronal, y que verificaron que no tienen una significación económica mayor que pueda afectar las finanzas del Departamento y que por consiguiente se encuentran ajustados a la ley.

Con todo, no se encuentran razones que conduzcan a desvirtuar la conclusión del Tribunal en estos aspectos, pues conforme a la conven-

ción colectiva actuante en el expediente, los trabajadores oficiales del Departamento de Antioquia se reconocen sujetos al régimen de la Ley 100 de 1993 en materia de salud, solo que convinieron una serie de prestaciones y derechos adicionales para ellos y sus familiares. Así las cosas este esquema en principio no resulta ilegal, pues en materia de salud es imprescindible la afiliación de todos los trabajadores al sistema de seguridad social en salud, pero sin perjuicio de que en virtud de la negociación colectiva se pacte un régimen complementario que supere en cobertura y en calidad el que ofrece la ley. Consiguientemente no se advierten motivos que conduzcan a la anulación de este aspecto, ni tampoco a disponer una complementación pues se reitera que en los términos del laudo se estudiaron y decidieron todos los puntos.

6.- SEGURIDAD SOCIAL. Bajo esta denominación el Gobernador del Departamento denunció en su totalidad los numerales del capítulo o cláusula XI de la recopilación de normas convencionales vigentes, incluidas las descritas en los numerales 83 al 88, tomando en cuenta que los beneficios y pensiones a que hacen referencia son atendidas directamente por el Sistema General de Seguridad Social en pensiones.

Resaltó el mandatario departamental que no está acorde con la realidad social y económica del país que se mantengan pensiones con el solo cumplimiento de quince (15) o veinte (20) años de servicios sea cual fuere la edad, como tampoco que se concedan estas prestaciones extralegales con montos porcentuales más altos a los fijados en la Ley 100 de 1993.

En lo referente a este acápite de la denuncia de la entidad empleadora resolvieron los árbitros que para ajustarse a los criterios de la Corte Suprema de Justicia sobre la armonización de la Convención Colectiva de Trabajo con el Sistema de Seguridad Social Integral con respeto de los derechos adquiridos, los convenios de las partes y la situación financiera de la entidad departamental, los trabajadores que se vinculen al Departamento de Antioquia a partir de la fecha de ejecutoria del laudo y que sean beneficiarios de la Convención Colectiva se registrarán en materia de pensiones por las normas de la Ley 100 de 1993, las que la modifiquen, reglamenten o adicionen.

Al realizar la Corte el estudio de este asunto para resolver los recursos que las partes interpusieron contra el laudo original se observó que los árbitros no cumplieron la obligación legal que tenían de resolver el verdadero sustento de la denuncia patronal dirigido a obtener la armonización del régimen pensional convencional existente en el Departamento con el legal, toda vez que no tuvieron en cuenta a los trabajadores que se encontraban vinculados al Departamento cuando se suscitó el conflicto colectivo y para quienes fundamentalmente estaba dirigida la exigencia de adoptar una modalidad convencional o extralegal, cualquiera que ella fuese, que estuviera en consonancia con el Sistema General de Pensiones regulado en la Ley 100 de 1993, dado lo cual se dispuso devolver el expediente al Tribunal de Arbitramento Obligatorio, para que dentro de los 10 días siguientes a su reinstalación decidiera el punto de la armonización anotado.

En cumplimiento de la decisión anterior el Tribunal de Arbitramento aludido reinstaló y prolió el laudo complementario requerido, que en su parte resolutive dispuso que "Los trabajadores oficiales actualmente vinculados al Departamento de Antioquia, beneficiarios de la convención colectiva de trabajo, se pensionarán de conformidad con las respectivas normas convencionales existentes, y serán afiliados al Instituto de Seguros Sociales, si no lo estuvieren, entidad que al cumplimiento de los requisitos legales asumirá la pensión como compartida, quedando el mayor valor a cargo de la entidad empleadora, tal como determinan las normas contenidas en el Decreto 1748 de 1995 en su artículo 24, modificado por el Decreto 1474 de 1997, artículo 13 y por el Decreto 1513 de 1998, artículo 18".

Los términos de la decisión complementaria llevan a inferir necesariamente que los árbitros encontraron que para efectos de la armonización sometida a su examen era suficiente con adoptar la previsión legal conforme a la cual "Las pensiones establecidas por una norma de inferior categoría a una ley, serán reconocidas por el Instituto de Seguros Sociales como pensiones compartidas de conformidad con la ley y los reglamentos de ese instituto a este respecto, y por lo tanto, el mayor valor de la pensión derivado de ordenanza, acuerdo, pacto, convención, laudo o cualquier otra forma de acto o determinación administrativa, estará a cargo del empleador" (artículo 18 12 del Decreto 1513 de 1998, que modificó el Decreto 1474 de 1997 que a su vez modificó el artículo 44 del Decreto 1748 de 1995).

En sentir de la Sala esta solución es válida en tanto no vulnera los derechos de las partes y adopta un sistema de transición de regímenes que en todo caso impide la, en principio proscrita, duplicidad de prestaciones para cubrir una misma contingencia la cual es opuesta a los postulados consagrados por la Ley 100 de 1993. De manera que la armonización adoptada por el Tribunal de Arbitramento, aún en el supuesto de que no existiera la norma transcrita o que por cualquier razón deje de regir en el futuro, se enmarca dentro de la orientación plasmada en el artículo 11 de la aludida Ley 100, puesto que consulta como ya se indicó los postulados fundamentales sobre los cuales se encuentra edificado el Sistema de Seguridad Social colombiano.

De todos modos conviene insistir en que no cabe duda que la Ley 100 respeta los derechos convencionales adquiridos y la posibilidad de negociación colectiva que faculta a empleadores y trabajadores a pactar regímenes complementarios a los legales, pero sin que sea dable evadir o eludir el sistema general de pensiones. En este sentido la única exigencia se contempla en el artículo 283 de la ley cuyo tenor prevé:

"...Exclusividad. El sistema de seguridad social integral, con cargo a las cotizaciones previstas en la presente ley, pagará exclusivamente las prestaciones consagradas en la misma.

Los recursos destinados para el pago de las prestaciones diferentes a las consagradas en la presente ley para el sector público, se constituirán como patrimonios autónomos administrados por encargo fiduciario, cuando las reservas requeridas para dichas prestaciones, excedan las proporciones de activos que para el efecto establezca el Gobierno Nacional.

Aquellas convenciones que hacia el futuro se llegaren a pactar en condiciones diferentes a las establecidas en la presente ley, deberán contar con los recursos respectivos para garantía, en la forma que los acuerden empleadores y trabajadores.

Esta ley no vulnera derechos adquiridos mediante convenciones colectivas del sector privado o público, sin perjuicio del derecho de denuncia que asiste a las partes."

Por lo tanto, corresponde entender que en principio el sistema pensional de la Ley 100 de 1993 se debe aplicar desde su vigencia a todos los trabajadores no exceptuados, aún cuando estos se beneficien de un régimen convencional de pensiones, por consiguiente han de afiliarse forzosamente (Ley 100 de 1993, artículo 13), con las consecuencias prestacionales a que haya lugar en el futuro, como la imposibilidad de percibir dos asignaciones por la misma contingencia, de manera que como regla general el empleador quedará exonerado de cancelar los derechos convencionales destinados a cubrir los riesgos que a la postre asuma el Sistema de Seguridad Social mediante prestaciones legalmente previstas, salvo los mayores valores que pudieran corresponder en caso de que la obligación patronal sea de mayor cuantía que aquella que deba cubrir el respectivo organismo de seguridad social.

En consonancia con lo anterior es conveniente anotar que el cumplimiento de la Ley 100 de 1993 es ineludible, salvo para los eventos de excepción en ella previstos o en otras disposiciones legales, y en desarrollo del principio de unidad, su filosofía y vocación es la de reemplazar cualquier régimen, convencional o legal; de manera que resulta aconsejable para trabajadores y patronos, acordar ellos mismos la armonización o adaptación del régimen convencional que les sea aplicable en materia de seguridad social, al legal forzoso y, consecuentemente, convenir los aspectos propios de una posible coexistencia, complementación o transición de los sistemas, pues si no lo hacen directamente, por prescripción legal y según lo ha reconocido la Sala, deberán hacerlo los árbitros ante la denuncia de cualquiera de las partes, pero en forma racional y completa y no sencillamente dejando a los nuevos trabajadores sin régimen convencional alguno y a los antiguos ilegalmente excluidos del sistema integral de seguridad social.

Conforme a lo expuesto se homologara la decisión del laudo arbitral complementario, al igual que la contenida en el original según la cual desde el inicio de la vigencia del fallo, todos los trabajadores que se vinculen al Departamento de Antioquia con el carácter de trabajadores oficiales y que sean beneficiarios de la convención colectiva, se registrarán en materia de pensiones por las normas de la Ley 100 de 1993 y las que la modifican, reglamentan o adicionan.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE:

1) Anular el laudo arbitral proferido el 24 de junio de 1999 en lo que hace a las decisión titulada "...Auxilio para asesoría legal..".

2) Homologar en lo demás el laudo mencionado y su complementario.

Cópiase, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al ministerio de trabajo y seguridad social para lo de su cargo.

Francisco Escobar Henríquez, José Roberto Herrera Vergara, Carlos Isaac Náder, Rafael Méndez Arango, Luis Gonzalo Toro Correa, Germán G. Valdés Sánchez, Fernando Vásquez Botero.

Laura Margarita Manotas González, Secretaria

CASACION
Falta de Técnica

PENSION DE JUBILACION
Imprescriptibilidad - Indexación de la primera mesada

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral.- Santa Fe de Bogotá, D.C., noviembre ocho (8) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

*Magistrados Ponentes: Doctores Fernando Vásquez Botero,
Francisco Escobar Henríquez*

Radicación Nro. 12274

Acta Nro. 043

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por la Compañía Colombiana de Tejidos S.A. "Coltejer" contra la sentencia proferida el 29 de enero de 1999 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio que le sigue Luis Alfredo Orozco Rebolledo.

ANTECEDENTES

Luis Alfredo Orozco Rebolledo demandó a la Compañía Colombiana de Tejidos S.A. "Coltejer", para que sea condenada a ajustar y actualizar el valor de su "jubilación", con base en el índice de precios al consumidor, por cada año transcurrido entre el reconocimiento y pago de esa prestación, 25 de octubre de 1988, hasta la fecha que se dé cumplimiento a la sentencia que lo ordene, además de las mesadas adicionales y los reajustes legales, teniendo como base para ello el salario devengado al momento de su retiro, en octubre 20 de 1975, o sea, 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes; que en ese mismo lapso, índice la "jubilación"; que se paguen intereses moratorios por los dineros dejados de percibir y las cotizaciones que por los riesgos de invalidez, vejez y muerte debió realizar la empresa hasta la fecha en que el actor cumplió los 60 años de edad; igualmente, al lucro cesante por el periodo en el cual se suspendieron los pagos de su jubilación y los intereses moratorios originados por ello.

En sustento de sus pretensiones afirma: que ingresó a Coltejer el 2 de marzo de 1953; que suscribió un acuerdo con la demandada que versaba sobre tres puntos: a) la presentación de su renuncia y la fecha a partir de la cual se haría efectiva, b) que la empresa le pagaría una suma equiva-

lente a la indemnización por despido sin justa causa, que ascendía a lo devengado en 655 días y, c) el reconocimiento de la pensión de jubilación desde el momento que cumpliera 55 años de edad, y que, al arribar a los 60, dicha prestación sería compartida con el "ICSS", para lo cual se elevaría la respectiva solicitud al instituto: que el 20 de enero de 1975 presentó su renuncia; que el 25 de octubre de 1988 la demandada le otorgó la pensión convenida pero con un valor equivalente a un salario mínimo legal vigente; que el 25 de octubre de 1993, la empleadora suspendió injustificadamente el pago de la jubilación, aduciendo que se trataba de una pensión compartida; que el 31 de octubre de 1994, el Instituto de Seguros Sociales emitió la resolución 009762, en la cual negó la pensión de vejez al demandante porque no reunía el requisito de las semanas cotizadas que se exigían para tener derecho a esa prestación; que Coltejer reanudó el pago de la jubilación, solamente después de que se produjo la resolución del ISS que le negó la pensión.

La convocada al proceso contestó la demanda manifestando que la equivalencia establecida no está consagrada en ninguna norma legal, aceptó lo relativo al otorgamiento de la pensión de jubilación en la cuantía señalada y los pagos mencionados; propuso las excepciones de "Ineptitud sustantiva de las pretensiones", "pago", "non bis in idem" y "prescripción".

La primera instancia la desató el Juzgado Laboral del Circuito de Itagüí mediante sentencia del 23 de noviembre de 1998, en la que absolvió a la empleadora de todos los cargos formulados en su contra. Decisión que apelada por la parte demandante, fue revocada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con proveído del 29 de enero de 1999, y en su lugar, condenó a la demandada a pagar al demandante la suma de \$10.609.649,50, como reajuste a la pensión de jubilación, derivado de la indexación de la primera mesada; además, seguir pagando la pensión mensual en razón de \$491.396,58 a partir del 1º primero de enero en adelante sin perjuicio de los incrementos que consagren hacia el futuro las disposiciones legales.

En sustento de su determinación el Tribunal: acoge el planteamiento jurisprudencial y doctrinario según el cual se acude a la corrección respectiva para que no se envilezca su pago y se guarde la proporción de la moneda cuando se basa en un salario antiguo; se refiere a que la Ley 100 de 1993 establece mecanismos de actualización, no solo de las pensiones causadas sino de los recursos recaudados para el pago de las futuras, mediante la aplicación del IPC, y que ello se aplica cuando transcurre un lapso considerable, después de completado el tiempo de servicios, entre la desvinculación laboral y el cumplimiento de la edad requerida.

EL RECURSO DE CASACIÓN

Fue interpuesto por la parte demandada, concedido por el Tribunal y admitido por esta Corporación, que procede previo estudio de la demanda que lo sustenta. No hubo réplica.

Procede el recurrente, "conseguir que la H. Sala case el fallo acusado y, en su lugar, confirme el absolutorio de la primera instancia".

Con fundamento en la causal primera de casación formula a la sentencia dos cargos.

Primer cargo.

Dice la censura que a consecuencia de errores de hecho, el fallo recurrido aplicó indebidamente los artículos 151 del código procesal del trabajo; 488 y 19 del código sustantivo del trabajo. 8º de la Ley 153 de 1887, 1613, 1614, 1615, 1617, 1626, 1627, 1649 del código civil, "y demás normas en que la H. Sala funda el sistema de la indexación de obligaciones laborales como creación jurisprudencial", y que además dejó de aplicar el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, vigente para cuando se produjeron los hechos.

Los errores de hecho denunciados son:

"1- Entender, contra la evidencia, que la excepción de prescripción propuesta por la empresa se refería únicamente a las mensualidades pensionales no reclamadas oportunamente por el demandante.

"2- No dar por demostrado, siendo ello evidente, que la excepción de prescripción propuesta por Coltejer abarca la totalidad de las acciones incoadas por el demandante Orozco Rebolledo y no únicamente la relativo al cobro de reajustes de unas mensualidades pensionales, que fue la única que el fallo declaró parcialmente probada.

"3- No dar por demostrado, siendo ello manifiesto, que en el presente caso están prescritas todas las acciones intentadas por el demandante y, en consecuencia, el susodicho fallo ha debido declararlo así"

Indica que los desatinos fácticos son causados por "la mala e incompleta apreciación" de la demanda inicial, especialmente en lo que atañe a la fecha de su presentación, como también de la respuesta a aquella, concretamente "en el pasaje donde se interpuso la excepción de prescripción (f. 16) y el memorial complementario de esa respuesta, presentado por la empresa el mismo 28 de abril de 1997 y donde se sustentó extensamente la dicha excepción (fs. 22 a 23 ibídem)".

DESARROLLO DEL CARGO

Ataca la censura que a pesar de estar inequívocamente consumada la prescripción de todas las acciones ejercidas, el Tribunal no las haya declarado así, y sólo lo hizo respecto a algunos reajustes pensionales. Sostiene que el "status" de pensionado es imprescriptible, pero que esta Sala ha reconocido la prescriptibilidad de los derechos que de él se derivan, y que en ellos se incluye la acción dirigida a "revisar o a cambiar los parámetros o factores que sirvieron para el cálculo pristino del valor de las mensualidades", la que también prescribe sino es promovida en el plazo legal. lo que le confiere estabilidad a las situaciones jurídicas, nece-

sarias para la paz y el sosiego de las sociedades humanas, que es lo que se consagra y busca por los artículos 151 del Código procesal del trabajo y 488 del Código sustantivo. Agrega que en el presente caso, la pensión de jubilación se hizo exigible a partir del 25 de octubre de 1988 y que la demanda inicial se presentó el 17 de marzo de 1997, de lo que se concluye que ya había expirado el plazo estipulado en las precitadas normas. Asimismo, que la empresa demandada al contestar la demanda propuso la excepción de prescripción, y "sustentó clara y detalladamente dicha excepción (fs. 22 y 23 ibid), para extenderla a todas las acciones incoadas y no apenas al cobro de unas mensualidades pensionales, como lo creyó erradamente el Tribunal *ad quem*", por lo que concluye "que tal excepción está configurada, con la consecuencia de que el actual reclamo de Orozco debe ser rechazado por extemporáneo e ineficaz legalmente por ende (...)".

SE CONSIDERA

Observa la Sala que cuando el Tribunal estudió la excepción de prescripción propuesta en oportunidad por la parte demandada y la aplicó a las mesadas pensionales respecto de las cuales transcurrieron 3 años desde su exigibilidad, tuvo en cuenta tal fenómeno prescriptivo, evidenciándose así su criterio referente a los alcances de los preceptos alusivos, vale decir que la prescripción extintiva no afectaba la cuantía del derecho reclamado.

Como el recurrente no discute el hecho del tiempo transcurrido para los efectos de la prescripción que determinó el fallador, sino que ese modo de extinguir las obligaciones debe analizarse con referencia a dos derechos: el estado de pensionado que reconoce es imprescriptible y, el otro, relativo a la procedencia de indexar la mesada pensional, lo que sustenta con argumentos jurídicos, la Corte no puede estudiar los mismos por la vía de los hechos.

Por tanto el cargo se desestima.

Segundo Cargo

"El fallo acusado aplicó indebidamente los artículos 19 del Código Sustantivo del Trabajo, 8° de la Ley 153 de 1887, 1613, 1614, 1615, 1617, 1626, 1627, 1649 del Código Civil y las demás normas en que la H. Sala funda el sistema de la indexación de obligaciones laborales, como creación jurisprudencial. Además la dicha sentencia no aplicó, siendo aplicable al caso sub iudice por estar vigentes cuando ocurrieron los hechos originarios del presente litigio, el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 1° del Decreto 2218 de 1966".

DESARROLLO DEL CARGO

El único desacuerdo del censor consiste en que a pesar de que la pensión del demandante "fue aumentada paulatinamente al compás de los aumentos excesivos del salario legal mensual", el Tribunal "indexe la ya añeja primera mensualidad pensional".

En su ataque el recurrente empieza aludiendo al artículo 260 del Código sustantivo del trabajo, en armonía con el 1° del Decreto 2218 de 1966, para concluir que mientras no se cumplan los requisitos de edad y tiempo de servicios que ellos contemplan para la pensión de jubilación, "no existe un derecho sino una simple expectativa de su disfrute para el eventualmente jubilable en época futura". Seguidamente, el censor, le señala un alcance a la doctrina de esta Sala sobre la indexación o revaluación judicial, para precisar, según su sentir, que "se requiere la existencia previa de una obligación insoluta para que haya lugar a su indexación", y reitera que "solamente habría lugar a la indexación de las aludidas mensualidades pensionales cuando, después de causada la obligación de satisfacerla, no lo hace oportunamente o lo hace tardíamente el empresario deudor de aquellas mensualidades".

Y a continuación el impugnante expresa: 'Así surge claramente de la propia doctrina de esa H. Sala sobre la indexación del monto de obligaciones laborales insatisfechas'; para a renglón seguido sostener que como la demandada pagó la pensión al demandante inmediatamente cumplió los 55 años de edad, no hay lugar, "dentro de los parámetros que la H. Sala le señala a esta revaluación judicial de las obligaciones laborales", a indexarla, agregando que no es responsabilidad de la empresa que aquél se hubiese retirado mucho antes de haber cumplido sus 55 años. Y finalmente el recurrente manifiesta:

"3- La falta de aplicación de los artículos 260 del Código sustantivo del trabajo y 1° del Decreto 2218 de 1966, que establece cuál debe ser el monto de la pensión de jubilación (75% del valor del salario del pensionado en su vigésimo año de servicio) y cuándo se causa a deber la prestación (al llegar a los 20 años de labores y 55 de edad) condujo aquel fallo recurrido aplicara en este caso, sin que hubiera lugar a ello, los preceptos en que la H. Sala expira la doctrina de la indexación, o sea que los quebrantara ese fallo por indebida aplicación".

SE CONSIDERA

El análisis de la sentencia de segunda instancia permite concluir que para proferir la condena por la llamada indexación de la primera mesada pensional, el Tribunal se fundamentó, esencialmente, en el criterio mayoritario que sobre ese tema tenía esta Sala de la Corte. Y esto cuando al empezar la parte considerativa de su fallo expresa:

"(...) De acuerdo con el criterio jurisprudencial y doctrinario, la inflación es una situación económica que gesta un desequilibrio en las relaciones obrero-patronales al producirse el envejecimiento de la moneda por la pérdida de su poder adquisitivo. Es al trabajador subordinado y a su grupo familiar a quienes de él depende los que sufren más duramente los efectos nocivos de la depreciación monetaria. Por eso la jurisprudencia acude a la jurisdicción respectiva para que no se envelezca su pago y se guarde la proporcionalidad

de la moneda, cuando se base en un salario antiguo, o sea, que se actualiza su valor en forma tal que con la cantidad de signos monetarios colombianos se satisfagan las necesidades del acreedor que tenían en aquel tiempo.

"Como lo dijo la H. Corte Suprema de justicia en sentencia del 11 de noviembre de 1996, 'La indexación no es una sanción o indemnización por mora en el pago, sino el mecanismo idóneo para restablecer el equilibrio, perdido con el fenómeno inflacionario, que genera enriquecimiento sin causa para obligados a satisfacer una acreencia, lo cual está prohibido por principio general de derecho' (...)".

Y a continuación si bien el *ad quem* hace sus propias apreciaciones, ellas están en concordancia a la pauta jurisprudencial que trae a colación y ya transcrita.

Es, entonces, por lo antes puntualizado, que se asevera que el real fundamento para proferir la condena cuya quiebra se reclama, lo constituye la aplicación de una interpretación jurisprudencial, y ello implica, conforme lo ha definido la Sala en casos similares, que el concepto de violación pertinente no es el de aplicación indebida, ya que esta clase de vulneración excluye divergencias de índole estrictamente hermenéutico entre el Tribunal y quien formula el ataque, porque cuando ellas se dan en asuntos como el presente, el único imputable al fallo es la interpretación errónea.

En consecuencia, como el impugnante le atribuye al juzgador de segunda instancia un equivocado concepto de vulneración de la ley, en la que no pudo haber incurrido en razón de la sustentación que dio a su sentencia, ello configura una deficiencia técnica insubsanable que conlleva al fracaso de la acusación.

Además, no sobra agregar que la precitada conclusión se refuerza si se tiene en cuenta que el desarrollo del cargo está fundado en la intelec-ción que el censor hace de lo que denomina 'doctrina de esa H. Sala sobre la indexación o revaluación judicial del monto de las jubilaciones laborales', que para él está supeditada, no solo a la deprecitación monetaria, sino también "a causa del retardo, culpable o no del deudor en satisfacerle su derecho de crédito". Alcance, con el que pasó por alto, que el Tribunal, en primer lugar, acogió el criterio de la entonces mayoría de la Sala que afirma, tal como se expresa en el fallo del 11 de diciembre de 1996 citado por el fallador, que "La indexación no es una sanción o indemnización por mora en el pago (...)"; y en segundo término, que éste acudió a tal orientación para sostener que:

"(...) En el derecho social puede presentarse, como en el asunto de autos, la desvalorización del factor salarial sobre el cual se efectúa el cálculo de una prestación social. Es el caso de la pensión de jubilación cuando transcurre un lapso considerable, después de completado el tiempo de servicios, entre la desvinculación laboral y el cumplimiento de la edad requerida. Esa situación genera una mengua del valor adquisitivo de ese factor y

consiguientemente empobrecimiento injusto de una de las partes, que es precisamente la justicia, la que tiene que entrar a establecer esa diferenciación"

En consecuencia, se desestima, el cargo.

No se impondrán costas en razón del recurso porque la parte favorecida con la misma ninguna intervención tuvo en su trámite.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en nombre de la república y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida el 29 de enero de 1999 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso que le sigue Luis Alfredo Orozco Rebolledo a la Compañía Colombiana de Tejidos S.A. "Coltejer"

Sin costas por el recurso extraordinario.

Cópiase, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Fernando Vásquez Botero, (Aclaración de voto); Francisco Escobar Henríquez, José Roberto Herrera Vergara, Carlos Isaac Náder, Rafael Méndez Arango, (Salvamento de voto); Luis Gonzalo Toro Correa, Germán G. Valdés Sánchez.

Laura Margarita Manotas González, Secretaria

ACLARACION DE VOTO

ERROR DE HECHO

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral.

Radicación No. 12274

Con el debido respeto me permito aclarar el voto con relación a la decisión de la mayoría de desestimar por falla técnica el primer cargo de la demanda de casación formulada por la parte demandada dentro del proceso promovido a la *Compañía Colombiana de Tejidos S.A. "Coltejer"* por *Alfredo Orozco Rebolledo*.

Lo anterior por cuanto estimo que el mencionado cargo se debió haber declarado fundado, aunque ello no era suficiente para quebrar la sentencia recurrida por cuanto al entrar a consideraciones de instancia la excepción de prescripción en los términos pretendidos por la demandada no estaba llamada a prosperar, y sostengo lo uno y lo otro por lo siguiente:

De las varias pretensiones que formula el demandante indudablemente la principal es la distinguida con el numeral "1)", las otras son consecuenciales, y aquella se expone en los siguientes términos:

"A. Actualizar y ajustar el valor de su jubilación, por cada año transcurrido entre el reconocimiento y pago de la prestación hasta la fecha que se dé cumplimiento a la sentencia que lo ordena, así como el de las mesadas adicionales y desde luego al de los reajustes legales, con base en el índice de precios al consumidor, a partir de la fecha en la cual se le reconoció dicha prestación económica (jubilación), es decir al 25 de octubre de 1988, teniendo como base para ello, el equivalente al valor salarial que devengaba el señor Orozco Rebolledo, al momento de su retiro de la empresa, en octubre 20 de 1975, o sea, 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes para esa época".

La excepción de prescripción propuesta oportunamente, en lo que interesa al recurso extraordinario, se sustentó así:

"El término de la prescripción extintiva de los derechos laborales de tres (3) años, señalado por los arts. 488 del Código sustantivo del trabajo, y 151 del Decreto 2158 de 1948, extinguió perentoriamente las acciones identificadas en la demanda y no solo en cuenta a los reajustes periódicos de las pensiones causadas mes a mes en todo el período transcurrido

a partir de la fecha del reconocimiento de la primera mesada, en 1988, hasta la fecha anterior a tres (3) años contados a partir retroactivamente de la presentación de la demanda, sino más aún de la ACCIÓN PRINCIPAL que dice referirse a la comparación de la cuantía de los salarios devengados en el último año de servicio, en la suma equivalente a los salarios mínimos legales mensuales vigentes en ese período, con relación a los salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento en que se causó dicha primera mesada de jubilación.

"Lo cual ocurrió con una anterioridad muy superior a tres (3) años a la fecha de la presentación de la demanda, o a la fecha de cualquier eventual interrupción que pudiere probarse en el proceso.

"Porque esa pretensa 'acción' de reajustes de la primera mesada de la pensión con base en la comparación de los salarios mínimos legales mensuales vigentes en esas dos épocas, tendría su AUTONOMÍA PROPIA, según los planteamientos de la demanda, como un supuesto derecho, que no es inherente al status del jubilado, el cual status no prescribe.

"En otras palabras: el status de jubilado imprescriptible, es un derecho consolidado en cabeza del demandante, que nació por el cumplimiento de los requisitos de 20 años de servicio y 55 de edad, para liquidarlo con el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios, al tenor del art. 260 del Código sustantivo del trabajo.

"Pero la pretensa 'acción' mencionada, que es independiente de la norma citada, QUE NO EMANA DE ELLA, NI DE NINGUNA OTRA LEY, sino que simplemente pretende fundarse según la demanda, en 'interpretación analógica' de otras leyes, o en simples teorías elaboradas artificiosamente, no es un elemento de la ESENCIA DEL STATUS DE JUBILADO, sino que vendría a constituirse en un factor puramente ACCIDENTAL. Diferenciación que encuentra fundamento -aquí sí por analogía- en el principio sustancial que para los contratos establece el art. 1501 del Código civil.

"Por lo cual, en el supuesto -que no se acepte-, de que el pretenso derecho de que el reajuste con base en la comparación de los salarios mínimos hubiere existido, ha debido reclamarse directamente o por vía judicial, dentro del término perentorio de tres (3) años a partir de la causación de la primera mesada pensional.

"Pero pretender ahora MODIFICAR UNA SITUACIÓN JURÍDICA QUE SE CONSOLIDÓ DESDE LA CAUSACIÓN, LIQUIDACIÓN Y PAGO DE ESA PRIMERA MESADA PENSIONAL, DESDE 1988, constituiría un desconocimiento de los efectos de la prescripción extintiva del supuesto derecho, con abierta violación de las normas citadas, y también de los arts. 58 de la constitución de 1991, y 30 del anterior, sobre garantía de los derechos adquiridos por la empresa, todo de conformidad también, con el art. 16 del código sustantivo del trabajo (...)".

En el fallo recurrido el Tribunal acogió la súplica de revaluación judicial de la base salarial que tomó la demandada para reconocer al actor la pensión de jubilación aplicando para el efecto el IPC, y después de concluir que "(...) el valor de esa primera mesada es de \$53.631,61 y no de \$25.637 que reconoció la sociedad demandada", expresó:

"Proyectada esa pensión de \$53.631,61 con los aumentos que se presentaron hasta el 17 de marzo de 1994, cuando los incrementos causados hacia atrás quedaron afectados por el fenómeno de la PRESCRIPCIÓN propuesta en oportunidad por la empresa Coltejer al responder la demanda, se obtiene que en dicho año la pensión del petente era de \$206.477,27 y no de \$98.700 (...)"

Relacionando, entonces, lo antes puntualizado, no se requiere un mayor análisis para concluir que los dos primeros errores de hecho denunciados se configuran, pues es evidente que lo que planteó la demandada con la excepción de prescripción era la extinción del derecho a reclamar el reajuste pensional por la pérdida del poder adquisitivo de la base salarial, y lo que el Tribunal decidió, aunque con una sustentación más que laconica, fue sobre la prescripción de los reajustes mensuales pensionales ya causados.

Precisamente la precitada circunstancia era lo que posibilitaba formular el cargo por la vía indirecta, ya que el Tribunal entendió mal, como lo sostiene el censor, los términos en que se propuso el mencionado medio exceptivo y como consecuencia no decidió en consonancia con ellos.

Quiere decir lo anterior que el cargo es fundado; empero, ello no implica que deba prosperar porque al hacer la Sala las consideraciones de instancia encuentra que el alcance que le dio el Tribunal al aludido medio exceptivo es acertado.

Así se afirma porque entratándose de la revaluación judicial, es sabido que quienes admiramos la pertinencia de aplicarla a la base salarial que se debe tener en cuenta para tasar la pensión de jubilación, sostenemos que con la indexación en materia laboral no se busca sancionar una mora sino restablecer un equilibrio económico, producido por un fenómeno de la misma índole, y que repercute sobre el poder adquisitivo de la moneda, independientemente que haya una obligación sujeta a una modalidad, y para llegar a ella es posible acudir a mecanismos constitucionales y legales, como lo son la equidad y la analogía. Y es esto lo que explica que desde la providencia del 5 de agosto de 1996, radicación 8616, citada por el Tribunal en su fallo, haciéndose alusión a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, se dijo:

"(...) La aludida circunstancia evidencia un fenómeno económico del que no puede sustraerse el derecho del trabajo, ni pasar por alto la jurisprudencia, toda vez que desconocerlo implica olvidar que las normas del derecho social, al tenor del artículo 1º del CST, se deben aplicar con un criterio de coordinación económica y equilibrio social, por lo que se impo-

ne, con fundamento en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 y 19 del C.S.T., el reconocimiento de la indexación porque de no hacerlo vulnera tal mandato, ya que es indiscutible que "el hecho notorio" de la inflación terminaría perjudicando, inequitativamente, a una de las partes de la relación contractual: el trabajador, que no es propiamente el llamado a soportar tal fenómeno económico porque él no tiene la posibilidad de tomar medidas para protegerse del mismo en razón que su aporte en el contrato es su capacidad de trabajo; situación que no puede predicarse con respecto al empleador porque éste sí tiene o debe tener el control financiero, así sea relativo de la actividad donde aquél presta el servicio, por lo que se puede afirmar que es a él a quien le corresponde prever y asumir las consecuencias de las fluctuaciones económicas, pues está en capacidad de tomar las medidas financieras del caso para cubrirse de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, y una de ellas sería el reconocimiento de una pensión de jubilación actualizando el valor de salario que años atrás devengó el trabajador.

Reitera, entonces, la Corte que una solución como la de la indexación, adoptada para el caso, no implica un incremento en la obligación original, no la hace más onerosa, sino que se limita a mantener su valor real frente a la notoria pérdida del poder adquisitivo de la moneda; acogerla solo significa restablecer el equilibrio entre las partes, aplicando la revaluación monetaria a los \$15,808.15, que se estableció es el valor de la pensión del accionante cuando cumplió 55 años de vida, el 22 de julio de 1984, para cuya tasación se tuvo en cuenta el último salario promedio mensual que devengaba el 30 noviembre de 1978, es decir, algo más de cinco (5) años antes. El resultado de una operación tal, así sea numéricamente mayor, equivale, para la primera fecha, al valor inicialmente citado, razón por la cual no es predicable que en términos reales de economía y finanzas la indexación le represente cumplir con una obligación dineraria superior a la inicialmente pactada.

De modo, pues, que entendiendo, como lo reconoce el censor, que "el estado jurídico de pensionado es imprescriptible", tal consecuencia se extiende a la base salarial para tasar el derecho que el mismo otorga, ya que ella le es consustancial porque solo con referencia a la misma aquél se materializa.

Por lo tanto, en virtud que la indexación no es algo accesorio al derecho y obligación correlativa que de aquel estatus surge, y por ello se dice que la obligación original no se hace más onerosa sino que mantiene su valor real frente a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, es por lo que también el derecho a que se aplique la revaluación judicial no prescribe, sino que ese modo de extinguir las obligaciones afecta los reajustes causados que como consecuencia de su reconocimiento se ordena pagar.

No sobra agregar que a otra solución se llegaría en el caso en que se compartiera el criterio jurisprudencial mayoritario, en la actualidad, en el sentido que solo es posible indexar las obligaciones laborales que sean

exigibles y siempre y cuando se haya incurrido en mora de reconocerlas o pagarlas, ya que en este evento se toma la indexación como parte de la indemnización moratoria y, por consiguiente, como un derecho independiente o accesorio de la obligación principal, y obviamente susceptible de prescribir si no se reclama oportunamente.

Santa Fe de Bogotá, D.C., noviembre ocho (8) de mil novecientos noventa y nueve (1999)

Fernando Vásquez Botero.

SALVAMENTO DE VOTO

APLICACION INDEBIDA

Radicación 12274

Como no considero que la sola circunstancia de aludir a un "criterio jurisprudencial y doctrinario", o remitirse a la sentencia de 11 de noviembre de 1996 y reproducir el aparte de ese fallo el que se dice que "la indexación no es una sanción o indemnización por mora en el pago, sino el mecanismo idóneo para restablecer el equilibrio, perdido con el fenómeno inflacionario, que genera enriquecimiento sin causa para obligados a satisfacer una acreencia", equivalga a hacer una interpretación de los artículos 19 del Código Sustantivo del Trabajo y 8° de la Ley 153 de 1887, considero que aquí el concepto de violación escogido por la recurrente para formular el segundo cargo es el adecuado, dada la forma como está redactada la sentencia del Tribunal.

Como el concepto de violación pertinente dependerá de la motivación de la sentencia recurrida en casación, habrá unos casos en que lo correcto sea acusar al fallo de interpretar erróneamente la ley, pero en otros lo será la aplicación indebida o la infracción directa, según sea: mas no considero razonable, y menos legal, exigir un concepto único de violación sin tomar en cuenta lo argumentado por el Tribunal.

Para mí uno de los casos en los cuales es procedente formular el cargo por aplicación indebida de la ley corresponde exactamente a éste, puesto que el Tribunal la verdad no hace otra cosa distinta a manifestar que la "jurisprudencia" ha aceptado que debe corregirse el valor de la pensión inicialmente reconocida, sin hacer suyos los argumentos con los que, acudiendo a los dos textos legales antedichos, se interpretó mayoritariamente que por razones de "justicia y equidad" o porque "se produce el retardo en el cumplimiento de una obligación" procedía revalorizar el monto de la primera mesada pensional. Cuando así motiva su decisión el fallador lo que hace es aplicar el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo que le reconoce expresamente a la jurisprudencia el carácter de norma de aplicación supletoria, siempre que previamente se haya descartado la posibilidad de acudir a las normas que regulan casos o materias semejantes (analogía legis) o a los principios derivados del propio código (analogía iuris).

En vigencia del criterio que anteriormente existía sobre el punto de derecho, al resolverse por el Tribunal el asunto aplicando la jurisprudencia se le estaba haciendo producir efectos al artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, y, por lo mismo, la decisión tenía que entenderse, siguiendo la opinión jurídica de la mayoría, ajustada a la ley; más al modificarse la orientación sobre el tema, volviendo al criterio que siempre se tuvo de existir norma exactamente aplicable al caso; si se acude a la "jurisprudencia" como norma de aplicación supletoria, necesariamente se aplica indebidamente el susodicho artículo y se infringe directamente la disposición que regula exactamente la controversia.

Adicionalmente debo destacar que la recurrente planteó la infracción directa de los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 1º del Decreto 2218 de 1966, al afirmar que el fallo acusado no los aplicó, siendo aplicables al caso juzgado; y dado que la actual jurisprudencia sobre el punto de derecho parte del supuesto de estar regulado expresamente por la ley lo atinente al monto de las pensiones de jubilación, lo que descarta el que pueda acudir a normas de aplicación supletoria, pienso que el cargo debió ser estudiado y prosperar, en cuanto cumple lo dispuesto por el artículo 51 del Decreto 2651 de 1991, adoptado como legislación permanente por el artículo 162 de la Ley 446 de 1998, puesto que no es necesario "integrar una proposición jurídica completa", siendo suficiente señalar la norma de derecho sustancial que a juicio del recurrente haya sido violada por constituir la base esencial del fallo impugnado o porque ha debido serlo.

Como la "interpretación jurisprudencial" no tiene carácter obligatorio en Colombia, y en el recurso de casación es necesario expresar la violación de una norma de alcance nacional atributiva de un derecho laboral, cuando se aplica la "jurisprudencia" por considerar que no existe norma que exactamente regule el caso, para mí es indiscutible que el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo se constituye en la norma de naturaleza sustancial que sirve de base esencial al fallo.

Pero si no se aceptara este punto de vista mío, de todas maneras como, a juicio de la recurrente, las normas que debieron ser "la base esencial del fallo" son los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 1º del Decreto 2218 de 1966, desde ese enfoque cumplió el requisito que hacía estimable la acusación.

Por las razones anteriores me aparto de la decisión de no casar el fallo, pues, en mi criterio, y debido a que el planteamiento de la impugnante corresponde a la jurisprudencia en vigor, debió infirmarse la sentencia y, en su lugar, absolverla de lo pretendido por quien la llamó a juicio para que le actualizara el valor de su pensión de jubilación.

Salvo por ello el voto.

Rafael Méndez Arango

RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral.- Santa Fe de Bogotá, Distrito Capital, nueve (9) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Doctor Carlos Isaac Nader

Radicación: 12003

Acta 43

Se resuelve por la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Lucila Moreno de Calle contra la sentencia que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá dictó en el proceso que la recurrente le sigue a la sociedad San Vicente de Paul de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

Ante el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá fue llamada a juicio la sociedad San Vicente de Paul de Bogotá por Lucila Moreno de Calle, quien en demanda por medio de la cual promovió el proceso pidió que fuera condenada al pago de los salarios insolutos de los años escolares 1991, 1992, 1993; reajuste de liquidaciones de sus contratos por esos mismos años; indemnización moratoria a partir del 1º de diciembre de 1991; reajuste todas las prestaciones sociales, las costas y las agencias en derecho. Pretensiones que fundamentó en los servicios que afirmó haber prestado como rectora en el centro "Vicentino Asunción de Nuestra Señora, mediante contrato de trabajo a término fijo por año escolar, desde el 1º de febrero de 1991, "que anualmente se fue prorrogando hasta el 15 de diciembre de 1993". Según la demandante, en el sector privado, el salario mínimo de los docentes que desempeñan el cargo de rector, es del 75% del sueldo asignado a los del sector oficial, que con el mismo grado, desempeñan igual función, lo cual en su caso no ocurrió en ninguno de los años que prestó sus servicios, pues teniendo grado once dentro del escalafón, jamás se le canceló con base en él.

Al contestar la demanda la sociedad demandada negó el hecho tercero, y sobre los demás, dijo que debían probarse. Sostuvo en su defensa que celebró varios contratos de trabajo con la demandante, los cuales anualmente se le liquidaban, recibiendo la totalidad de sus derechos y prestaciones. Señaló, además, que su jornada había sido de 6 horas diarias diurnas, pagándole salario de acuerdo a la jornada convenida, luego

que lo percibido, en todo caso, está por encima de la remuneración recibida por los docentes oficiales para jornada máxima legal. Se opuso por tal razón a las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de pago, prescripción, compensación, transacción, inexistencia de la obligación; y la que denominó "falta de causa" (folio 33).

En la primera instancia fue condenada la sociedad de San Vicente de Paul de Bogotá, a pagar en total la suma de \$6.386.581.41, discriminados en los siguientes conceptos: por diferencia salarial de los años 1991, 1992, 1993: \$1.937.926.90, por reajuste del auxilio de cesantía: \$161.493.95, por intereses de cesantía: \$16.903.85, por reajuste de la prima de servicio: \$161.493.95, por indexación: \$4.108.762.76. El juez declaró que no era necesario el estudio de las excepciones propuestas por la parte demandada y la condenó a pagar las costas.

Al surtirse la alzada por apelación de ambas partes, el Tribunal por medio de la sentencia recurrida en casación, revocó la decisión de su inferior en todas sus partes y, en su lugar, absolvió a la parte demandada de todas las pretensiones de la demanda, dejando sin costas su instancia.

II. EL RECURSO DE CASACIÓN

La parte demandante quedó inconforme con la decisión del *ad quem* e impugnó en casación el fallo, recurso que le fue concedido y admitido, habiéndose tramitado como lo dispone la ley, por lo que hoy procede la Corte a resolverlo, previo estudio del escrito que presenta para sustentar su impugnación extraordinaria. La demanda de casación corre del folio 6 al 12 del cuaderno en que actúa la Corte y lo replicado de los folios 17 a 18.

Pretende el impugnante, que se case totalmente la sentencia del Tribunal y que la Corte, en la sede subsiguiente, modifique la parte resolutive de la providencia de primera instancia, para dejando intacto todo, condene a la demandada a la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S. del T., o en su defecto, la confirme en su integridad.

Para tal fin formula un cargo con fundamento en la causal primera, por infracción directa de las leyes 14 de 1971 y 79 de 1988; Decretos 329 de 1981, 111 de 1991, 334 de 1992, 034 de 1993, en concordancia con los artículos 13, 14, 65, 101, 102, 127, 132, 186, 189, 193, 197, 249, 253 del C.S.T.; artículo 9 del C.C., y artículo 48 de la Ley 153 de 1887, "por aplicación indebida de los artículos 174 y 188 del C. de P.C., como normas de medio".

Al desarrollar el cargo explica que "si el Tribunal hubiere aplicado las Leyes 14 de 1971 y 79 de 1988 y los Decretos 329 de 1981, 111 de 1991, 334 de 1992 y 034 de 1993, a una situación fáctica prevista por los mis-

mos que regula las consecuencias de que el Gobierno Nacional y el Congreso de la República establecieron para cada año el salario de los docentes oficiales, y los docentes particulares de conformidad con la Ley 14 de 1971, por lo cual concretamente la demandante, debió devengar como mínimo el 75% de dicho salario oficial de grado 11 del escalafón más el 25% por desempeñar cargo de dirección, hubiere llegado necesariamente a la conclusión contraria a la cual llegó".

Sostiene la impugnante que el Congreso de la República y el Gobierno Nacional establecieron para cada año el salario de los docentes oficiales, y particulares de conformidad con la Ley 14 de 1971, de tal suerte que el demandante debió devengar el sueldo que para cada uno de los años trabajados, tenían los docentes oficiales con grado once, o sea, el 75% más un 25% por desempeñar cargo de dirección.

La réplica como defectos de orden técnico le reprocha la improcedencia de la causal primera al caso de autos, "porque se trata de si la falta de unas pruebas como lo dice el Tribunal, en su fallo, le impidió confirmar la sentencia".

Se destaca, además, en la réplica que la recurrente no tiene interés para recurrir en casación, pues habiendo solicitado la confirmación de la sentencia del Juzgado de primera instancia, ello tan sólo asciende a la suma de \$6.386.581.20.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Desde la época del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, se ha dicho que el recurso de casación es eminentemente formal, en cierto modo riguroso, luego para que la Corte pueda correctamente proceder a su examen, a fin de hallar la violación legal alegada y poder pronunciarse acerca de ella, necesariamente la demanda debe acomodarse a las exigencias legales, lo cual se conoce jurisprudencialmente como técnica de casación.

Ese rigorismo acentuado en el recurso extraordinario, es así y tiene que seguirlo siendo, por lo menos hasta que algo distinto diga el legislador, dado que la finalidad del mismo es unificar la jurisprudencia nacional en materia laboral, de tal forma, que sólo excepcionalmente, por así decirlo, pueden intrarse cuestiones en que tienen interés las partes vinculadas al juicio. Por ello, se trata de un recurso extraordinario, de un medio de impugnación de las sentencias, con una orientación clara y precisa, sin que pueda equipararse o confundirse con una instancia más dentro del proceso.

La Corte en fallos que constituyen muchedumbre, se ha visto precisada a lo largo de muchos años, a desestimar escritas, como el que ahora se estudia, por no estar la demanda ceñida a la estricta técnica de casación, que desde luego le impide, acometer un estudio ordenado y seguro de los problemas que se le han puesto en consideración con olvido de la forma y conteni-

do de lo que debe ser una demanda de casación. Y es por esto, que en el caso presente no puede acunarse estudio de fondo alguno, en la medida que son ostensibles las deficiencias de orden técnico, si se tiene en cuenta que el recurrente en la proposición jurídica presenta varias leyes y decretos como violados en una forma genérica, sin citar la disposición o disposiciones concretas infringidas. Se ha repetido hasta el cansancio, que no es suficiente la referencia total o general de una ley o decreto, sino que es necesario la cita concreta de la norma perteneciente a ella, materia de la acusación. Así, entonces, no puede pretenderse que frente a la denuncia de todo un conjunto normativo de una ley o decreto, sea la Corte la que busque o escoja, la norma pertinente aplicable al caso, por entender que es ella la que se viola con la sentencia. Ello, de pronto, encontraría justificación, sin reñir groseramente con la técnica de casación, en la medida en que la ley o decreto denunciado, contenga, por ejemplo, una sola disposición, más no cuando como aquí la que menos preceptos suma involucra cinco artículos (Ley 14 de 1971) y, la que más: ciento sesenta y uno (Ley 79 de 1988), para no seguir con los decretos, que como aquellas, muchas normas tienen.

La demanda, pues, presenta graves deficiencias de técnica que impiden su estudio de fondo, porque se insiste, no es función de la Corte averiguar cuál es el preciso texto legal que la sentencia vulnera, frente a la denuncia indiscriminada de todo un cuerpo normativo o codificación. Esa carga no es del Juzgador sino de la parte interesada, y no siendo dable a esta superioridad corregir tales deficiencias por la naturaleza dispositiva del recurso y la presunción de acierto y legalidad que ampara a todo fallo que se ataca en casación, la conclusión lógica que se impone es la de rechazar del cargo, dado que las verdaderas normas atributivas de los derechos pretendidos por el impugnante, son precisamente las que contienen las señaladas falencias.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada el 25 de septiembre de 1998 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, en el Juicio que LUCHA MORENO DE CALLE le sigue a la sociedad de SAN VICENTE DE PAUL DE BOGOTÁ.

Costas en el recurso a cargo de la impugnante.

Cópiase, notifíquese y cúmplase. Oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

Carlos Isaac Náder, José Roberto Herrera Vergara, (Salvamento de voto); Luis Gonzalo Toro Correa, Germán G. Valdés Sánchez Fernando Vásquez Botero, (Salvamento de voto); Francisco Escobar Henríquez, (Salvamento de voto); Rafael Méndez Arango.

Laura Margarita Manotas González, Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO
PROPOSICION JURIDICA COMPLETA

Expediente No. 12003

Santa Fe de Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Con el respeto acostumbrado salvamos el voto en este asunto por cuanto estimamos que el cargo único que contiene la demanda de casación debió ser estudiado de fondo, en razón a que la irregularidad que presenta consistente en enunciar varias leyes y decretos como violados de manera genérica, sin especificar las disposiciones que concretamente fueron violadas, no era suficiente para su desestimación porque la acusación adujo como violación de medio la aplicación indebida de los artículos 174 y 188 del C. de P.C. normas sobre las cuales se centra rigurosamente la controversia en este caso puesto que la censura considera que las leyes y particularmente los decretos que en este asunto fijan los salarios de los docentes oficiales son normas de alcance nacional que no deben ser demostradas o probadas de conformidad con los artículos 9º del C.C. y 48 de la Ley 153 de 1887, mientras que el juzgador *ad quem* exigió la prueba de tales disposiciones legales.

A lo anterior se suma que en la impugnación se citan las normas sustanciales de alcance nacional que regulan los derechos reclamados por la demandante. Luego en el cargo se cumple el presupuesto del numeral 1º del artículo 51 del Decreto 2651 de 1991 relativo a que basta la cita de cualquiera de las normas de la naturaleza referida para que se excuse al recurrente de integrar una proposición jurídica completa.

En estos términos dejamos salvado nuestro voto.

Francisco Escobar Henríquez, José Roberto Herrera Vergara, Fernando Vásquez Botero.

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO
Justa causa por parte del empleador - Grave negligencia

ERROR DE HECHO

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral - Santa Fe de Bogotá, Distrito Capital, nueve (9) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Radicación 12292

Acta 43

Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Méndez Arango*

Resuelve la Corte el recurso de casación del Banco Ganadero contra la sentencia dictada el 7 de septiembre de 1998 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, en el proceso que le sigue Elvira Maestre Sampayo.

I. ANTECEDENTES

Ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar promovió Elvira Maestre Sampayo el proceso para que se condenara al Banco Ganadero a reintegrarla y a pagarle "todos los salarios, auxilio de alimentación, prima de localización, etc., causados desde el momento del retiro hasta cuando se efectúe el reintegro, junto con todos los incrementos legales o convencionales que se causen durante dicho interreino (sic) como si no se hubiese dado interrupción alguna en la relación laboral" (folio 11) y, además, se le ordenará cotizar a la entidad en la cual venía haciéndolo "para efectos de la pensión, salud y riesgos profesionales" (folio 12) o, subsidiariamente, a pagarle "todas las acreencias laborales causadas con ocasión de la prestación del servicio desde el momento de iniciación de su labores hasta cuando se efectúe el pago como si no se hubiese dado interrupción en la prestación del servicio procediendo a reliquidar (sic) todos sus salarios, auxilio de alimentación, prima de localización, primas, vacaciones, subsidio de transporte, auxilios, cesantías, intereses a cesantías legales o convencionales, así como indemnización por terminación unilateral del contrato sin tener justa causa para ello, pensión sanción e indemnización por mora en el pago y la devolución de salarios deducidos o retenidos con violación al ordenamiento legal" (ibídem), tal cual está pedido en la demanda inicial.

Fundó sus pretensiones en que trabajó del 22 de septiembre de 1977 al 7 de julio de 1996 para el Banco GaNádero, que le terminó el contrato "esgrimiendo unos hechos que no se ajustan a la verdad" (folio 12), pues "le imputa como justa causa hechos que supuestamente debieron hacerse (sic) el 15 de mayo de 1996 al expedirse las chequeras respectivas por otros funcionarios -jefe de cuenta corriente o funcionario que expide las chequeras" (folio 13). Según la demandante, "el día 15 de mayo de 1996 tenía permiso para ausentarse del lugar de su trabajo" (ibídem).

También afirmó que "el Banco GaNádero (sic) contrariando el ordenamiento legal laboral procedió a retener o deducir del salario (...) y de sus prestaciones valores, sin estar expresamente autorizados para ello" (folio 13).

Al contestar la demanda el banco se opuso a las pretensiones de la demandante, pero aceptó que entre ellos existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 22 de septiembre de 1977 hasta el 7 de julio de 1996 y adujo en su defensa que la terminación del contrato se debió a justas causas "al valorarse los incumplimientos a las instrucciones señaladas en el manual de funciones y a sus obligaciones contractuales" (folio 35) y que "las deducciones o descuentos que se le efectuaron, fueron los autorizados por la ley" (ibídem). Propuso las excepciones de pago e inexistencia de la obligación.

El juez del conocimiento por sentencia de 25 de noviembre de 1997 ordenó el reintegro de Elvira Maestre Sampayo "al cargo de Auxiliar III, Categoría IV, el cual desempeñaba en el momento de su despido o a otro similar o de mayor jerarquía y remuneración, debiendo cancelarle todos los salarios y prestaciones sociales a que tenía derecho la trabajadora con todos sus incrementos legales y/o(sic) convencionales, causados desde el momento del retiro hasta cuando se efectúe el reintegro como si no se hubiese dado interrupción alguna en la relación de trabajo" (folio 259) y autorizó al Banco GaNádero para "compensar el valor a que tiene derecho la demandante por salarios y prestaciones sociales, los valores pagados por concepto de cesantías, excepto la deducción total del préstamo de vivienda, cuyo pago se registrará conforme a lo expuesto en la parte motiva" (ibídem). Lo condenó a pagar las costas.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Al conocer de la apelación del Banco GaNádero el Tribunal confirmó lo resuelto por su inferior y le impuso costas por la alzada.

Para el juez colegiado aún cuando Elvira Maestre Sampayo "confesó expresamente que fue ella quien pagó los cheques con los cuales se cometió el fraude contra los intereses económicos del banco demandado y que cuando lo hizo en efecto no estaban creados o registrados los talonarios de las respectivas chequeras en el maestro de cuentas" (folio 20, C. del Tribunal), se trató de una confesión calificada porque al confesar el hecho "agregó otros en favor suyo que guardan íntima conexión con lo reconocido como cierto" (folio 21, ibídem).

También asentó el fallador de segunda instancia que la confesión fue corroborada por los declarantes José Tobías Pumarejo y Héctor Guarnizo; y aunque dio igualmente por establecido que "el registro no se hizo en la fecha en que fue expedida la chequera" (folio 21, C. del Tribunal), concluyó que "esa omisión no puede achacársele a la demandante por cuanto está probado con la inspección judicial cuya acta obra a folio 200 y 202, que ese día (15 de mayo de 1991) asistió a una cita médica en el Instituto de Seguros Sociales. Además si la venta de la chequera estaba anotada en el libro respectivo obró correctamente la trabajadora cuando hizo el registro de los talonarios de las chequeras en el maestro de cuentas, pues esa era una función suya como lo reconoció y si bien no cumplió con la misma en la fecha en que fueron vendidas dichas chequeras la exculpa que ese día no laboró porque lo dedicó a atender la cita médica que le fue programada por el médico del ISS" (folios 21 y 22, *ibidem*), tal cual aparece dicho en la sentencia.

III. EL RECURSO DE CASACIÓN

En la demanda con la que sustenta el recurso (folios 6 a 23), que fue replicada (30 a 32), el recurrente le pide a la Corte que case la sentencia del Tribunal y, en instancia, revoque la del Juzgado y lo absuelva de las pretensiones de la demanda inicial o, en subsidio, la case respecto de "la condena de reintegro" y "del pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo cesante", para que en instancia "modifique y/o(sic) reforme la sentencia de primer grado y concretamente su ordinal tercero en el sentido de sustituir las condenas y declaraciones que él expresa por la del pago de la indemnización de despido prevista en la ley" (folio 9).

A tal efecto le formula dos cargos en el primero de los cuales la acusa de aplicar indebidamente un abigarrado conjunto normativo que, para los efectos propios del recurso, considera la Corte innecesario reproducir.

Según la demanda, "los principales errores de hecho" (folio 10) en que incurrió el Tribunal son los que a continuación se copian:

"1) Dar por demostrado, en contra de las pruebas del proceso, que el Banco GaNádero despidió a la señora Elvira Maestre Sampayo sin justa causa, por lo que entonces está obligado a reintegrarla al cargo que anteriormente ocupaba en la organización y a pagarle los salarios y prestaciones sociales durante el tiempo en que permaneciere cesante.

"2) No dar por demostrado, estándolo, que la señora Elvira Maestre Sampayo incurrió en grave violación de sus obligaciones legales, contractuales y reglamentarias, mismas que configuran justas causas de despido al tenor de la legislación laboral vigente, por lo que entonces el Banco GaNádero debe quedar relevado del reintegro que se glosa y/o(sic) de pagar cualquier indemnización.

"3) No dar por demostrado, estándolo, que la grave negligencia en que incurrió la demandante respecto de sus obligaciones y responsabilidades laborales, trajo para el Banco GaNádero una pérdida económica superior a los \$34'000.000.00, realidad que tipifica justa causal de despido.

"4) No dar por demostrado, siendo toda una evidencia, que la señora Elvira Maestre de(sic) Sampayo también incurrió en grave negligencia y en violación de los reglamentos bancarios cuando cargó un cheque girado por una importante suma de dinero a una cuenta distinta de aquella a la cual se destinaba, poniendo en peligro los bienes del Banco GaNádero y originando explicable preocupación entre sus clientes, hecho que no solo deterioró la imagen pública y la credibilidad de la institución sino que constituye justo motivo de despido" (folio 10).

Al decir del recurrente, el sentenciador incurrió en la violación indirecta por la que acusa al fallo al apreciar erróneamente la comunicación de despido, la diligencia de inspección judicial, la declaración de parte de Elvira Maestre Sampayo, el manual de funciones o de organización de la Sucursal El Copey y los testimonios de José Tobías Pumarejo y Héctor Gurarnizo Barragán; y por no apreciar la confesión contenida en el acta de descargos de la trabajadora y el contrato de trabajo.

Cargo para cuya demostración argumenta que el Tribunal concluyó que por haber estado Elvira Maestre Sampayo ausente de su puesto de trabajo el día 15 de mayo de 1996, no era responsable de la venta de las chequeras que originaron la defraudación en cuantía superior a \$34'000.000.00, como tampoco de la falta de registro o creación del "maestro" de cuentas corrientes, hecho del que nadie sería responsable; y en cuanto a la segunda negligencia endilgada a ella para terminar el contrato de trabajo, "tampoco habría admitido haber acreditado una importante suma de dinero en una cuenta distinta de aquella a la cual estaba destinada" (folio 11), razonamientos que afirma son contrarios a la evidencia que reflejan las pruebas, porque de haber realizado una lectura atenta de la diligencia de inspección judicial el Tribunal "habría logrado constatar que la cita médica que la demandante invoca como exculpación tuvo ocurrencia a las siete de la mañana del día 15 de mayo de 1996 (hora en la que mal podrían haberse vendido o registrado las chequeras que originaron la defraudación acreditada en autos), y no durante toda la jornada, supuesto que no se desprende de dicha prueba y que menos es imposible inferir de las otras que componen el acervo(sic)" (folio 12), conforme está dicho en la demanda, en la que se reitera que el juez de apelación erró ostensiblemente al concluir que la trabajadora dejó de asistir durante todo el día 15 de mayo, pues lo que la prueba establece es que "la señora Elvira Rosa Maestre de(sic) Sampayo, con número de afiliación 926940846, estuvo en el I.S.S., el día quince (15) de mayo de mil noventa y seis (1996), a las 7:00 A.M. (subrayo) cumpliendo cita médica con el doctor Flavio Piñeres, oftalmólogo" (folio 201)" (folio 12), o el 16 de ese mismo mes y año, según el interrogatorio de parte absuelto por ella.

Se afirma en el cargo que la defectuosa lectura realizada por el fallador de la declaración de parte rendida por Elvira Mestre Sampayo, lo llevó a estimar que por no haber asistido al trabajo ella durante todo el día 15 de mayo de 1996, estaba relevada de cumplir con la "creación del maestro de cuentas(sic) corrientes, registro que de haber sido hecho en el momento debido hubiera evitado el saqueo a las arcas del banco" (folio 12).

Según el recurrente, la errónea apreciación de esta prueba es corroborada por las propias afirmaciones de la absolvente "en el sentido de que la creación del maestro de cuentas corrientes es una operación que se ejecuta en las horas de la tarde, y que en lo que hace a las chequeras del Municipio de Bosconia incluso pudo haber sido realizado por ella misma" (folio 12), aserto para cuya demostración transcribe las preguntas pertinentes de la diligencia de interrogatorio.

Ascvera que de no haber sido por la errónea apreciación de lo respondido por la absolvente en el interrogatorio, que dice "sirve de veneno a toda la secuencia de dilates que evidencia el fallo" (folio 13), el Tribunal habría llegado a la única conclusión que surge del expediente, esto es, que Elvira Mestre Sampayo "no solo laboró el día 15 de mayo de 1996 en las horas de la tarde (no existe una sola prueba en el expediente que diga lo contrario) sino que se abstuvo de hacer el registro de los talonarios de las respectivas chequeras en el maestro de cuentas, omitiendo una de las funciones que tenía y que resultaba no solo elemental en cuanto vinculada al aspecto de la seguridad bancaria sino esencial en lo que al manejo de cuentas corrientes se refiere" (ibídem).

Remata esta parte de su argumentación afirmando que si el Tribunal hubiera apreciado acertadamente las pruebas habría concluido que de haber cumplido Elvira Mestre Sampayo las obligaciones legales, contractuales y reglamentarias que le correspondían, y en especial aquellas de las que la relevó debido a la errónea apreciación del manual de funciones, entre las que se cuentan las de "crear y registrar los talonarios de las chequeras vendidas, folios 145 a 148" (folio 13), no se habría producido el enorme desfase que lo afectó y que se produjo como consecuencia de esa grave negligencia.

Asimismo alega el recurrente que la conducta culposa de Elvira Mestre Sampayo la confiesa ella -prueba que dice pasa por alto el juez de alzada-, pues al preguntársele por la forma en que fueron visados y pagados los instrumentos de la defraudación, reconoce que las respectivas chequeras no estaban registradas en el sistema, por lo que procedió a hacerlo "en aras de efectivizar los títulos que se cobraban en su ventanilla" (folios 13 y 14), de lo que sale a la vista que si el Tribunal hubiera advertido esta confesión le habría reprochado la grave negligencia en que incurrió, porque "va contra la lógica que una misma cajera pague ocho (...) cheques distintos pero todos provenientes de la misma cuenta corriente y librados por sumas importantes, haciéndolo en forma sucesiva y en un breve período de tiempo, y que no caiga en la sospecha de que algo

está mal no obstante ser consciente de que los correspondientes talonarios no han sido creados en el sistema maestro" (folio 14).

Aduce que estas conclusiones probatorias adquieren mayor firmeza frente a los llamados de atención que a la trabajadora se le hicieron por sus actos de negligencia, y que el Tribunal no advirtió debido al deficiente examen de la inspección judicial, pues de haber apreciado en forma correcta e integral esta prueba habría concluido que ella hizo caso omiso de las muchas observaciones que le figuran en su hoja de vida, "todas originadas en su conducta descuidada y negligente" (folio 14), por lo que de haber considerado todos estos llamados de atención, constantes en los folios 208, 210, 214 y 216 relacionados con las recomendaciones visibles a folios 209, 211, 213 y 214 y con la comunicación del folio 215', habría concluido que la grave negligencia endilgada a Elvira Mestre Sampayo "no solo existió sino que tuvo antecedentes, que por lo repetidos mal podrían carecer de significación, y que por lo mismo justifica la terminación de su contrato" (ibídem).

Asimismo dice que los errores cometidos por el Tribunal se originaron también en la falta de apreciación del acta de descargos de la trabajadora, suscrita por ella, al advertir "inexcusables inconsistencias defensivas" (folio 14), pues en el Interrogatorio de parte que absolvió manifestó que para pagar los cheques que se cobraban en su ventanilla creó "los maestros de las cuentas corrientes en el sistema" (ibídem), una vez que vio que las dos chequeras pertenecientes al Municipio de Bosconia habían sido registradas en los libros, mientras que en sus descargos sostuvo que solo una de ellas estaba registrada, sin dar respecto de la otra una explicación; e igual cosa ocurre en relación con la identidad de los cajeros que pudieron haber creado "los maestros en el sistema" (folio 15), ya que al absolver el Interrogatorio admite que ella misma pudo haberlos creado, pero al responder sobre este mismo aspecto en el acta de descargos, sostuvo que las chequeras fueron registradas por José Tobías Pumarejo.

En cuanto a la "segunda grave negligencia cometida por la demandante y que por igual justificó la terminación de su contrato" (folio 15), alega que también la confesó Elvira Mestre Sampayo al absolver el Interrogatorio, y en el que, al decir del recurrente, de manera categórica aceptó como cierto que ella abonó el valor de un cheque en una cuenta distinta de aquella para la cual estaba destinada, error que el Tribunal, "no obstante estar aceptado por la implicada, trata de minimizar respecto de su magnitud y consecuencias echando mano de una respuesta posterior que no tiene la virtud de enervar la confesión" (ibídem). Aserto para cuya justificación transcribe la pregunta y la respuesta en la que cree obra la confesión.

Por considerar acreditados los yerros con la prueba calificada, el recurrente examina las declaraciones de José Tobías Pumarejo y Héctor Guarnizo, las que dice no corroboran la versión de los hechos que ella suministró, como lo entendió el Tribunal, sino que, por el contrario, la infirman.

La opositora replica el cargo aduciendo que el Tribunal no incurrió en los errores de hecho, porque el primero de los denunciados, de haber ocurrido, es de índole jurídica, "pues que a ella pertenece la labor de subsunción de los hechos en el derecho" (folio 31).

En cuanto al segundo y al tercero de los pretendidos errores, alega que el Tribunal no los cometió porque "solo pagó los cheques envueltos en la defraudación después de haber creado en el maestro de cuentas corrientes los talonarios de las chequeras vendidas el 15 de mayo de 1966 y haber encontrado registrada esa transacción, en el libro de contabilidad respectivo, y no, como se le afirma en la carta de despido, antes de esa creación" (ibídem).

Y respecto del cuarto, arguye que no confesó haber cargado el cheque en cuenta corriente distinta, como malintencionadamente lo quiere hacer aparecer el recurrente convirtiendo "un sí condicional en un sí afirmativo agregándole una tilde que no aparece en texto original de la respuesta al interrogatorio" (folio 31), cuando se está refiriendo es a un supuesto, corroborado en la respuesta siguiente, al afirmar que "no tiene certeza de haber incurrido en el error por el cual se le pregunta" (ibídem).

Finaliza la refutación del cargo diciendo que al no haberse demostrado alguno cualquiera de los errores evidentes de hecho que el censor le endilga al fallador de alzada, resulta totalmente improcedente el examen de los testimonios de José Tobías Pumarejo y Héctor Guarnizo.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Aún cuando le asiste razón a la replicante respecto de la índole jurídica del primero de los desaciertos atribuidos a la sentencia, ello no afecta el cargo, por cuanto es claro que mediante los otros desaciertos que le atribuye busca el Banco Ganadero demostrar que Elvira Maestre Sampayo incurrió en una grave negligencia configurativa de una justa causa de terminación unilateral del contrato, que trajo como consecuencia para él, en su condición de patrono, "una pérdida económica superior a los \$34'000.000,00, realidad que tipifica justa causal de despido", conforme se precisa en la demanda.

Como resulta de los extractos de la sentencia del Tribunal de Valledupar que atrás se dejaron transcritos, el juez de apelación, no obstante haber dado por establecido, sin equivocarse en este punto, que Elvira Maestre Sampayo "confesó expresamente que fue ella quien pagó los cheques con los cuales se cometió el fraude contra los intereses económicos del banco demandado y que cuando lo hizo en efecto no estaban creados o registrados los talonarios de las respectivas chequeras en el maestro de cuentas" (folio 20, C. del Tribunal), exculpó su conducta argumentando que "antes de pagarlos procedió a crear el registro, previa comprobación en el libro respectivo de la anotación de la venta" (ibídem).

Asimismo dio por probado el juez de alzada que Elvira Maestre Sampayo "aceptó que estaba obligada a hacer el registro en el maestro de

cuentas corrientes' (folio 21, C. del Tribunal); pero igualmente disculpó su conducta arguyendo que "no lo hizo en la fecha en que fueron vendidas las chequeras debido a que ese día no trabajó porque cumplía una cita médica" (ibídem).

Para el Tribunal la confesión de Elvira Maestre Sampayo resultó calificada, por cuanto "a los hechos confesados la demandante agregó otros en favor suyo que guardan íntima conexión con el reconocido como cierto" (folio 21, ibídem), lo que obligaba a aceptar *in integrum* la confesión porque no resultaba desvirtuada con las declaraciones de José Tobías Pumarejé y Héctor Guarnizo, y tampoco con lo verificado en la inspección ocular, prueba que le permitió establecer que el 15 de mayo de 1996 ella asistió a una cita médica en el Instituto de Seguros Sociales, por lo que si bien no cumplió con la función que le correspondía de registrar "los talonarios de las chequeras en el maestro de cuentas" en la fecha en que fueron vendidas, su conducta quedaba exculpada pues "ese día no laboró porque lo dedicó a atender la cita médica que le fue programada por el médico del ISS" (folio 22, ibídem).

Empero ocurre, como lo alega y demuestra el banco recurrente, que, según la inspección ocular, lo verificado durante la diligencia fue el hecho de que el 15 de mayo de 1996 Elvira Rosa Maestre Sampayo estuvo en el Instituto de Seguros Sociales "a las 7:00 A.M., cumpliendo cita médica con el doctor Flavio Piñeres, oftalmólogo" (folio 201), que es lo que textualmente quedó escrito en el acta correspondiente.

Como de la verificación del hecho de haber estado Elvira Maestre Sampayo a las siete de la mañana del 15 de mayo de 1996 cumpliendo una cita médica con un oftalmólogo no resulta racionalmente posible entender que durante todo ese día dejó de asistir al trabajo, por fuerza debe concluirse que el Tribunal incurrió en una suposición de prueba al haberle decir a la inspección ocular algo que allí no se verificó, craso desacierto de apreciación de la prueba que lo llevó a considerar justificada la conducta de la entonces trabajadora, con el insubstistente argumento de que "ese día no laboró porque lo dedicó a atender la cita médica que le fue programada por el médico del ISS".

Garrafalmente equivocada resultaba entonces la apreciación de esta prueba calificada, que le permitió considerar como indivisible la confesión que hizo Elvira Maestre Sampayo de haber sido ella quien pagó los cheques con los cuales se cometió el fraude contra los intereses del Banco Guárdano: y aun cuando también dio por establecido que "no estaban creados o registrados los talonarios de las respectivas chequeras en el maestro de cuentas" -- función que a ella correspondía--, justificó esta otra grave negligencia por parte de la trabajadora arguyendo que "antes de pagarlos procedió a crear el registro".

Al quedar sin vigor la excusa que el Tribunal encontró a la conducta confesada por la trabajadora de haber sido ella quien pagó los cheques con los cuales se cometió la defraudación, que afectó los intereses económicos

del Banco CaNádero, resulta que la que tuvo como una confesión indivisible, no lo era en verdad por cuanto existía prueba que desvirtuaba las explicaciones concernientes al hecho confesado.

Demostrado el desatino en que incurrió el Tribunal por mala apreciación de la inspección ocular --prueba calificada para fundar el error de hecho en la casación del trabajo--, de conformidad con la jurisprudencia es procedente el examen de los testimonios, lo que permite establecer que también se equivocó el fallador al considerar que las declaraciones de José Tobías Pumarejo y Héctor Guarnizo no desvirtuaban la supuesta confesión calificada de Elvira Maestre Sampayo, pues, según las palabras de fallo, "lo que hacen es corroborarla o reforzarla", ya que el primero de ellos al preguntársele si ella se había ausentado de su lugar de trabajo el 15 de mayo de 1996, contestó: "No, que yo recuerde no se ausentó" (folio 115); además de haber declarado que tanto Elvira Maestre como él tenían la función de registrar las chequeras que eran vendidas a los clientes de la sucursal, y que las chequeras de las cuales se utilizaron los cheques para cometer la estafa fueron vendidas el 15 de mayo de 1996, y si bien fueron "descontadas o cargadas" de las cuentas corrientes 339-07215-9 y 339-07216 7 de la Alcaldía de Bosconia, "no fueron registradas en el sistema" porque "fueron registradas en el sistema el día veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996) por la señora Elvira Maestre, ambas, como consta en el documento impreso en el diario de caja del día veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996); los cheques a que hace relación la estafa fueron pagados el día veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996)" (folio 117), tal cual aparece dicho por este testigo, quien, según otra de sus respuestas, también manifestó que Elvira Maestre Sampayo no obstante que cuando quiso pagar el primer cheque, "el sistema le arrojó el mensaje chequera no existe, o sea que la chequera no se encontraba registrada en el sistema" (folio 119), procedió a "grabarlas" para poder pagar los cheques.

Tampoco el testimonio de Héctor Guarnizo "corrobor" o "refuerza" la "confesión calificada" que, según el Tribunal de Valledupar, hizo Elvira Maestre Sampayo, por cuanto este testigo declaró en relación con el hecho de la venta de las chequeras, que ignoraba por qué se había demorado seis días la introducción al sistema de la anotación de la venta de las chequeras, habiendo igualmente declarado bajo juramento que era a Elvira Maestre Sampayo a quien incumbía introducir al sistema las chequeras que se vendían diariamente. Explicando que para ello debía pedirle a la supervisora "una llave que se introduce en la vanda(sic) magnética y autoriza la transacción" (folio 195).

Tan protuberante resulta el dislate en que incurrió el Tribunal, que no se hace necesario examinar las demás pruebas singularizadas en el cargo, el cual prospera, debiéndose por ello casar la sentencia para, en instancia, y con la única consideración adicional de no haberse precisado en la demanda inicial cuáles fueron las retenciones o deducciones del salario y de sus prestaciones alegadas por la demandante, lo que imposibilita el estudio del

asunto, revocar el igualmente ilegal fallo del Juzgado, para, en su lugar, absolver al Banco GaNádero de todas las pretensiones de Elvira Maestre Sampayo.

Por cuanto el primer cargo permitió anular en su integridad la sentencia, resulta innecesario el estudio del segundo circunscrito a establecer las razones que hacían desaconsejable el reintegro al empleo de la trabajadora despedida.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar el 7 de septiembre de 1998 y, actuando en sede de instancia, como tribunal *ad quem* revoca la proferida por el Juzgado Segundo Laboral del mismo circuito el 5 de marzo de ese año, para, en su lugar, absolver al Banco GaNádero de las condenas pretendidas por Elvira Maestre Sampayo.

Sin costas en el recurso. Las de primera instancia serán de cargo de la demandante.

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

Rafael Méndez Arango, Francisco Escobar Henríquez, José Roberto Herrera Vergara, Carlos Isaac Náder, Luis Gonzalo Toro Correa, Germán G. Valdiés Sánchez, Fernando Vásquez Botero.

Laura Margartta Marius González, Secretaria

SEGUNDA INSTANCIA

Trámite por apelación o consulta - Pruebas de oficio

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD Y CONTRADICCION DE LA PRUEBA

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral - Santa Fe de Bogotá, D.C., nueve (9) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Doctor *Germán G. Valdés Sánchez*.

Radicación No. 12536

Acta No. 43

Resuelve la Corte el recurso de casación que interpuso Tulla Alicia Delgado de Escobar contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, dictada el 29 de enero de 1999 en el juicio ordinario laboral que promovió la recurrente contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

ANTECEDENTES

Tulla Alicia Delgado de Escobar demandó a la Caja Agraria para obtener el reconocimiento de la sustitución de la pensión de jubilación de Carlos Aníbal Escobar Guzmán, así como los servicios asistenciales, el ajuste de las mesadas pensionales y la indexación.

Para fundamentar las pretensiones afirmó que Carlos Aníbal Escobar Guzmán fue trabajador de la Caja y por haber reunido los requisitos convencionales fue pensionado por ella; que la calidad de pensionado la tuvo hasta el 6 de mayo de 1993, fecha de su fallecimiento; que según "... la legislación vigente, a la fecha del fallecimiento del extrabajador, la esposa tiene vocación para sustituir, salvo que por su culpa hubiere existido separación, hecho que no es el de la demandante"; y que la demandada negó el reconocimiento de la sustitución aduciendo razones inexistentes en la ley.

La Caja Agraria se opuso a las pretensiones. Afirmó que para la época del fallecimiento del pensionado había sido liquidada la sociedad conyugal y mediaba separación de bienes y de cuerpos, según lo registra la escritura pública 2143 de la Notada Unica de Girardon del fecha 14 de noviembre de 1980, o sea, de 13 años antes del fallecimiento, sin que

convivieran ni existiera dependencia económica. Dijo también que según el artículo 1° de la Ley 113 de 1985 para los efectos de la sustitución de la pensión regulada por el artículo 1° de la Ley 12 de 1975 se entiende por cónyuge superviviente el esposo o esposa de la persona fallecida, siempre y cuando se hallare vigente el vínculo matrimonial conforme a la ley colombiana para la fecha del fallecimiento del pensionado, vínculo matrimonial que en este caso se extinguió por causa de la separación de cuerpos y de bienes; y porque según el artículo 7° del decreto reglamentario 1160 de 1989 no hay derecho a la sustitución de la pensión cuando en la fecha del deceso del pensionado no hubieren vida en común. Propuso la excepción de inexistencia de la obligación, la cual fundamenta en los argumentos expuestos, en una sentencia de tutela y en la afirmación según la cual testimonios extra proceso dan fe de que el pensionado convivía con otra mujer a quien durante los últimos años se le tenía por la compañera permanente del ex trabajador.

El Juzgado 3° Laboral de Bogotá, mediante sentencia del 28 de enero de 1998, absolvió a la Caja Agraria.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Apeló la parte demandante y el Tribunal de Bogotá, en la sentencia aquí acusada, modificó la del Juzgado y, en su lugar, declaró la excepción de cosa juzgada.

Dijo el Tribunal:

"Se confesó en la contestación de la demanda (fl. 19), que Carlos Aníbal Escobar Guzmán prestó servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero mediante contrato de trabajo que tuvo vigencia por un tiempo superior a 20 años y que por haber reunido los requisitos de ley fue pensionado por la entidad demandada, calidad que mantuvo hasta el día 6 de mayo de 1993 fecha de su fallecimiento.

"Sobre estos hechos no hay contradictorio y están plenamente demostrados con otras probanzas del proceso (fls. 6, 86 a 88).

"La demandada sostiene en su contestación que negó a la demandante el reconocimiento de la sustitución pensional "por cuanto no encontró derecho válido para gozar de dicha prestación". Concretamente al contestar el hecho tercero, tras negar que sea cierto expone que media separación legal y liquidación de sociedad conyugal que se encuentra elevada en Escritura Pública NO 2.143 de 14 de noviembre de 1980 (fls. 22 a 26), que comprueban su aserto. Adujo declaraciones extrajudicio recibidas ante Notario el 30 de agosto de 1993 de los testigos Fabio Alberto Castañeda García y Germán de Jesús Tangarife Guzmán, quienes declaran que para la fecha del fallecimiento del pensionado Carlos Aníbal Escobar Guzmán éste no llevaba vida marital con la demandante sino que convivía con otra mujer que era su compañera permanente (fls. 27 a 28).

"Pero además, el apoderado de la demandada, una vez cerrado el debate probatorio adujo copia simple o no autenticada del fallo dictado por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Medellín el día 18 de agosto de 1995 en el ordinario laboral de mayor cuantía (s/e) promovido por Martha Luz Escobar Saldarriaga contra la hoy demandada reclamando la sustitución de pensión del fallecido (fls. 149 a 150 vto.). También adujo fotocopia autenticada ante Notario de la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, Sala Octava, de 23 de enero de 1996 confirmando la sentencia del Juzgado 12, vale decir, condenando a la Caja a pagar a Martha Luz Escobar Saldarriaga la pensión de sobrevivientes desde el 6 de mayo de 1993 y "de manera vitalicia por considerarla beneficiaria de la pensión de jubilación que tenía el causante; aunque fijando el monto de la pensión en \$249.107.80 mensuales y sin perjuicio de los incrementos de ley (fls. 145 a 148).

"Junto con ese fallo de segunda instancia se allegó también copia autenticada ante Notario Público de la Resolución N° 082 dictada por la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero reconociendo una sustitución pensional, advirtiendo en sus considerandos que la dicta en acatamiento del fallo. En su parte resolutive dice textualmente: Sustituir y ordenar el pago conforme a los considerandos de esta providencia la pensión de jubilación de Anibal Escobar Guzmán, en favor de Martha Luz Escobar Saldarriaga, mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía N° 32.431.956 expedida en Medellín Antioquia, a partir del 06 de mayo de 1993, por la suma de doscientos cuarenta y nueve mil ciento sesenta pesos con 80/100 mte (\$247.107.80), mensuales, según sentencia del Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín y del Tribunal Superior, Sala Octava de Decisión Laboral en sentencia del 18 de agosto de 1995 y 23 de enero 1996 respectivamente" (fls. 144).

"Estas dos últimas pruebas (la sentencia de segunda instancia y la Resolución de la Caja) ha debido ser decretadas oficiosamente por el juzgador de primera instancia en aplicación del principio inquisitivo y en búsqueda de la verdad, pero como no lo hizo y la Sala considera necesarias para decidir la apelación (art. 83 del C.P.L.), de oficio ordena tenerlas como tales, sin que esto implique finalidad distinta a la de buscar la verdad en la recta administración de justicia.

"Es importante destacar que según resalta la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, a instancia de la demandante (Martha Luz Escobar Saldarriaga) se vincula como codemandada a la señora Tullia Alicia Delgado, quien en su intervención procesal inicial propuso las excepciones previas de ineptitud de la demanda y falta de competencia, las que fueron consideradas inócuas; criterio judicial que no fuera conocido por la segunda instancia porque el recurso de apelación propuesto carecía de la correspondiente fundamentación oportuna (fls. 145 vto.). Significa esto que la hoy demandante Tullia Alicia Delgado de Escobar sabía del proceso laboral adelantado por la compañera permanente de quien fuera su esposo, al cual fue citada y que concluyó reconociéndole la sustitución de

pensión. Sin embargo, promovió litigio para obtener una sustitución pensional que debía saber como parte en el juicio le había sido reconocida a María Luz Escobar Saldarriaga.

"Pues bien, si se examina la demanda presentada por Tulia Alicia Delgado (fls. 11 a 14) y los considerandos de la sentencia del mencionado Tribunal, a falta de la demanda completa de Martha Luz Escobar Saldarriaga respecto de la cual aquella fue litis-consorte, sin mayor esfuerzo se evidencia que tiene identidad de objeto e identidad de causa, como también identidad de partes subjetivamente consideradas, especialmente la integrada por las dos reclamantes de la sustitución. Se configura o tipifica en el presente caso el fenómeno de la cosa juzgada que regula el Art. 332 del C.P. C. y que garantiza la intangibilidad de la sentencia dictada en el primer proceso e impide la decisión de mérito en uno nuevo. Se da la presencia de una excepción perentoria toda vez que la Sala debe reconocer y declarar oficiosamente, con la consecuencia necesaria de que comporta la absolución de la demandada en el proceso promovido por Tulia Alicia Delgado. Se modificará en esta forma la sentencia apelada. Las costas de ambas instancias quedan a cargo de la parte demandante. (Art. 392 del CPC)".

EL RECURSO DE CASACIÓN

Lo interpuso la demandante. Pretende que la Corte case la sentencia del Tribunal y que, en instancia, revoque la del Juzgado y en su lugar acoga las pretensiones de la demanda inicial.

Con esa finalidad formula tres cargos a la sentencia del Tribunal, que fueron replicados.

Por cuestión de método se estudia el segundo cargo.

Acusa al Tribunal por violar directamente, en la modalidad de aplicación indebida, los artículos 32, 42, 48, 51, 54, 60, 61, 83 y 145 del CPT, en relación con los artículos 115, 116, 176, 177, 180, 183, 200, 254, 262, 298, 299, 305, 306, 331, 332 del CPC, 8° de la Ley 153 de 1887, 5 de la Ley 57 de 1887 y 4 y 29 de la Constitución Nacional, violación que originó la falta de aplicación de los artículos 467 y 468 del CST, 11, 17 literal b) y 36 de la Ley 6 de 1945, 1, 2, 3, 9, 10, 11, 18, 19, 26 ordinales 1, 3, 5, 6, 9 y 10, 27 ordinal 11, 35, 40, 43, 44, 46, 47, 48, 49, 50 y 52 del Decreto 2127 de 1945; 1 del Decreto 797 de 1949, 27 del Decreto 3135 de 1968, 74 del Decreto 1848 de 1969, 1 y 2 de la Ley 33 de 1973, 10 de la Ley 12 de 1975, 54 del Decreto 1045 de 1978, 1 de la Ley 44 de 1980, 1 de la Ley 113 de 1985, 10 de la Ley 71 de 1988, 7 y 11 del Decreto 1160 de 1989.

Transcribe un aparte de la sentencia del Tribunal y en seguida dice que el fallador, en uso de las facultades consagradas por el artículo 83 del CPL decretó de oficio unas pruebas, dando esa orden en la audiencia de juzgamiento.

Transcribe también el artículo 83 citado y a continuación afirma:

"Dicen las normas transcritas que cuando en la primera instancia y sin culpa de la parte interesada se hubiera dejado de practicar pruebas, el Tribunal puede, a petición de parte, ordenar su práctica en la primera audiencia o, de oficio, en la misma audiencia decretar y practicar las que considere necesarias para la decisión; que no siendo posible practicarlas en esa primera audiencia, citará a una nueva audiencia para el efecto. ¿Y cuál es la primera audiencia?: Según las voces del artículo 82 *ibidem*, es la llamada audiencia de trámite, puesto que agotada ésta, la segunda sería la de juzgamiento.

"A juicio de la censura, la intención del Legislador al señalar la primera audiencia como única oportunidad para ordenar la práctica de estas pruebas, no es otra que permitir a la parte contraria su contradicción a fin de salvaguardar su derecho de defensa, de una parte y por otra, desarrollar el principio constitucional del debido proceso (art. 29), fuera del cual lo actuado es nulo.

"Ocurro, empero, que en el caso de autos el *ad quem* aplicó equivocadamente el texto legal, pues decretó la prueba dentro de la audiencia de juzgamiento, en contravía del mandato del citado artículo 83 que lo faculta para hacerlo únicamente en la audiencia de trámite".

A este preciso respecto el recurrente cita y transcribe un aparte de la jurisprudencia contenida en la sentencia de la extinguida Sección Segunda de la Sala Laboral de la Corte del 10 de mayo de 1991; y concluye el cargo diciendo que resulta evidente la violación de la ley procesal, por aplicación indebida, y la consecuencial falta de aplicación de las normas sustanciales singularizadas en el enunciado del cargo, que establecen en favor de la viuda el derecho a sustituirse en la pensión de jubilación del pensionado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

*El trámite de la segunda instancia por la apelación o consulta de sentencias establecido por los artículos 82 a 84 del CPL, fue confeccionado de manera sencilla por el legislador. Corresponde al magistrado sustanciador señalar fecha y hora para la práctica de una audiencia de trámite especialmente destinada a escuchar las alegaciones de las partes respecto de la sentencia de la primera instancia y excepcionalmente puede estar orientada a cumplir una función probatoria, para cuyo efecto puede el Tribunal, en los específicos casos del artículo 83 *ibidem*, ordenar y practicar pruebas, y en la situación regulada por el artículo 84, disponer la incorporación de las peticiones en tiempo en la primera instancia que hubieren sido practicadas o agregadas inoportunamente.*

*En la misma audiencia de trámite debe el Tribunal citar a las partes para la audiencia de juzgamiento (artículo 82 *ibidem*), actuación con la cual concluye, en principio, cualquier posibilidad probatoria que pudieran desplegar las partes o desarrollar el Tribunal en su actividad oficiosa, salvo cuando al enfrentar la decisión de fondo, éste encuentre falencias e insufi-*

ciencias probatorias que le impidan llegar a la verdad real, pues entonces podrá regresar a la etapa procesal que le permita completar el conjunto probatorio con el cual pueda dictar la sentencia correspondiente.

En todo caso, agotada la oportunidad probatoria, el órgano jurisdiccional entra a cumplir su función de revisión de la legalidad de la sentencia de primera instancia. Con lo anterior, no solo se guarda el orden del proceso sino que, especialmente, se evitan decisiones sorpresivas, lo que se traduce en garantía del derecho de defensa, de estirpe constitucional.

En esas condiciones, es claro que el Tribunal Superior en este juicio infringió por aplicación indebida la norma procesal acusada por la censura y a través de ella las sustanciales, pues, contrariando el trámite previsto por el legislador para la tramitación de la segunda instancia, decidió tener como pruebas de oficio en la sentencia unos documentos; e impidió la materialización de los principios de contradicción y publicidad, cuyo cumplimiento es obligatorio como lo ha señalado reiteradamente esta Sala, concretamente en la sentencia de Octubre 28/97 Rad.: 9983 en la que señaló lo siguiente:

"Respecto de la excepcional posibilidad de ordenar y practicar pruebas en la segunda instancia, el precepto mencionado distingue claramente dos hipótesis: que la orden provenga como consecuencia de solicitud de una de las partes, caso en el cual ésta debe formular la petición en la audiencia de trámite respectiva y sujetarse a los demás presupuestos de la norma; o que se origine en la facultad oficiosa del juzgador, eventualidad ésta en la que dicha potestad no está circunscrita a ese momento, toda vez que perfectamente puede ocurrir, que no obstante haberse señalado fecha para audiencia de juzgamiento, del examen detallado del plenario surja imperioso pronunciarse sobre uno de los extremos fundamentales del proceso o esclarecer un determinado punto oscuro de la litis.

Es que no puede divorciarse el citado artículo 83 del CPL, del 54 *ibidem*, pues la lógica hermenéutica y los designios de los juicios del trabajo imponen un entendimiento armónico de ambos en aras del "Indispensable esclarecimiento de los hechos controvertidos", que es el sendero correcto para llegar a la verdad real y a la prevalencia del derecho sustancial, postulado esencial pregonado en el texto 228 supralegal y desarrollado en diversos preceptos procesales, entre otros, el artículo 1º del C.P.C., ya que ciertamente el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos en la ley sustancial, lo cual no comporta en manera alguna la abolición de las formalidades procesales conformantes del debido proceso - igualmente tutelado constitucional y legalmente - sino la proscripción del rigorismo excesivo, con mayor razón cuando -como ocurre en el sub lite- la incuestionable facultad del sentenciador de segundo grado para decretar pruebas de oficio no se halla limitada al instante pretendido por el impugnante, pues se extiende a cualquier momento anterior a la sentencia.

Y ello no es exclusivo del proceso laboral, como que también así está prescrito por el artículo 180 del CPC, según el cual "podrán decretarse prue-

bas de oficio en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes y posteriormente, antes de fallar".

Empero, debe reiterarse que la dicha posibilidad de pruebas en segunda instancia, aun ex oficio, no es la regla general sino la excepción, y de ella no se puede hacer uso con el propósito de enderezarle el camino a una de las partes, sino para cumplir con los objetivos atrás indicados, de modo que será válido su ejercicio si a juicio del sentenciador fuere indispensable emplear ese mecanismo para resolver el fondo del asunto debatido y siempre y cuando se acuten los principios de publicidad y contradicción de la prueba, pues de lo contrario sí se estaría frente a una violación del debido proceso laboral."

En esas condiciones el cargo prospera y por tanto opera la casación de la sentencia acusada, lo cual lleva a esta Sala a asumir las funciones de Tribunal de instancia.

Para adelantar la actuación correspondiente, se considera necesario

"para el completo esclarecimiento de los hechos controvertidos" (art. 54 CPT) disponer de oficio "para mejor proveer" (art. 81 D. 528/64), la práctica de pruebas que conduzcan a tales objetivos y por ello ordenará oficiar a la demandada, al Juzgado Decan. Laboral del Circuito de Medellín y al Tribunal Superior del mismo Distrito para que remitan los documentos que se precisan en la parte resolutive de este provido.

Sin costas en el recurso extraordinario.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, dictada el 29 de enero de 1999 en el juicio ordinario laboral que promovió Tullia Alicia Delgado de Escobar contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

En sede de instancia y para mejor proveer se decretan como pruebas las siguientes:

1.- Copia auténtica de la sentencia dictada por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Medellín el 18 de Agosto de 1995, dentro del proceso ordinario adelantado por Martha Luz Escobar Saldarriaga contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. Oficiése.

2.- Copia auténtica de la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito de Medellín el 23 de Enero de 1996 dentro del señalado proceso. Oficiése.

3.- Copia auténtica de la Resolución No. 082 de la Vicepresidencia de Recursos Humanos de la demandada por la cual se reconoció la sustitución penstional del señor Carlos Aníbal Escobar Guzmán. Oficiése.

No hay costas en casación y sobre las que generan las instancias se resolverá en oportunidad.

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

Germán G. Valdés Sánchez, Francisco Escobar Henríquez, José Roberto Herrera Vergara, Carlos Isaac Náder, Rafael Méndez Arango, Luis Gonzalo Toro Correa, Fernando Vásquez Bolero.

Laura Margarita Manotas González, Secretaria

VIA DIRECTA

INDEMNIZACION MORATORIA

JORNADA DE TRABAJO PARA EMPRESAS CON 48 HORAS SEMANALES

EMPRESAS CON MAS DE 50 TRABAJADORES

Características y exigencias de la Ley 50 de 1990

DESCANSOS DESCONTABLES

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral. - Santa Fe de Bogotá, D.C., nueve (9) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Radicación No. 12714

Acta No. 44

Magistrado Ponente: *Germán G. Valdés Sánchez*.

Resuelve la Corte el recurso de casación que interpuso Piedad Cosme Mera contra la sentencia del Tribunal de Popayán, dictada el 26 de febrero de 1999 en el juicio ordinario laboral que promovió la recurrente contra Carvajal S.A. y Manufacturas Colombianas Popayán S.A., Mancol S.A..

ANTECEDENTES

Piedad Cosme Mera demandó a Carvajal S.A. y su subsidiaria Manufacturas Colombianas Popayán S.A., Mancol S.A. para que se declare que la renuncia suscrita por ella no fue voluntaria sino el resultado de políticas de la empresa demandada tendientes a no incorporar a las obreras al régimen de cesantías de la Ley 50 de 1990 y a reducir la nómina de obreros con mas de 20 años de servicios para indemnizarlos, y para que se condene a las demandadas a pagar la remuneración de 8 horas mensuales adicionales de los 3 últimos años anteriores al retiro (art. 21 Ley 50/90), indemnización por despido indirecto conforme a la Ley 50 de 1990, indemnización moratoria y perjuicios morales (primera de trámite).

Para fundamentar las pretensiones afirmó que inició labores mediante contrato a término indefinido el 11 de marzo de 1974 con un horario de lunes a viernes de 7.30 a.m. a 12 m. y de 1.45 p.m. a 6 p.m. y los días sábados de 7.30 a.m. a 11.45 a.m. hasta el 17 de diciembre de 1994; que desarrolló sus labores con una última remuneración de \$144.400; que a raíz de la asamblea realizada en la factoría Mancol Popayán S.A. se infor-

mó sobre un desfase existente que obligaba el retiro de 200 operarios de Popayán, Santander de Quilichao y Roldanillo por la falta de mercado y el alto costo de la mano de obra caucana; que esa circunstancia se traducía en pérdidas para la empresa, ante lo cual se tuvo que mantener el mismo salario por dos años y exigir que el personal incrementara su trabajo ante la posibilidad del cierre de la factoría; que las empresas demandadas promovieron la propuesta de retiro para quienes presentarían renuncia antes del 30 de noviembre de 1991, para lo cual informó sobre la liquidación, lo que indica que había determinado el retiro y sólo necesitaba la renuncia para la propuesta de retiro voluntario; que durante los últimos meses de labores se impuso a los trabajadores mayor volumen de trabajo, calidad, productividad y rendimiento, se terminaron los permisos y citas médicas y se ejerció presión psicológica con el anuncio de quiebra; que la demandante se acogió a la propuesta de retiro y se vio precisada a presentar renuncia bajo los términos que exigía la empresa; que se le entregó una bonificación de \$4.753.178 siendo que la indemnización que le corresponde conforme a la Ley 50 de 1990 es de aproximadamente \$11.215.512; que a la demandante le asiste el derecho de reclamar la remuneración de 8 horas mensuales adicionales de los últimos tres años anteriores al retiro, a la indemnización por despido indirecto y a la indemnización moratoria.

Las demandadas se opusieron a las pretensiones e invocaron las excepciones de pago, prescripción e inexistencia de las obligaciones.

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Santander de Quilichao, mediante sentencia del 22 de septiembre de 1998, declaró probas las excepciones y negó las pretensiones de la demanda.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Apeló la parte demandante y el Tribunal de Popayán, en la sentencia aquí impugnada, confirmó la del Juzgado.

Advirtió el Tribunal que la declaración inicial de la demanda del juicio contiene una contradicción al pretender que la justicia decida sobre la renuncia colectiva de una sola persona, la demandante. Estimó que el documento del folio 42 demuestra sin lugar a dudas que la demandante prescribió renuncia voluntaria de su cargo; tuvo por demostrado que esa renuncia fue aceptada; y en seguida dice que tanto que artículo 61 del CST (modificado en 1965) como el artículo 5° de la Ley 50 de 1990 consagran el mutuo consentimiento como causal de terminación del contrato de trabajo.

Después anotó:

"A pesar de los argumentos de la demandante acerca de que hubo presiones indebidas para que presentara esa renuncia, la verdad incuestionable es que no hay ninguna prueba concluyente acerca de que la empresa hubiera obtenido de ella un consentimiento forzado, que dicte

lugar a un vicio del consentimiento. Entre otras razones porque muchas otras empleadas recibieron igual ofrecimiento de retirarse voluntariamente de la empresa previa una indemnización que les fue pagada, del mismo modo que se hizo con la señora Piedad Cosme Mera".

EL RECURSO DE CASACIÓN

Lo interpuso la demandante. Pretende que la Corte case la sentencia del Tribunal y que declare la renuncia no voluntaria sino el resultado de unas políticas de la empresa tendientes a no incorporar a las obreras al régimen de cesantías de la Ley 50 de 1990, reducir la nómina de las obreras con más de veinte (20) años de servicios, acogiendo a la propuesta de retiro; y para que se condene a la empresa a pagar la remuneración de ocho (8) horas mensuales adicionales de los tres (3) últimos años anteriores al retiro, indemnización por despido indirecto (injusto) conforme a la Ley 50 de 1990, indemnización moratoria, indemnización por daño moral, cualquier otra prestación social que resulte probada dentro del proceso y las costas.

Con esa finalidad presenta siete cargos contra la sentencia del Tribunal, que fueron replicados.

En virtud de las normas sobre descongestión judicial se estudian conjuntamente los tres primeros cargos, por referirse a una misma materia.

Primer cargo.

Acusa al Tribunal por violar directamente el art. 5 numeral 1 literal b de la Ley 50 de 1990 que sustituyó el 61 del CST modificado por el Decreto 2351 de 1965.

Para la sustentación comienza por transcribir la norma acusada y apartes de las sentencias de instancia y en seguida dice:

"En el caso que nos ocupa no hubo diálogo, ni concertación, ni acuerdo entre la reclamante y las empresas en cuanto al valor de la bonificación, ni en cuanto a las variables y a las fórmulas utilizadas para estimar la cantidad de dinero ofrecida e incluso la reclamante no supo, ni el mismo Harold Burbano Administrador de la factoría pudo explicar la forma como se liquidó la bonificación, ya que fue una imposición de la Empresa bajo la amenaza física, mental y moral de acabar la factoría y la conveniencia de recibir algo a quedarse sin nada. Intimidación que tuvo éxito frente a la recurrente que finalmente entregó su renuncia conforme al texto que se les exigía a cambio de una ínfima bonificación.

"El art. 5 de la Ley 50 de 1990 reformativo del art. 61 del C.S.T. establece que la terminación del contrato puede hacerse entre otras circunstancias por el mutuo consentimiento del trabajador, como sería el caso que nos ocupa de Piedad Cosme Mera, cuando acepta la propuesta de retiro de la Empresa Carvajal y/o Mancol Popayan S.A., para cuya condición se exigía la renuncia conforme a los intereses de la Empresa.

"Las partes no son libres para simular causas o motivos de extinción del contrato. Dentro de un régimen de derecho, estarán normalmente sometidas a los (sic) que la ley haya establecido o autorizado como propios del oficio, pero, por sobre todo, es necesario aclarar que la ley quiere vincular personal y patrimonialmente al empleador, al acto de la extinción y a la causa que ha dicho justificarla. A partir de este momento tendrá que afrontar las consecuencias de su acto por manera que en un juicio, bien sea promovido por el trabajador, o por el propio empleador, para esclarecer lo relativo a la extinción del vínculo, y donde la causa alegada ab initio no hubiere encontrado demostración plena, tendrá que asumir la consiguiente responsabilidad cubriendo el valor de los perjuicios materiales y morales derivados de los daños que haya causado al trabajador con la ruptura.

"Precisamente, para asegurar esta finalidad, el texto que se acaba de citar impide modificar o alegar posteriormente la causa o el motivo que se alegó en un principio. Si así no fuera, el sistema de causar expresamente para terminar el contrato carecería de fundamento y de importancia en la legislación, y de otra parte, no habría ruptura, por ilegal y abusiva que fuese, que no hallara a la postre una justificación por el empleador, si se le permitiera alegar o presentar judicialmente aquellas que considerara posible demostrar y todas las veces en que la primitivamente alegada fuera falsa, o no pudiera probarla, o no estuviese erigida en causa suficiente para la ruptura demandada".

En seguida se refiere a las causas legales de terminación del vínculo laboral de la Ley 50 de 1990 y al respecto dice:

"Del texto del art. 61 del Código, norma que establece las causas generales de "terminación del contrato", hay indudablemente unas que dependen de la voluntad de los contratantes, y otras que se producen siempre independientemente de la misma. Dentro del primer grupo citamos las contempladas en los literales b, c, d y h, y parcialmente las de los literales e y f dentro del segundo, la comprendida en los literales a y g. Veámoslo:

"Puede afirmarse que aquí (literal C), como en muchos aspectos de la legislación laboral, campea el principio de que los particulares pueden hacer todo aquello que no les está expresamente prohibido por la ley. En efecto, ningún principio se opone a que empleador y trabajador, de común acuerdo, le pongan fin a un contrato, cualesquiera que sean sus modalidades. Si la mutua conveniencia lleva a las partes a desligarse, pueden hacerlo sin quebrantar ningún precepto.

"Por lo mismo para que este acto de voluntad mutua sea válido, debe estar precedido y rodeado de libertad y espontaneidad completas, al punto que de él no puede decirse y demostrarse que fue un acto inducido o forzado intencionalmente por una de las partes para provocar la ruptura del contrato, pues si así fuera, dejaría de ser una terminación por mutuo consentimiento para asumir las características de la violación del con-

trato por alguno de los contratantes. Sólo que a la luz de nuestra legislación procesal, quien invocara este hecho como causa de la violación, estaría en la obligación de demostrarlo.

"De la Cueva, al examinar este punto, que en iguales términos existe en la legislación mejicana de trabajo, y citar como respaldo la sentencia de la Corte Suprema, en Sala de Trabajo, de 4 de febrero de 1942 se expresa así:

"La aplicación de este principio ha presentado ciertas dificultades, pues con frecuencia obtienen los empleadores una constancia de la que aparece que, por mutuo consentimiento, se da por terminado el contrato, constancia que, en realidad, sirve para encubrir un despido injustificado. Estas estancias no tienen un valor absoluto y siempre será posible alegar algún vicio de consentimiento para obtener su nulidad, será al trabajador a quien toque la prueba de la afirmación".

"Es el anterior fenómeno jurídico conocido con el nombre de resciliación del contrato. En algunas ocasiones se ha observado que el acto de terminación consensual, que originariamente no da derecho a indemnizaciones a cargo de ninguna de las partes, se sucede un acuerdo monetario, o un acto unilateral del empleador, por el cual da al trabajador una determinada suma de dinero.

"Por haber considerado algunos que tal hecho despoja al acato (sic) de su carácter voluntario y lo convierte en una destitución o renuncia forzada, la corte Suprema, Sala Laboral, en sentencia de 21 de junio de 1962, se expresó en los términos siguientes que vienen a complementar todo el enfoque de la terminación del contrato por mutuo consentimiento (la transcribe).

"Sólo restaría agregar que para los efectos del entendimiento del precepto, a que se refiere la doctrina anterior, tanto da que sea el empresario el que toma la iniciativa del reconocimiento, como el trabajador el que solicita alguno, porque la nota dominante del acto jurídico es que las dos voluntades se hayan acordado en ponerle término a una relación laboral, que como se dijo, todavía no debía terminar".

Repite argumentos ya presentados sobre el autor citado y sobre la rescisión del contrato, recuerda los principios contenidos en los artículos 1, 13 y 14 del CST, precisa el derecho que tiene por concepto de la indemnización por despido para poner de manifiesto que la bonificación recibida fue irrita y luego se refiere a las maniobras que utilizó la demandada para obtener la renuncia del empleado.

El cargo se refiere en seguida a la sentencia de la primera instancia, que critica, transcribe un aparte de jurisprudencia de la Corte y finalmente concluye con esta argumentación:

"Lo anterior quiere decir que la autonomía de la voluntad de las partes para romper el contrato de trabajo frente a la oferta del patrono y la

aceptación del obrero porque la encuentra conveniente para sus intereses, hacen que no haya base para sostener que dicho contrato de trabajo fue roto unilateralmente por el oferente y hubo una víctima que debe ser indemnizada".

Después de hacer una referencia a los principios generales del derecho del trabajo y a la forma como se liquidó la bonificación por retiro y a lo que vale la indemnización por despido, dijo:

"Descartado está que sin diálogo, acuerdo o concertación entre la que-rellante y las empresas, es inaceptable pensar que tiene valor legal la aceptación de la propuesta de retiro bajo la presión, la intimidación física, el chantaje mental y moral a que fue sometida Piedad Cosme Mera y el resto de compañeros de trabajo de Carvajal S. A. y Mancol Popayan S.A. y bajo tales parámetros le asiste el derecho que su conflicto laboral se resuelva conforme a la legislación anterior amparada en el párrafo transitorio del ordinal 4 del art. 6 de la Ley 50 de 1990 y no bajo las normas y el espíritu de la autonomía de la voluntad de la Ley 50 de 1990".

Segundo Cargo

Acusa la sentencia del Tribunal por violar directamente el párrafo transitorio del ordinal 4 del artículo 6 de la Ley 50 de 1990 que modificó el 264 del CST, modificado por el 8° del Decreto 2351 de 1965, "por falta de aplicación al ignorar la norma sustancial por la rebeldía del fallador contra su imperativa obligación de aplicarla".

Aquí la recurrente transcribe la norma acusada y dice:

"El neoliberalismo con la aplicación a ultranza de una fementida autonomía de la voluntad persigue que las condiciones y consecuencias jurídicas de la relación laboral sean exclusivamente las pactadas entre el empleador y el respectivo trabajador.

"En una imposición especialmente fáctica porque la temporalidad implica que si el trabajador invoca alguna garantía legal o sindical negada por el empleador la solución será la no prórroga del contrato de trabajo.

"En estas condiciones ni siquiera el mínimo legal tiene que ser respetado en extensa serie de labores en la ciudad y en el campo porque la respuesta siempre será la sanción de no continuidad de la relación laboral, sin que se genere sanción alguna contra el empleador, ni resarcimiento de perjuicios para el trabajador.

"Pero ese regreso a la autonomía de la voluntad es sesgado porque se consagra como principio a casi todo nivel para eliminar la intervención del Estado al máximo, pero se niega para la parte básica y sobre lo que siempre pesan los derechos individuales, para el ingreso a organizaciones sindicales.

"No es por ello cierto, que la autonomía de la voluntad jurídicamente haya recuperado el papel que tenía en las postrimerías del siglo XIX, sino

que por las vías de los hechos se trata de anular la autonomía de un trabajador para ejercer el derecho a la sindicación.

"La actuación del Estado se mueve dentro de estos términos neoliberales, máxime cuando las políticas de crear millones de empleos se basan fundamentalmente en otorgar las máximas garantías al capital y la promoción del trabajo asociativo "una variante entre la rigidez de la relación laboral regulada por el Código Sustantivo del Trabajo y el trabajo independiente" con la característica que el asociado corre con el riesgo la inversión.

"Pero quizás sea el último elemento descrito el que más acusa la desaparición del proteccionismo, porque en definitiva se trata de hacer partícipe al trabajador del riesgo que corre el capital, sin que a este se le atribuya ninguna función social.

"La discusión sobre la crisis del proteccionismo en el derecho laboral crea entre los defensores de esta rama grandes reparos e inquietudes porque los mínimos legales son absolutamente necesarios para que las grandes masas de trabajadores desprotegidos tengan cierto nivel de vida.

"Claro que este tema ya fue tratado con anterioridad cuando Mario de la Cueva se salió de las filas proteccionistas y en el 'Nuevo Derecho' pregonó que la parte colectiva de trabajo no fue una concesión de la oligarquía sino una victoria de la fuerza de los trabajadores. Para prueba y otros el derecho laboral es proteccionista.

"Los anteriores razonamientos de orden jurídico y legal atemperados a los presupuestos fácticos de Piedad Cosme Mera quien entra a laboral a la Empresa Carvajal el 11 de Marzo de 1974 y que a 1° de Enero de 1991 contaba con 18 años, 9 meses, 20 días de labores, es decir cumple con el primer requisito del parágrafo transitorio del art. 4 de la Ley 50 de 1990 por una parte y por la otra se encontraba protegida por el régimen anterior ya que no existe prueba ni verbal, ni escrita por parte de mi procurador de expresar su voluntad de cambiarse de régimen, que se puede evidenciar claramente cuando al momento de liquidarle sus prestaciones lo hizo la Empresa ya que no se encontraban en ninguna de las compañías creadas para manejar los fondos de cesantías como Crecer, El Porvenir, etc., siendo que su liquidación se presenta en el año 1994, cuatro años luego de haberse dado la Ley 50 de 1990.

"Cumplidos los presupuestos fácticos del parágrafo transitorio a que nos venimos refiriendo, mi procurador Piedad Cosme Mera le asiste el derecho a que su controversia se resuelva por la legislación anterior. Quiere decir lo anterior que se encuentra amparado

con la tesis proteccionista que rigió como una tutela superior sobre los trabajadores para entregarles algunos derechos que no son negociables, ni muchos transables y por ende no opera el principio de la autonomía de la voluntad en materia laboral.

"Si la autonomía de la voluntad opera para solucionar el conflicto laboral planteado por mi protegido, si no la legislación anterior, carece de valor legal la oferta de retiro propuesta, impuesta y forzada de las Empresas a cambio de la renuncia atemperada al texto presentado, conformándose un despido indirecto, en donde se atropellarian los derechos de la indemnización de los cuarenta y cinco (45) días por el primer año y cuarenta (40) días adicionales a los primeros cuarenta y cinco (45) días para los años subsiguientes, por ser su vinculación a la Empresa superior a los diez (10) años".

Tercer Cargo

Acusa al Tribunal por violar directamente el artículo 6 numeral 4 literal d de la Ley 50 de 1990, por falta de aplicación, lo cual lo condujo a aplicar indebidamente el artículo 5 de la Ley 90 (sic), numeral 1 literal b) que reformó el 61 del CST, modificado por el 6 del Decreto 2351 de 1965 "al dar por terminado el contrato por mutuo acuerdo, cuando existía en realidad despido indirecto".

Transcribe la norma acusada y en seguida dice:

"Modifica al artículo 64 del C.S.T. y el art. 8 del Dcto. Ley 2351 de 1965, que establecían las formas de liquidar las indemnizaciones por despido injusto de acuerdo con la modalidad del contrato de trabajo celebrado, concedía la acción de reintegro para los trabajadores con "vocación jubilatoria" (10 años o más de servicios) o la indemnización ordinaria de perjuicios si el juez consideraba incompatible el reintegro o cuando el trabajador dejaba prescribir la acción de reintegro o simplemente no deseaba el reintegro y no la ejercía oportunamente.

"Los anteriores aspectos son dejados exactos a la forma como venían antes de la Reforma a excepción del Régimen anterior cuando un trabajador, con contrato a término indefinido llegara a los diez (10) años de servicio.

"En efecto, la Ley 50 de 1990, derogó la legislación anterior para todos los trabajadores que el 1° de Enero de 1991 tuvieran menos de diez (10) años en una misma empresa o comenzaran a trabajar por primera vez después de esa fecha; desaparece para ellos la acción de reintegro concediéndoseles a cambio de ella y a partir del décimo año de servicios una indemnización de 40 días de salario por cada año de servicios sin perjuicio de los 45 días de salario correspondientes al primer año.

"Se considera que en este aspecto la reforma disminuirá considerablemente los despidos de trabajadores al acercarse a los 10 años de servicios, lo cual se había convertido en un vicio muy intensificado durante los años anteriores a la reforma con el fin de evitar la pensión sanción de jubilación. Sin embargo, se anota desde ya, que la Ley 50 de 1990 no acabó con la pensión sanción de jubilación, como erróneamente se ha dicho.

"La acción de reintegro y la indemnización ordinaria de perjuicios de 30 días de salario por cada año de servicios sin perjuicio de los 45 días de salario correspondientes al primer año, se mantiene para los trabajadores que antes del 1° de Enero de 1991 ya hubiesen cumplido 10 o más años de servicios, pero la Reforma al crear nuevas condiciones, más favorables en cuanto se refiere a la indemnización ordinaria de los 40 días de salario para los trabajadores que tuvieran menos de 10 años en la fecha en que comenzó a regir, permite igualmente a los trabajadores antiguos (con más de 10 años el 1° de Enero de 1991) acogerse al nuevo régimen, renunciando al anterior o a la acción de reintegro, lo que en realidad crea la Ley 50 de 1990 es un sistema que estimule la negociación de la acción de reintegro a cambio de una indemnización más alta, 85 días de salario por cada año de servicios, diez (10) más que en Régimen anterior.

"El art. 6 de la Ley 50 que hemos venido comentando, deja idénticas las indemnizaciones anteriores en los (sic) que atañe a contratos a términos fijo o por obra o labor determinada al igual que las correspondientes a los contratos a término indefinido hasta antes de cumplir el trabajador los diez años de servicios, o sea que en este sentido las liquidaciones seguirán haciéndose en la forma tradicional excepto al llegar a los diez años de servicios, los trabajadores que no lo hubieren cumplido antes del 1° de Enero de 1991.

"No podría terminar de comentar este artículo sin decir antes de que al no mencionarse en su texto las antiguas limitaciones a la cuantía de las indemnizaciones por razón del capital de la empresa o empleador es forzoso entender derogadas dichas limitaciones y en consecuencia todo empleador que despidiera sin justa causa a un trabajador con contrato a término indefinido tendría que pagar el 100% de las indemnizaciones previstas en el art. 6 de la Ley 50 de 1990 incorporado al art. 64 del C.S.T y al 8 del Dcto. 2351 de 1965, excepto cuando se trate de despidos colectivos autorizados por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a empresas con patrimonio líquido gravable inferior a 1000 salarios mínimos mensuales de conformidad con lo establecido en el numeral 6 del Art. 67 de la ley que se comenta, en donde sí se establecen limitaciones al valor de las indemnizaciones por despido injusto de acuerdo con el valor de su patrimonio.

"Al resolverle la situación laboral a la querellante con la legislación anterior y la vigencia del Art. 6 numeral 4 literal d de la Ley 50 de 1990, que aumenta el número de días a indemnizar cuando el trabajador ha laborado más de diez (10) años como es el caso de Piedad Cosme Mera se infringe la norma por violación directa por falla de aplicación, al no estimar el despido indirecto transgrediendo la legislación vigente para esta clase de situaciones laborales.

"Riñe con el derecho y con la justicia laboral y la equidad entre patrón y obrero de que sea válida una propuesta de recibir cuatro millones seiscientos treinta y siete mil ciento setenta y ocho pesos m.cte. (\$4.737.178) cuando en realidad la normas laborales y la Ley 50 de 1990

le conceden un derecho a ser indemnizada con la suma de trece millones cuatrocientos veintiseis mil ochocientos cuatro pesos M.CTE.(\$13.426.804).

"Se configura el despido indirecto y las consecuencias y las sanciones que conlleva dicha determinación para la Empresa que se aunan en las súplicas de la demanda y en la revocatoria de la sentencia que se censura, amén de que debe entrar a cancelarse las 16 horas extras mensuales laboradas en los tres (3) últimos años, más el daño moral sufrido por el reclamante Piedad Cosme Mera con el proceder arbitrado, doloso e ilegal que la Empresa hizo de la legislación laboral.

"La autonomía de la voluntad de las partes que recoge el "consentimiento", para la terminación unilateral del contrato de trabajo debe atemperarse a los principios rectores de la legislación laboral, como es la justicia en las relaciones que surjan entre patronos y obreros y garantizarle el mínimo de derechos a la clase asalariada del país, en razón a que dichas prerrogativas y derechos son ciertos, de orden público e irrenunciables. En consecuencia la oferta hecha por el patrono Mancol

Carvajal a la obrera Piedad Cosme Mera debió ser proporcional a lo que legalmente le correspondería en la indemnización de que hablamos en párrafos anteriores y no un "trato legalizado" de quitarle dos terceras partes de su indemnización y cancelare solamente una tercera a manera de bonificación.

"La simple aceptación de obrera Piedad Cosme Mera frente a la propuesta de la Empresa, se desnaturaliza en el plano laboral, cuando el Juzgado Primero Laboral del Circuito da como válido un convenio consentido por las partes para una terminación del contrato de trabajo y sin cuantificar lo que legalmente le correspondía a la demandante.

"En el caso que nos ocupa la autonomía de la voluntad en el campo laboral, por ser un derecho cierto, de orden público e irrenunciable frente a la indemnización por ser trabajadora con más de diez (10) años, debe respetarse su liquidación legal frente a las propuestas de la Empresa, que nos permitan determinar la legalidad, o ilegalidad de la misma para concluir si se trató de una resciliación por mutuo consenso o de un despido indirecto".

La censura repite en este cargo argumentaciones de los anteriores sobre el artículo 14 del CST, sobre la autonomía de la voluntad y en relación con el artículo 43 *ibidem*; adicionalmente, formula críticas a la sentencia del Tribunal que el propio cargo califica de formales.

Dice la oposición que los cargos adolecen de defectos de técnica que los hacen inestimables.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Ninguno de los tres cargos podía proponerse por la vía directa. Esta exige que el recurrente no discuta los supuestos de hecho que tuvo por de

mostrados el Tribunal. Ello es así puesto que la vía directa se da cuando el fallador transgrede frontalmente la ley sustancial, ya por instrucción directa, por aplicación indebida o por interpretación errónea, pero sin que al incurrir en una cualquiera de esas transgresiones desconozca o altere el sentido de las pruebas en términos tales que llegue a dar por demostrado un hecho que no está demostrado o que no se ha demostrado el que sí lo está.

Como puede advertirse, mientras que el sentenciador tuvo por demostrado que la demanda inicial del juicio planteó la indemnización por despido indirecto, y no la nulidad de la renuncia, y dedujo de esa apreciación suya que por haberse planteado un despido indirecto la demandante ha debido manifestar al momento de la desvinculación laboral la causa o motivo de su decisión, según exigencia del párrafo del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, el cargo se ocupa de otros temas, que, por importantes que sean, no son el soporte de la sentencia, que por fuerza tenía que atacar, toda vez que la decisión judicial está amparada por una presunción de legalidad y acierto, siendo carga procesal de quien recurre en casación, la necesidad de infirmarla si aspira a la quiebra del fallo que impugna.

Más aún, los cargos, formulados por la vía directa, como quedó dicho, proponen temas puramente probatorios relacionados con la ilegalidad de la determinación que llevó a la demandante a terminar su contrato y a aceptar una bonificación írrita. Pero esos temas probatorios son propios de la acusación indirecta de la ley, que impone el cumplimiento de exigencias especiales, como lo son la precisión de los supuestos errores manifiestos, el origen de los mismos y la demostración cabal del error.

De otro lado, también dijo el Tribunal que según la demandante su renuncia fue provocada por presiones del empleador, "en especial por la política de la empresa tendiente a "no incorporar a las obreras de Mancol Popayan S.A. al régimen de cesantías de la Ley 50 de 1980" y "reducir la nómina de los obreros (as) con más de veinte (20) años de servicio". Y textualmente agregó: "Estos motivos, además de no haber sido mencionados por ella en el momento de su renuncia, no se encuentran suficientemente probados ni siquiera con la prueba testimonial recaudada en el proceso. De modo que no pueden ser considerados como justa causa de terminación unilateral del contrato".

Por ser esa una conclusión fáctica y no puramente jurídica, los cargos no podían omitirla y en cambio presentar contra el fallo del Tribunal una supuesta violación directa de las normas jurídicas, pues tan evidente es el carácter probatorio de este otro soporte de la decisión que el Tribunal asentó que "En cambio, existe prueba fehaciente de que el contrato se extinguió por mutuo consentimiento de las partes contratantes de acuerdo con el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 5° de la Ley 50; prueba que está conformada por indicios serios y concordantes como son la renuncia pura y simple, aceptada por la entidad empleadora, a la que ha ido aparejada una bonificación acepta-

da a su vez por la trabajadora. Estos hechos están plenamente probados en el proceso, lo cual, de conformidad con el artículo 248 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en materia laboral según el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo, es requisito fundamental para que puedan ser considerados como indicios".

En consecuencia, estos tres cargos se desestiman.

Cuarto Cargo

Acusa al Tribunal por infracción directa del artículo 65 del CST y del numeral 1 del artículo 6 de la Ley 50 de 1990, "por falta de aplicación".

Transcribe las normas acusadas y afirma:

"El problema de la indemnización moratoria se refiere a las consecuencias que se prevén dentro de la ley, para cuando no se pagan oportunamente al trabajador las prestaciones sociales y los salarios que se han convenido, luego que termina el contrato de trabajo.

De este problema no se había ocupado nunca la legislación colombiana, hasta 1945; en realidad, la legislación había venido estableciendo garantías y prestaciones sociales, pero no se había pensado qué hacer cuando el contrato había terminado y al trabajador no se le pagaban esas prestaciones. La verdad es que durante mucho tiempo la legislación social fue letra muerta, porque a los empleadores les daba lo mismo pagar que no pagar, no había jurisdicción especial de trabajo, la entidades encargadas de conocer de los pleitos de trabajo eran los jueces ordinarios, y aquellos se convertían en juicios interminables y costosos. Se necesitó, pues, la acción del congreso y del gobierno en el año 45, para obligar a los empleadores a que empezaran a habituarse a pagar las acreencias laborales, pues no podía ser justo ni equitativo el que no solamente tuvieran la facultad de romper el contrato de trabajo cuando quisieran, sino, además, la de no pagar a los trabajadores, o la de pagar cuando querían y la cantidad que estimaran conveniente.

"En vista de tal situación, el art. 52 del Dcto. 2127 del año citado, estableció que el contrato de trabajo no se entendía terminado en ningún caso mientras no se pagara al trabajador el valor íntegro de los salarios, prestaciones o indemnizaciones que se le debiera en el momento de la ruptura ... (transcribe la norma citada y presenta unas cuentas sobre el valor de la indemnización moratoria)

"...

"Resumiendo la argumentación del cargo tenemos que al no haberse aplicado la legislación correspondiente, se produjo un despido injusto que generaba la correspondiente obligación de indemnizar. Como consecuencia aunque la empresa canceló las prestaciones se generó la obligación de pagar la indemnización moratoria al haberse configurado el despido señalado".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El artículo 65 del CST señala que el patrono incurre en la sanción moratoria que allí se regula cuando omite o retarda el pago de salarios y prestaciones sociales que considere deber. Con esto se quiere significar que, en tanto no aparezca la evidencia de que se ha incumplido ese deber legal en punto a salarios y prestaciones, resulta inapropiada la acusación directa de esa norma sustancial, pues, desde luego, se estará ante una cuestión de hecho que configura el supuesto de la aplicación de la ley.

El Tribunal realmente no hizo un específico estudio de la dicha sanción en la parte motiva de su sentencia, aunque confirmó la absolución del juez, de lo cual debe colegirse que ello se debió a que estimó que el empleador nada salía a deber a la trabajadora demandante.

Desde luego no es admisible la tesis que esboza el cargo con la cual pretende asimilar el alcance del artículo 65 del CST con el régimen legal de los trabajadores oficiales en orden a afirmar la vigencia del contrato de trabajo mientras se pagan salarios, prestaciones e indemnizaciones debidos a la terminación del contrato de trabajo.

Sobre el particular dice el cargo que "... al no haberse aplicado la legislación correspondiente, se produjo un despido injusto que generaba la correspondiente obligación de indemnizar. Como consecuencia aunque la empresa canceló las prestaciones se generó la obligación de pagar la indemnización moratoria al haberse configurado el despido señalado". Pero esa alegación es doblemente inconducente, primero, porque supone que la recurrente desvirtuó el soporte probatorio del fallo conforme al cual la renuncia al empleo fue válida; y segundo, porque el régimen aplicable, el del artículo 65 del CST, que no el del artículo 1° del Decreto 797 de 1949, no impone la sanción moratoria como una consecuencia de la falta de pago de la indemnización por despido.

Se desestima el cargo.

Quinto Cargo

Acusa infracción directa del artículo 21 de la Ley 50 de 1990 que adicionó el art. 161-1 del CST "por falta de aplicación".

Para la sustentación transcribe la norma acusada, formula un comentario sobre su alcance y sobre el de su norma reglamentaria, y en seguida dice:

"Se encuentra establecido plenamente que la empresa a la época del despido injusto y colectivo manejaba más de 300 operarias, como se desprende del número de personas que salieron para diciembre de 1994 y que nunca permitió a sus obreros disfrutar de las 2 horas semanales para recreación, cultura u otra actividad, por lo que a mi procurado le asiste pleno derecho de hacer la reclamación correspondiente a su reconocimiento de los últimos tres (3) años en que laboró, teniendo en cuenta que su sueldo base de liquidación era de ciento ochenta y cinco mil nove

cientos cuarente pesos m.cte. (\$185.914.00) nos daría un sueldo diario de seis mil ciento noventa y siete pesos con 13/100 m.cte (\$6.197.13) y el valor de la hora al día de seiscientos sesenta y cuatro pesos con 84/100 (\$ 774.64) para un total en tres (3) años de 288 horas, que nos arrojan un valor a reconocer a mi procurado doscientos veintitres mil noventa y seis pesos con 68/100 m.cte. (\$223.096.68).

"Por lo anteriormente expuesto, reitero mi solicitud de que se case la sentencia impugnada y que obrando esa Honorable Corporación en sede de instancia, revoque el fallo absolutorio de primera instancia, y resolver sobre el peticum de la demanda, condenando en costas además a las empresas demandadas".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Nada dijo el Tribunal sobre el derecho que regula el artículo 21 de la Ley 50 de 1990.

Sin embargo, el Juzgado del conocimiento decidió sobre el punto con base en la sentencia de esta Sala de la Corte dictada el 11 de septiembre de 1997 en el expediente 9947. De acuerdo con esa jurisprudencia, que en lo pertinente adelante se transcribe, no existe equivalencia entre el derecho regulado por la dicha norma y la remuneración del servicio, que es lo que pretende la demanda inicial del juicio. Por lo mismo, y a pesar de la omisión del Tribunal, a la demandante no le asiste el derecho a obtener el pago de una remuneración económica equivalente al salario para compensar el derecho al disfrute de las actividades que señala el artículo 21 de la Ley 50 de 1990.

En la sentencia dictada por esta Sala de la Corte del 11 de septiembre de 1997 se dijo:

"c) La figura creada por la Ley 50 de 1990 puede considerarse atípica dentro del marco tradicional de los derechos laborales en nuestra legislación, pues contempla unas actividades que son diferentes a las propias del servicio contratado pero deben ejecutarse dentro de los límites temporales de la jornada ordinaria.

"Por tal vía, si bien se desarrollan dentro de un tiempo remunerado, ello no les da carácter salarial pues no tienen vínculo directo con el trabajo desempeñado (lo que no implica que se afecte la base de liquidación de los diversos derechos laborales), ni puede incluirse dentro de las prestaciones sociales ni los descansos remunerados, no solo porque no se les califica expresamente de tales, sino porque no obedecen a los riesgos propios que tiende a cubrir la seguridad social ni corresponde a un tiempo de libre disposición del empleado, pues es el empleador, en principio, quien dispone la destinación de ese tiempo dentro de las opciones que prevé la ley.

"Puede tenerse como un mecanismo de crecimiento espiritual para el trabajador patrocinado por la ley en aras de facilitar elementos que individualmente no puede éste concretar y que le dan acceso a expresiones recreativas, deportivas, culturales, formativas, que complementen su estructuración

intelectual y su crecimiento personal. Por tal vía, se convierte en un medio para acercar al trabajador muchos elementos necesarios o útiles para el desarrollo personal, que en forma independiente no puede lograr".

Sexto Cargo

Acusa al Tribunal por interpretar erróneamente el artículo 64 del CST., reformado por el artículo 6 de la Ley 50 de 1990, modificado por el 8° del Decreto 2351 de 1965, numerales 1 y 2, "equivocada inteligencia que condujo a que dejara de aplicar los arts. 1, 19 y 21 del mismo código, 1494, 1604, 2341, 2342, 2347 y 2356 del C.C."

Después de transcribir las normas de la proposición jurídica afirma:

"La Sala Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de homologación de Noviembre 27 de 1996 radicada la causa No. 9399 y siendo ponente el Mg. Dr. Ramon Zuñiga Valverde, rectifica la interpretación según la cual en materia laboral no es procedente reclamar la indemnización que por los perjuicios morales hayan podido generarse por razón de la terminación del contrato de trabajo, porque si bien es claro que el art. 64 del C.S.T., tanto en su versión original, como en las modificaciones que a él se han introducido por virtud de lo dispuesto en el art. 8 del Dicto. 2351 de 1965 y de manera más reciente mediante el art. 6 de la Ley 50 de 1990, enuncia la regla según la cual 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, indemnización que comprende el lucro cesante y el daño emergente, de allí no se desprende la improcedencia de la condena por perjuicios morales, como pasa a explicarse.

"Es indudable que este enunciado legal permite considera (sic) que ciertamente la norma en cuestión únicamente se refiere a los perjuicios de orden material, ya que solo respecto de ellos cabe hablar de una reparación cuya indemnización comprende los conceptos de lucro cesante y daño emergente; pero de él no resulta que el legislador haya querido prohibir la posibilidad de obtener también la reparación de perjuicios morales, en caso de que ellos se ocasionen por la terminación del contrato, y así se prueba debidamente por quien ve menoscabado su patrimonio moral.

El cargo presenta una amplia exposición de la posibilidad jurídica de aplicar los perjuicios morales en materia laboral, para lo cual toma apoyo en jurisprudencia de la Sala Civil. Así mismo, presenta, con base en las sentencias de esa Sala del 27 de septiembre de 1974 y del 11 de febrero de 1978 la cuantía de los perjuicios que se le deben a la demandante.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De acuerdo con las condiciones particulares del juicio los perjuicios morales son una consecuencia de la supuesta violación de la ley en materia de terminación del contrato de trabajo. Dado por una parte que la

demanda de casación no infirma la conclusión del Tribunal sobre la legalidad de la extinción del vínculo, y por otra, que por esa misma causa, el Tribunal no tenía materia para referirse de manera particular a los perjuicios morales, el cargo no puede prosperar.

Septimo Cargo

Acusa al Tribunal por haber infringido indirectamente, al aplicar indebidamente los artículos 51, 53 y 58 del CPT en cuanto a la prueba de testigos y su tacha, el artículo 55 ibidem en cuanto a la inspección Judicial, los artículos 60 y 61 ib, en cuanto a la apreciación de la prueba por "homologar bonificación con indemnización", en cuanto "asimiló el mutuo consentimiento a la renuncia".

Dice que el Tribunal incurrió en estos errores de hecho:

"1. Dar por demostrado sin estarlo, que el contrato de trabajo existente entre Piedad Cosme Mera y Carvajal S.A. (Mancol Popayan S.A.), se terminó por mutuo acuerdo.

"2. Dar por demostrado sin estarlo, que la renuncia fue libre, voluntaria y espontánea, cuando en realidad la empresa Carvajal S.A. y su subsidiada Manufacturas Colombianas Popayan S.A. (Mancol Popayan S.A.), la exigió para acogerse a la propuesta de retiro.

"3. Dar por demostrado sin estarlo, que el demandante Piedad Cosme Mera recibió indemnización por despido injusto cuando en realidad se le dio una írrita bonificación.

"4. Dar por demostrado sin estarlo, que Piedad Cosme Mera, en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes conforme a la Ley 50 de 1990 aceptaba válidamente la oferta contenida en la propuesta de retiro para presentar la renuncia, cuando al estar vinculada a la Empresa con mas de 10 años a 1 de Enero de 1991 indicaba que se encontraba amparado por la legislación anterior, es decir, donde no opera la autonomía de la voluntad de las partes por ser las normas procesales laborales de orden público y de forzosa observancia, y constituir el mínimo de derechos irrenunciables del trabajador.

"5. Dar por demostrado sin estarlo que el demandante recibió indemnización por despido.

"6. Dar por demostrado sin estarlo, que hubo negociación entre la Empresa y las trabajadoras, para decretar el valor de la indemnización, y haber aceptado valores liquidados a voluntad de la entidad demandada, siendo que en realidad hubo un acto de adhesión de los trabajadores y de imposición de la empresa.

"7. Dar por cierto, sin serlo, que los testimonios de Carmen Tullia Ibañez, Lucia del Socorro Carball Y Ana Jesus Méndez eran parcializados y aceptar su tacha sin evaluarlos, cuando en realidad eran determinantes para probar los presupuestos de hecho que fueron narrados en la demanda,

puesto que el laborar en la Empresa y tener conflicto laboral en ella no las descalifica, sino que al contrario el haber vivido similares circunstancias de hecho las hace testigos idóneos y calificados para deponer sobre las modalidades del trabajo y los métodos de presión y coacción utilizados.

"8. Darle una valoración y un contenido diferente a la diligencia de Inspección Judicial adelantada en la Empresa sobre las hojas de vida y el contenido (contexto) de las renunciaciones de las demandantes, cuando al realizarse en el acta de diligencia se especificó que su contenido era lacónico e igual al de todas, y en la sentencia se afirma que era totalmente diferente, lo que permite establecer la diferencia de criterio que se le dio".

La sustentación comienza con una transcripción de las normas de la proposición jurídica y otra de las sentencias de instancia. Después dice:

"La renuncia para que tenga verdaderamente la condición de tal, debe corresponder a un acto absolutamente libre y espontáneo sin afectación de presión o insinuación patronal alguna. Despido indirecto. (Sentencia de agosto 13 de 1986 M.P. DR. Nemesio Camacho Rodríguez). Inicialmente se observa que la cita normativa no es suficientemente precisa puesto que se omite la indicación de los numerales o partes que se estiman directamente vinculados a la violación, por lo menos en lo tocante con los artículos del Decreto 2351 de 1965.

"Pasando al estudio de los errores que denuncia el censor y previa advertencia de la dificultad por el estudio del cargo originada en la destrucción del expediente y su posterior reconstrucción que impide que los folios citados en la demanda extraordinaria coinciden con los que conforman el actual informativo, se plantean las siguientes premisas a la luz de las cuales se analiza el presente cargo:

"1. Ciertamente, como lo ha dicho la jurisprudencia, la renuncia para que tenga verdaderamente la condición de tal, debe corresponder a un acto absolutamente libre y espontáneo sin afectación de presión o insinuación patronal alguna.

"2. La terminación del contrato puede ser convenida como lo estipula el literal b.) del artículo 6 del Dcto. 2351 de 1965 y en la fijación de las condiciones de tal convenio las partes solo deben ceñirse a los parámetros legales, convencionales, reglamentarios o contractuales que rijan la correspondiente relación laboral.

"3. Mientras no se haya producido la terminación del contrato por decisión patronal sin justa causa o por decisión del trabajador con justa causa, no puede tenerse por consolidado el derecho a una indemnización y por tanto no goza de la protección de la irrenunciabilidad, pues no es esta figura la causación inexorable en todos los contratos de trabajo sino que solo se estructura cuando, terminado el contrato, ha mediado una decisión unilateral bajo las modalidades antes señaladas.

"4. Para que el despido indirecto pueda ser declarado como tal es indispensable que aparezcan claramente demostradas las circunstancias de presión patronal que indujeron a la renuncia, provocada por la actitud del empleador. Si ello está representado por una oferta de dinero, es necesario que haya además prueba de la inconformidad del empleado y naturalmente su rechazo a la misma oferta lo que equivale a decir que la aceptación que da a la oferta y al recibo del dinero correspondiente hacen discutible o dudoso ese despido indirecto pues ha mediado un factor de voluntariedad del empleado y ello naturalmente pugna con la evidencia que debe tenerse del error de hecho para que constituya causal de casación por vía indirecta.

"5. La jurisprudencia ha tenido la figura de la renuncia simple aceptada de igual manera por el patrono como una expresión de mutuo consentimiento.

"Por lo anteriormente expuesto, reitero mi solicitud de que se case la sentencia impugnada y que obrando esa Honorable Corporación en sede de instancia, revoque el fallo absolutorio de primera instancia, y resolver favorablemente sobre el petitum de la demanda, condenando en costas además a las empresas demandadas".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La recurrente se limita a plantear los errores sin demostrarlos.

De otro lado, la proposición jurídica incluye únicamente normas procesales sin hacer lo propio con las sustanciales, que son las que constituyen el objeto del recurso de casación.

Por lo demás, se aparta completamente del texto real de la sentencia del Tribunal, que se limitó a decir que, conforme al documento del folio 42 estaba demostrado que la demandante presentó renuncia voluntaria de su cargo, y que esa renuncia recibió la correspondiente aceptación de la empleadora, por lo cual se configuró la terminación por mutuo acuerdo según el artículo 61 del CST, con la modificación que le introdujeron, primero el Decreto 2351 de 1965 (modificado en 1965) y después el artículo 5° de la Ley 50 de 1990.

Por lo mismo, no fueron soportes de la sentencia las pruebas que genéricamente cita el cargo: inspección judicial, testimonios (tacha de los mismos) y documentos.

El cargo, en consecuencia, es ineficaz.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal de Popayán, dictada el 26 de febrero de 1999 en el juicio ordinario laboral que promovió Piedad Cosme Mera contra Carvajal S.A. y/a.

Costas en casación a cargo de la demandante.

Cópiase, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Germán G. Valdés Sánchez, Francisco Escobar Henríquez, José Roberto Herrera Vergara, Carlos Isaac Nader, Rafael Méndez Arango, Luis Gonzalo Toro Correa, Fernando Vásquez Bolero.

Laura Margarita Manotas González, Secretaria.

VIA INDIRECTA

BUENA FE

Exonerante de la sanción por mora

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral. - Santa Fe de Bogotá, D.C., nueve (9) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Doctor Germán G. Valdés Sánchez

Radicación No. 12873

Acta No. 44

Resuelve la Corte el recurso de casación que interpuso Luis Gonzalo Ramírez Castiblanco contra la sentencia del Tribunal de Manizales, dictada el 24 de marzo de 1999 en el juicio ordinario laboral que promovió el recurrente contra el Departamento de Cundinamarca, Secretaría de Obras Públicas, y contra la Caja de Previsión Social de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

Luis Gonzalo Ramírez Castiblanco demandó al Departamento de Cundinamarca y a la Caja de Previsión Social del mismo departamento para obtener el reconocimiento de reajuste de cesantía, vacaciones, prima de vacaciones, prima anual, prima de navidad, bonificación por retiro, indemnización por despido, indemnización moratoria, salarios, quinquenio y horas extras.

Para fundamentar las pretensiones afirmó que prestó servicios en la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Cundinamarca en el cargo de Operador de Unidad de Parcheo, Sección Pavimentos, División de Vías, del 23 de febrero de 1968 al 27 de diciembre de 1992; que el último salario devengado fue de \$5.265.00 diarios, más el 29% de sobresueldo y factores salariales, como prima de alimentación, subsidio de transporte, viáticos, horas extras, etc.; que presentó renuncia al cargo desempeñado y no ha recibido la totalidad de las prestaciones sociales tales como salarios, cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, prima anual, prima de navidad, viáticos, bonificación por retiro, indemnización por despido, indemnización moratoria, quinquenio, horas extras; y que agotó la vía gubernativa.

El Departamento se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de pago y prescripción.

La Caja igualmente se opuso y adicionalmente propuso la excepción de inepta demanda y la de pago.

El Juzgado 3° Laboral de Santa Fe de Bogotá, mediante sentencia del 26 de enero de 1998, condenó a las demandadas a pagar al actor la suma de \$3.300.00 diarios, desde el 8 de mayo hasta el 30 de noviembre de 1993 por concepto de indemnización moratoria. Absolvió de lo demás.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Apeló la parte demandante y el Tribunal de Manizales, que conoció del juicio en virtud de ordenamientos sobre descongestión judicial.

condenó al Departamento de Cundinamarca a pagar al demandante \$87.146.14 por viáticos y horas extras, así como \$139.982.63 por reajuste de cesantía. En lo demás, lo confirmó.

Después de transcribir un aparte de la sentencia del Juzgado en el cual ese funcionario limitó el valor de la indemnización moratoria hasta el mes de diciembre de 1993 por encontrar demostrado que en esa fecha se realizó el último pago de una prestación debida, el Tribunal dijo:

"Decisión que comparto la Sala, porque dicha sanción no se impone de manera automática, es necesario examinar la conducta de la empleadora y en el asunto sub-lite, la entidad contradictora canceló lo que consideraba adeudar a su trabajador y giró un saldo pendiente por concepto de viáticos eventuales, feriados y dominicales, en cuantía de \$91.095.00, los cuales hasta el presente, el demandante no los ha cobrado, pero se encuentra (sic) disponibles; estima esta Corporación, que debe aplicarse el principio de la buena fe y mantener la condena en la forma impuesta por el Juez de instancia".

EL RECURSO DE CASACION

Lo interpuso la parte demandante. Con él pretende que la Corte case la sentencia del Tribunal en cuanto confirmó la condena por indemnización moratoria y que, en sede de instancia, modifique esa misma condena y en su lugar ordene a la demandada el pago de la indemnización moratoria a razón de \$10.404.04 diarios hasta cuando se cancelen al demandante los viáticos, horas extras y el reajuste de las cesantías que aún se le adeudan.

Con ese propósito presenta dos cargos contra la sentencia del Tribunal, que no fueron oportunamente replicados.

Primer cargo.

Acusa al Tribunal por interpretación errónea del artículo 1° del decreto 797 de 1949, que modificó el 52 del Decreto 2127 de 1945, y 11 de la Ley 6ª de 1945.

Para la demostración del cargo, dice el recurrente:

"La interpretación errónea consistió en que la norma aplicable por el fallador *ad quem* al caso concreto, se debió a que entendió que "estima esta corporación que debe aplicarse el principio de la buena fe y mantener la condena en la forma impuesta por el Juez de Instancia", por parte de la demandada cuando lo demostrado en el proceso es que al no pagar oportunamente los viáticos y horas extras, el reajuste de las cesantías en la forma completa por el tiempo laborado por el actor y no cancelar como era su obligación dentro del término de gracia, se evidencia la mala fe patronal con la que actuó la demandada.

"El Tribunal erróneamente le dio un sentido distinto al parágrafo 2° del artículo 1° del Decreto 797 de 1949, al considerar que el Departamento de Cundinamarca canceló las prestaciones sociales y los saldos pendientes a noviembre de 1993, siendo que en la realidad al extrabajador a la fecha se le adeudan prestaciones sociales, por lo que no tiene cabida el de aplicársele al empleador el principio de la buena fe.

"Al estudiar la indemnización moratoria, el *ad quem* limitó dicha indemnización en los mismos términos de la sentencia proferida por el Juez Tercero Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá D.C., aduciendo que dicha sanción no se impone de manera automática sino que se debe mirar la conducta de la empleadora y en el asunto *sub lite* la entidad contradictora canceló lo que consideraba adeudar al trabajador y giró un saldo pendiente por concepto de viáticos eventuales, feriados y dominicales en cuantía de \$91.095.00, los cuales hasta la presente, el demandante no los ha cobrado, pero se encuentran disponibles.

"Quiere decir lo anterior, que el Departamento demandado giró los dineros para cubrir al trabajador para cubrir los viáticos, los dominicales y festivos, pero éste nunca los cobró, pues en ningún momento la demandada le notificó sobre la existencia de los mismos, ya que este se hizo muchos meses después de su retiro de la entidad, colocándose en mora de recibir esas prestaciones.

"Es cierto que el Departamento de Cundinamarca pagó al demandante prestaciones sociales hasta Diciembre de 1993, también es cierto que dicha entidad a la fecha le adeuda viáticos, horas extras y el reajuste de la (sic) cesantías y que fueron objeto de condena en la sentencia de segunda instancia. Por tal motivo el *ad quem*, omitió condenar por la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las condenas de esas prestaciones que impuso en su sentencia y que a la fecha no han sido canceladas por la demandada.

"Tampoco recibió notificación del pago de lo adeudado, a pesar de que hizo el reclamo administrativo o gubernamental (Els. 2 a 4). Agotado el procedimiento correspondiente en relación con las pretensiones, la demandada optó por el silencio administrativo negativo y demostrado judicialmente el incumplimiento o la mora es procedente que se imponga la sanción legal pertinente.

El sentido correcto que el fallador debió darle a la norma es que, al estar demostrado que al demandante se le adeudaban las horas extras, los viáticos, el reajuste de las cesantías, prestaciones que fueron motivo de condena por el *ad quem* en su sentencia, por una parte, y los viáticos eventuales, dominicales y feriados que según se expresa en el oficio a folio 207, "Los siguientes valores fueron girados y no cobrados", por la otra, no significa que la demandada haya actuado de buena fe.

"Lo cierto es que se comprobó que al demandante se le adeudan prestaciones sociales, y el no cobro oportuno de otras, también es cierto que a la demandada le incumbía la obligación de liquidar y pagar dentro del término de noventa (90) días los salarios, prestaciones e indemnizaciones; y si transcurrido dicho término y el trabajador no hubiese retirado sus acreencias laborales, le bastaba a la demandada consignar ante el Juez o ante la primera autoridad política del lugar la cuantía que confiese deber, mientras la justicia del trabajo decide la controversia.

"La ley le otorgó al empleador un instrumento liberador de la sanción moratoria (la consignación). Al mismo tiempo autorizó una forma subjetiva, de fuero interno, en la utilización del patrono de aquel instrumento (consignando ... la suma que confiese deber).

"Es jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia de que el artículo 1° del Decreto 797 de 1949, establece una ficción de supervivencia del contrato de trabajo, para efectos del pago de una suma igual al valor de un salario diario por cada día de retardo en el pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de los trabajadores oficiales.

"No es excusa para la demandada el demostrar que puso a disposición del trabajador algunas prestaciones laborales que se le adeudaban y así exonerarse de culpa, ya que la buena fe no debe ser de manera parcial sino total, y por tanto, debió cumplir con la obligación legal de consignar en el Banco Popular o Caja Agraria a órdenes de autoridad competente, el monto total de las acreencias laborales adeudadas al trabajador, por lo que el Tribunal debió condenar a esta, a pagar al demandante LUIS GONZALO RAMÍREZ, un salario diario por cada día de mora por el no pago oportuno de los salarios y prestaciones sociales a él adeudados al tenor del Decreto 797 de 1949"

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Al estudiar la pretensión relacionada con la sanción moratoria el Tribunal claramente alude a la conducta de la empleadora frente a las deudas laborales a su cargo y en favor del demandante, para concluir finalmente que comparte la decisión del A quo que incurrió establecida la buena fe de la empleadora. Ello significa que el verdadero sustento del fallo acusado en este aspecto es fáctico y por ello el ataque ha debido dirigirse por la vía indirecta.

Como repetidamente se ha señalado, la vía directa supone la plena conformidad del recurrente con los hechos declarados en el fallo acusado, lo que

aquí supondría la aceptación por el cargo de que la demandada, en relación con las deudas que tiene con su extrabajador, ha tenido una conducta revestida de buena fe y ello conduce a impartirle la absolución frente a la petición de condena por sanción moratoria.

Aunque lo dicho lleva a concluir que el cargo es ineficaz, la Sala considera necesario precisar que la previsión contenida en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 supone que para cumplir la obligación señalada en tal precepto, no es suficiente girar los dineros y ponerlos a órdenes del trabajador, pero manteniéndolos el empleador en su poder. Es necesario, proceder a la consignación en la cuenta correspondiente de depósitos judiciales.

Como se dijo al inicio, el cargo se desestima.

Segundo Cargo

Acusa al Tribunal por interpretación errónea del parágrafo 2º del artículo 1º del decreto 797 de 1949, que modificó el 52 del Decreto 2127 de 1945, en concordancia con lo establecido por el artículo 2º de la Ley 65 de 1946, el artículo 6º del Decreto 2567 de 1946 y el parágrafo 1º del Decreto 1160 de 1947.

Dice el recurrente:

"La censura persigue se case parcialmente el fallo impugnado con el propósito de que en sede de instancia modifique esa condena decretada por el fallador de primer grado, en el sentido de fijar a la suma de \$10.464.04 diarios, el salario de la indemnización moratoria y se condene a la demandada a pagar la misma.

"Demostración del Cargo

"La interpretación errónea consistió en no tener en cuenta el fallador, que para la fijación del salario para la determinación de la indemnización moratoria, según la pauta trazada por la doctrina jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se debe consultar lo que se entiende por tal, para el cómputo del auxilio de cesantía.

"Que el *ad quem* en su sentencia para efectos de liquidar las cesantías del trabajador, fijó un salario promedio de \$312.121.43 mensuales, que dividido por 39 días queda un salario diario de \$10.404.04.

"Que dicho salario debió también ser aplicado para fijar la determinación de la indemnización moratoria en referencia, o sea, un día de salario por cada día de mora a razón de \$10.404.04, diarios, hasta cuando se cancelen al demandante, los viáticos, horas extras, el reajuste de las cesantías que aún se le adeudan, por lo que solicita se case en este sentido la sentencia.

"Basta observar que a folios 195 a 197 del expediente, sobre el que se hizo un minucioso estudio quedando en claro que el salario devengado

por el demandante era mucho mayor al impuesto en la condena por indemnización moratoria, pues la prueba a la que se hace referencia, expedida por la Subdirección de Relaciones Laborales del Departamento Administrativo de Desarrollo Humano del Departamento de Cundinamarca, cuyas cuantías fueron tomadas de los listados de nómina del personal que laboraba en la S.O.P., de donde se sacó lo devengado por el demandante durante el último año de servicios, en la que se puede observar los factores salariales recibidos por el actor, a los cuales se les sumó simplemente la doceava parte y que efectuadas las operaciones aritméticas se incluyó en el salario base el cómputo de la totalidad de los mismos.

"El a quo adujo, imponer condena por concepto de indemnización moratoria en la suma de \$5.300.00 diarios, es decir, que se atuvo a lo pedido inicialmente en la demanda, pero en el transcurso del proceso salió a la luz, que además del salario básico devengado por el actor, este devengaba otros suplementos salariales que aumentarían ostensiblemente su promedio mensual, ... (aquí una transcripción de la sentencia del Juzgado)".

El cargo concluye planteando unas consideraciones sobre el salario que se debe tener en cuenta para la indemnización moratoria.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Determinar si el demandante tenía derecho a que la sanción por mora fuera liquidada con un mayor valor es cuestión fáctica y no jurídica. Por lo mismo, el cargo aparece equivocadamente planteado por la vía directa, pues, para proponerla, es forzoso que el recurrente esté de acuerdo con los hechos que tuvo por demostrados el Tribunal y aquí esa condición no se cumple.

El cargo se desestima.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia del Tribunal de Manizales, dictada el 24 de marzo de 1999 en el juicio ordinario que promovió Luis Gonzalo Ramírez Castiblanco contra el Departamento de Cundinamarca y la Caja de Previsión Social de Cundinamarca.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

Cópiase, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Germán G. Valdés Sánchez, Francisco Escobar Henríquez, José Roberto Herrera Vergara, (Salvamento de voto); Carlos Isaac Náder, Rafael Méndez Arango, Luis Gonzalo Toro Correa, Fernando Vásquez Botero, (Aclaración de voto).

Laura Margarita Manotas González, Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO

VIA DIRECTA

Referencia: Expediente No. 12873

Respetuosamente disiento de la decisión mayoritaria adoptada en el proceso de la referencia dado que para mí es totalmente claro que tanto la vía como el concepto de violación escogidos por el recurrente satisfacen los más exigentes requisitos de orden técnico, según la jurisprudencia tradicional de la Corte Suprema de Justicia.

Con la transcripción textual de lo dicho por el Tribunal se corrobora fácilmente el aserto anterior. En efecto, dijo el *ad quem* en su fallo:

"Decisión que comparte la Sala, porque dicha sanción no se impone de manera automática, es necesario examinar la conducta de la empleadora y en el asunto sub-lit, la entidad contradictora canceló lo que consideraba adeudar a su trabajador y giró un saldo pendiente por concepto de viáticos eventuales, feriados y dominicales, en cuantía de \$91,095.00, los cuales hasta el presente, el demandante no los ha cobrado, pero se encuentra (sic) disponibles; eslima esta Corporación, que debe aplicarse el principio de la buena fe y mantener la condena en la forma impuesta por el Juez de instancia".

Claramente se ve que la sustentación fue eminentemente de puro derecho, basada en la consideración equivocada de que la simple circunstancia de haber girado la demandada las acreencias laborales del trabajador es jurídicamente constitutiva de buena fe.

Insistentemente tiene sentado la jurisprudencia de la Corte que si hay coincidencia entre el fallo acusado y la impugnación en cuanto a los hechos y la discrepancia solamente es en el aspecto jurídico, el sendero que debe seleccionarse es el directo. En el sub-júdice tal requisito lo cumplió el impugnante, dado que aceptó las conclusiones que sobre los hechos hizo el fallador. Lo que no compartió del fallo gravado fue el soporte jurídico según el cual así el empleador no le pague al trabajador las sumas adeudadas, el simple giro de ellas constituye jurídicamente buena fe, lo que desde luego entraña una interpretación desafortunada del artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, en armonía con el artículo 1º del Decreto 797 de 1949.

Por lo anterior considero comedidamente diáfanos el sendero de ataque y el concepto de violación seleccionados en la demanda de casación son los pertinentes. Tan así es, que la propia sentencia mayoritaria se vio precisada a hacerle al tribunal la correspondiente corrección interpretativa, en el fallo de la mayoría, en el que no obstante considerar el cargo "ineficaz", expresó:

"La Sala considera necesario precisar que la previsión contenida en el artículo 1° del decreto 797 de 1949 supone que para cumplir la obligación señalada en tal precepto, no es suficiente girar los dineros y ponerlos a órdenes del trabajador, pero manteniéndolos el empleador en su poder. Es necesario, proceder a la consignación en la cuenta correspondiente de depósitos judiciales." (He subrayado).

Si se consideraba "necesario" por la Sala, hacer tal precisión doctrinaria respecto al fallo del tribunal, obviamente es porque la sustentación de éste no fue fáctica sino jurídica, y desde luego equivocada, como lo planteó el recurrente.

Fecha ut supra.

José Roberto Herrera Vergara

ACLARACIÓN DE VOTO

VIA DIRECTA

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral.

Radicación Nro. 12873

Con el debido respeto me permito aclarar el voto con relación a la sentencia proferida para resolver el recurso de casación formulado por la parte demandante dentro del proceso que Luis Gonzalo Ramírez Castiblanco promovió contra el Departamento de Cundinamarca, Secretaría de Obras Públicas, y a la Caja de Previsión de Cundinamarca.

No obstante de compartir la determinación de la mayoría de la Sala de desestimar los cargos, me aparto de la motivación expuesta con tal fin. Esto porque estimo que el ataque por vía directa era pertinente por cuanto el censor no discrepa de la conclusión fáctica de la que el Tribunal dedujo buena fe, como que es que la empleadora "(...) giró un saldo pendiente por concepto de viáticos eventuales, feriados y dominicales, en cuantía de 891.095, los cuales hasta el presente, el demandante no ha cobrado, pero se encuentra (sic) disponible(...)".

En mi sentir lo que el impugnante sostiene es que lo anterior no bastaba para cobijar a la demandada con buena fe, sino que era necesario, frente al texto del Decreto 797 de 1949, que se hubiese consignado la aludida suma "ante el juez o ante la primera autoridad política del lugar".

Por lo tanto, como es indiscutible que ese es el mandato de la ley, es por lo que sostengo que en este asunto el concepto de vulneración que de la misma se debió denunciar, no era el de interpretación errónea porque en ello acertó el juzgador al expresar que "dicha sanción no se impone de manera automática, es necesario examinar la conducta de la empleadora", y así actuó, sino el de aplicación indebida, pues uno de los casos en que esta se configura es cuando se le hace producir efectos distintos de los contemplados por la propia norma legal, lo que aquí sucedió, ya que si bien se aplicó, al hacerlo se hizo en forma restringida, pasando por alto, que el precepto exige consignar la suma que se confiese deber, y no solamente liquidarla y ordenar su pago.

De modo, pues, que los cargos se debieron desestimar porque el impugnante le atribuyó al juzgador de segunda instancia un equivocado

concepto de la vulneración de la ley, en la que no pudo haber incurrido en razón de la sustentación que le dio a su sentencia.

Santa Fe de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.

Fernando Vásquez Botero,

CONVENCION COLECTIVA
Medio de prueba en casación

DESPIDO COLECTIVO

Con autorización del Ministerio del Trabajo - Causa legal
pero no justa causa de terminación del contrato de trabajo

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral - Santa Fe de Bogotá, D.C., noviembre diez (10) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Fernando Vásquez Botero.

Radicación Nro. 12303

Acta Nro. 044

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por Alberto Peña, Humberto Casallas y Marco Aurelio Silva Ovalle, contra la sentencia del 30 de noviembre de 1998, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá D.C., en el juicio promovido por los recurrentes a la sociedad Industrial Agraria La Palma S.A. "Indupalma".

ANTECEDENTES

Alberto Peña, Humberto Casallas y Marco Aurelio Silva Ovalle demandaron a Indupalma S.A. para que, previos los trámites de un proceso ordinario, se le condenara a pagarle a cada uno de ellos: la suma que resulte adeudarles por concepto de indemnización por despido injusto, liquidada conforme a lo pactado convencionalmente o, en subsidio, de acuerdo con lo previsto en la ley; la pensión de jubilación que correspondiera, plena o pensión sanción, a partir de la fecha en que adquirieran el derecho a su disfrute.

En sustento de las aludidas específicas pretensiones, que son las que interesan para el recurso extraordinario, se expuso: que en el párrafo cuarto de la cláusula décima primera de la convención colectiva de trabajo firmada en la demandada el 28 de octubre de 1993, se estipuló que cuando la empresa dé por terminado el contrato de trabajo sin justa causa, liquidará y cancelará al trabajador la indemnización establecida en el Decreto 2351 de 1965, aumentada en un 50%; que en acta extra convencional de 1993, suscrita por la demandada y el sindicato de sus trabajadores, se acordó la desvinculación de 275 trabajadores enganchados con

contrato laboral indefinido; que la empresa no dio cumplimiento a lo establecido en dicha acta en lo referente al término dentro del cual debía dar a conocer la lista de los asalariados incluidos en el plan de retiro; que en noviembre 9 de 1993, la empresa solicitó del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social autorización para efectuar un despido colectivo, que se le concedió inicialmente a través de la resolución 03854 del 10 de diciembre de 1993 y confirmada, posteriormente, con las resoluciones 00382 del 18 de febrero de 1994 y 001307 del 28 de abril del mismo año; que las cartas de su despido están fundamentadas en la autorización otorgada por el Ministerio de Trabajo a la empresa para despedir trabajadores; que la demandada le otorgó a cada uno una bonificación por la relación laboral que los unió, la cual es inferior a la que les corresponde por indemnización convencional por despido injusto; que eran socios de la organización sindical actuante en la empleadora; que la jurisprudencia ha indicado que la autorización para efectuar un despido colectivo no exime al patrono de pagar las indemnizaciones por despido injusto; que el anexo número 2 de la convención colectiva de trabajo suscrita en la empresa en 1993 estableció en sus artículos 2 y 4, los derechos pensionales de los trabajadores, incluido el de percibir una pensión sanción de jubilación para los que fueren despedidos sin justa causa después de 10 años y menos de 20 de labor; que cuando fueron desvinculados de la empresa, el 22 de junio de 1994, todos tenían más de 10 años de servicios a ella; que se les afilió al ISS a partir de 1991; que al momento de la terminación del contrato contaban más de 50 años de edad; que prestaron sus servicios en las instalaciones de la empresa en San Alberto (Cesar).

La sociedad convocada al proceso al contestar la demanda con relación a sus hechos manifestó: que es cierto lo que se refiere en la demanda sobre el parágrafo cuarto de la cláusula décima primera de la convención colectiva de trabajo, lo del acuerdo consignado en el acta extra convencional sobre el retiro de 275 trabajadores, como también que en dicho acuerdo se fijó un plazo para dar a conocer la lista de los trabajadores que se desvincularían, lo cual la empresa hizo oportunamente; que la autorización ministerial que solicitó fue para disminuir la planta de personal con fundamento en un modo legal de terminación del contrato laboral, consistente en el cierre definitivo parcial de actividades; que la resolución 03854 autorizó el cierre parcial de la empresa y la cancelación del contrato laboral indefinido de 242 trabajadores; que es cierto que ese acto administrativo se confirmó por las dos resoluciones referidas en la demanda; que las cartas de desvinculación no son de despido, sino de comunicación a cada uno de los demandantes de la terminación de su contrato laboral con fundamento en un modo legal de extinción autorizado por el Ministerio de Trabajo en las resoluciones mencionadas; que es cierto lo de las bonificaciones indicadas en la demanda, pero que ellas cumplen con los requisitos de las indemnizaciones pretendidas, pues así se pactó en el acta del 28 de noviembre de 1993; que la afirmación de que la bonificación es inferior a la indemnización convencional, es una apreciación personal del apoderado de los demandantes; que debe probarse la afilia-

ción sindical mencionada en el introductorio; que la referencia jurisprudencial efectuada en la demanda es un resumen doctrinal del apoderado de los accionantes; que lo manifestado en el introductorio en relación con la pensión de jubilación plena y la pensión sanción es cierto, pero que también lo es que en la cláusula vigésima primera convencional, vigente en la empresa al momento de la extinción de los contratos laborales de los actores, expresamente se dispuso que la empresa sería sustituida por el ISS, según sus reglamentos y la ley, en el riesgo de vejez, desde el momento en que tal instituto lo asuma; que en el caso particular de la pensión sanción de jubilación, aparte de consultarse la cláusula vigésima primera, debe tenerse presente que no hubo despido injusto de trabajadores; que es cierto que los demandantes, al momento de la extinción contractual, llevaban cada uno más de diez años de labor en la empresa; que es cierto lo del año de afiliación al ISS, pero que debe aclararse que todos los actores tienen más de 150 semanas cotizadas al sistema de pensiones; que la edad de cada uno de los demandantes no le consta; que es cierto que ellos laboraron en San Alberto, Departamento del Cesar.

La demandada, también, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de Causa, pago y prescripción.

El conflicto jurídico lo dirimió en primera instancia el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá, mediante sentencia del 10 de julio de 1998, en la que no accedió a las pretensiones de la demanda. Recurrió en apelación la parte actora, y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá D.C., a través de providencia del 30 de noviembre siguiente, confirmó la de primer grado.

En lo que es de interés para el recurso extraordinario, argumentó el Tribunal: que está acreditado que los actores estuvieron vinculados laboralmente a la demandada, así: Alberto Peña entre el 28 de octubre de 1977 y el 22 de junio de 1994; Humberto Casallas, entre el 6 de abril de 1978 y el 22 de junio de 1994, y Marco Aurelio Silva Ovalle desde el 4 de octubre de 1977, hasta el 22 de junio de 1994; que tampoco se discute la autorización conferida por el Ministerio de Trabajo a la demandada para la cancelación de 242 contratos de trabajo; que la autorización ministerial para ruptura contractual de varios trabajadores no libera al empleador de las cargas indemnizatorias derivadas de la terminación que se produzca en la forma indicada por el artículo 67 numeral 6 de la Ley 50 de 1990, tal como lo indicó la Corte en su sentencia del 9 de mayo de 1996, radicación 8242; que en el proceso obran las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre la demandada y su sindicato en abril 5 de 1991 (fs 116 - 190), y octubre 28 de 1993 (fs 283 y 285), las cuales fueron depositadas oportunamente, incluyendo sus anexos y acta extra convencional; que de acuerdo con la fecha de retiro de los trabajadores, les es aplicable la convención suscrita para el bienio julio 1º de 1993 - 30 de junio de 1995; que está demostrado que los accionantes fueron socios del sindicato firmante de tal acuerdo colectivo; que los demandantes recibieron al momento de su retiro una "bonificación plan de retiro", citada en el numeral 1 del acta

extra convencional de octubre de 1993, que expresamente modificó la cláusula décima tercera convencional (fío 283), de tal forma que lo que procedía era el pago de la bonificación o indemnización en los términos allí establecidos, que supera en un 30% la estipulada en la ley, e inferior a la inicialmente acordada en la convención colectiva laboral; que no es posible desconocer el texto del acta de folio 283, pues fue expresa voluntad de las partes disponer que para el caso especial allí contemplado, no rige la tabla indemnizatoria del artículo 13 convencional, razón por la cual debe confirmarse la sentencia de primer grado.

Así mismo, el Tribunal en relación con el pedimento de pensión sanción arguyó: que hay que anotar que para la fecha de la terminación contractual estaba vigente el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, por lo que a tal normatividad es menester dirigirse para estudiar la pretensión de los demandantes; que en los autos se aprecia que éstos estuvieron afiliados al ISS desde el 8 de enero de 1991 y que aun después de retirados de la empresa, ésta continúa haciendo las cotizaciones correspondientes (fios 306 a 308, 309, 311, 312); que habiéndose demostrado que los reclamantes estaban afiliados al ISS, y siendo desvinculados después de la vigencia de las leyes 50 de 1990 y 100 de 1993, no puede favorecerlos la pensión sanción, la cual se mantiene solo para los trabajadores no afiliados al régimen de seguridad social; que pareciera que la afiliación de los demandantes al ISS fue tardía, pero que no es evidente una conducta patronal tendiente a eludir el pago de la pensión o perjudicar a los demandantes, pues, como quedó visto, la empleadora después del retiro de éstos ha continuado cotizando al ISS, no siendo objeto de discusión en el juicio que este instituto asumió los riegos de vejez, invalidez y muerte para la zona del municipio de San Alberto, plantación de Indupalma en el Cesar, desde el 8 de enero de 1991, como se afirmó en la contestación de la demanda (fio 48), fecha en la cual fueron inscritos los accionantes en ese ente de seguridad social, y que por otra parte debe tenerse en cuenta que la Ley 100 de 1993, vigente al retiro de los reclamantes, eliminó la denominada cotización sanción, que regulaba la Ley 50 de 1990, como lo dijo la Corte en sentencia del 15 de julio de 1998.

El RECURSO DE CASACIÓN

Fue propuesto por los demandantes, concedido por el Tribunal de conocimiento y admitido por esta Corporación, que procede a resolverlo previo estudio de la demanda que lo sustenta y de su réplica.

El alcance de su impugnación lo precisó de la siguiente manera el censor:

"Se pretende con el recurso impetrado que la honorable Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia case totalmente la sentencia impugnada para que, posteriormente, en sede de instancia revoque la dictada por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá y proceda al estudio y decisión favorable a las peticiones de la demanda principal, proveyendo sobre las costas a que hubiere lugar."

Con fundamento en la causal primera de casación, el acusador presenta contra la providencia tres cargos. Por razones de método la Sala estudiará inicialmente el tercero de ellos, así:

Tercer Cargo

Acusa la sentencia por la violación indirecta, por aplicación indebida, del artículo 133 de la Ley 100 de 1993 y, como consecuencia de lo anterior, por falta de aplicación de los artículos 467, 468 y 479 del C.S. del T. y como consecuencia de esta infracción, por haber transgredido lo dispuesto en los artículos 36 de la Ley 100 de 1993, 6, 36, 37 y 67 de la Ley 50 de 1990, 7ª del Decreto 2351 de 1965, 1, 9, 13, 21, 22, 28 y 260 del CST, 72 y 78 de la Ley 90 de 1946, 5 del acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, 17 y 18 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758, también de 1990.

La violación normativa que denuncia, la atribuye el acusador a los "siguientes errores de hecho y de derecho" que cometió el *ad quem*:

"1º) No haber apreciado, estando demostrado, la existencia de una pensión sanción convencional pactada por la demandada con su sindicato de trabajadores.

"2º) Dar carácter liberatorio de la obligación de otorgar pensión sanción al trabajador despedido sin justa causa con más de diez y menos de veinte años de servicios, a la afiliación del mismo al Instituto de Seguros Sociales, sin apreciar que por haber sido verificada en forma tardía con dicha afiliación no se satisfacía la posibilidad real del despedido para obtener la pensión de vejez.

"3º) Dar por demostrado, no estándolo, que el Instituto de Seguros Sociales sustituyó a los patronos en las obligaciones convencionales que contraigan en materia de pensión sanción.

"4º) Apreciar que lo pagado por concepto de bonificación satisface el cumplimiento de la obligación de indemnizar por despido injusto"

Los anteriores yerros fácticos los hace depender el acusador de los siguientes errores que le increpa al Tribunal en su actividad de valoración probatoria: "error de derecho" en relación con la convención colectiva de trabajo (flos 217 a 285), al pasar por alto el texto del artículo 4º del anexo número 1, que genera y tipifica una pensión sanción diferente a la legal, en la cual no se tiene en cuenta si el posible beneficiario está afiliado o no al ISS; respecto a los documentos de liquidación de prestaciones sociales (flos 106, 109 y 110), pues si bien fueron tomados en cuenta en la sentencia, el juzgador se equivoca al asumir que en ellos la bonificación a la que se refieren equivale al pago por concepto de indemnización; con referencia a los documentos de inscripción de los demandantes al ISS (flos 69, 306, 307, 308 y 311), pues la sentencia los estima pero les otorga carácter liberatorio de la pensión sanción convencional, aparte de apreciarlos de manera que impiden la acusación de que tal afiliación fue "he-

cha en forma torticera", para impedir el beneficio pensional de vejez de los accionantes, y el registro civil de nacimiento de los petentes (folios 13, 314 y 32), en la medida que fueron desconocidos por el Tribunal en su sentencia.

DEMOSTRACIÓN DEL CARGO

Explica el acusador para fundamentar su impugnación: que el régimen convencional es el medio para superar los mínimos legales a los que tienen derecho los trabajadores; que no obstante lo anterior, nada impide que los acuerdos colectivos repitan lo que la ley dice, por lo que, si ésta desaparece, queda en firme entre los contratantes; que la pensión sanción que desapareció bajo el ordenamiento de la Ley 50 de 1990 para los trabajadores que estuvieran afiliados al ISS, resultó pactada entre la demandada y el sindicato de sus trabajadores, que la conservaron de manera general, pues no fue condicionada al beneficio exclusivo de quienes no estaban afiliados al ISS; que el error de la sentencia es haber omitido el pacto convencional; que se pasó por alto lo que está demostrado mediante prueba "ad sustinendam actus", y por ello el juzgador cometió el error de derecho que le imputa; que si el segundo juzgador hubiera apreciado tal probanza, no hubiera podido aplicar el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, pues dicha norma hace referencia a la pensión sanción de carácter legal; que la jurisprudencia ha reconocido que cuando se aplica tal norma se trata, la afiliación al ISS, capaz de liberar de la obligación de otorgar la pensión de jubilación, es la que garantiza a su beneficiario la adquisición de la pensión de vejez; que también es equívoca la apreciación que hizo el Tribunal del pago de la bonificación por despido, contenida en la liquidación final de prestaciones sociales, pues el pago de una bonificación debe ser asumido como el reconocimiento de un premio o de una gratificación a un tercero, lo cual lo aleja del castigo que implica la indemnización, pues ésta corresponde a un perjuicio que debe ser resarcido, y que el *ad quem* confundió los anteriores conceptos.

LA RÉPLICA

Aduce el opositor para desvirtuar el cargo: que el censor no demuestra los errores de hecho que invoca; que contra lo expresado por éste en relación con la convención colectiva de trabajo, esta probanza no solo fue considerada por el Tribunal, sino correctamente apreciada, pues como lo ha venido sosteniendo, la sentencia recurrida hace mención expresa de ella a folios 348 y 350, refiriéndose a su cláusula vigésima primera y al considerar la afiliación de los demandantes al seguro social; que en relación con la indemnización por despido, el *ad quem* también examinó acertadamente el convenio colectivo vigente a la fecha de terminación del contrato, pues en dicho punto específico el mismo consagra, en el acta extra convencional (fo 283), un acuerdo en relación con el valor a aplicar por concepto de bonificación y/o indemnización para los trabajadores desvinculados en el marco del plan de retiro allí pactado; que de confor-

midad con la cláusula séptima convencional, las actas que se suscriban junto con ella forman parte del estatuto único de que dicho precepto trata; que por lo tanto la apreciación de la convención colectiva por parte del *ad quem* es acertada, pues lo aplicado en el caso corresponde al régimen exceptivo acordado por las partes contratantes y que cubija a los demandantes, los cuales fueron desvinculados en desarrollo del plan de retiro, y que también apreció con acierto el *ad quem* los documentos de liquidación de prestaciones sociales, pues en ellos se lee que el concepto "bonificación plan de retiro", es el del numeral 1º del acta extra convencional del folio 283.

SE CONSIDERA

Empieza la Sala por anotar que si bien los yerros distinguidos con los numerales "2 y 3" no son fácticos, y que en el desarrollo del cargo el censor expone argumentos jurídicos que no son propios de la vía indirecta del ataque, también es cierto que, en cuanto al error de derecho que denuncia, su planteamiento se ajusta a la técnica del recurso extraordinario y, por ende, las mencionadas deficiencias no impiden analizar y estudiar en el fondo ese punto de la impugnación.

Ahora bien, el contenido del cargo cuestiona la decisión del Tribunal en los aspectos relacionados con la pensión de jubilación y la indemnización por despido injusto. Al respecto se tiene:

1. La controversia introducida por la acusación en el cargo, que se concreta en el primero de los yerros que le endilga al *ad quem*, está referida a que no obstante estar pactada convencionalmente en la demandada una pensión sanción de jubilación a favor de los trabajadores despedidos sin justa causa después de diez años de labor, el *ad quem* dirimió la contención, en lo que a tal pedimento concierne, pasando por alto el medio de prueba que acredita tal prestación: la convención colectiva de trabajo, por lo que alega en este punto error de derecho. Y es por ello que sostiene que al desatarse esa súplica con fundamento en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, ese precepto no era aplicable al caso.

El examen de la sentencia recurrida, en perspectiva del ataque cuyo desarrollo se ha esbozado, permite inferir que en verdad el Tribunal ignoró en su proveído que la pensión sanción reclamada fue la prevista en la convención colectiva de trabajo, pues no obstante ser ello anunciado por los actores en la demanda con que se inició este proceso, específicamente en el hecho 14 del capítulo respectivo (fo 6), al que indudablemente alude el Tribunal al sintetizar los fundamentos de las pretensiones, el juzgador ninguna alusión hizo del acuerdo colectivo laboral. Por lo que se puede afirmar que estructuró su providencia, en la materia discutida, desconociendo que lo solicitado por los ex trabajadores era la pensión restringida de raigambre convencional.

Es de advertir que si bien es cierto, como lo afirma el opositor, que el *ad quem* mencionó en su fallo la convención colectiva de trabajo, también lo es

que únicamente lo hace en función de analizar otro pedimento de la demanda ordinaria: la indemnización por despido injusto. Es por ello que para este caso específico es pertinente aseverar que no se apreció dicho medio de convicción para distribuir la contención en lo relativo a la pensión sanción de jubilación.

De ahí, que para la Corte es claro que el error imputable al Tribunal sí se presentó, pues debiendo valorar la convención colectiva de trabajo y sus anexos, como medio de prueba, para responder el reclamo convencional de los demandantes, no lo hizo, a pesar que estaba debidamente allegada al expediente, y tal omisión lo condujo a solucionar el litigio en perspectiva de la ley, la cual aplicó indebidamente en la medida en que desconoció que en la cláusula cuarta del anexo convencional en comento reside el derecho prestacional reivindicado por los peticentes, y, por consiguiente, desató en una casuística fáctica que no correspondía las hipótesis de incidencia del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, pues, se repite, es claro desde el escrito demandador y las probanzas en cita, que los demandantes no reclamaron la pensión sanción de génesis legal, sino que reivindican la que está incorporada al acuerdo colectivo de trabajo del que no se discute son beneficiarios.

En consecuencia, el primer error del cargo se estructuró y ello acarrea la anulación del fallo gravado, en cuanto desató la súplica pensional con referencia a la ley y no en la convención colectiva de trabajo invocada por los demandantes con tal fin.

En cuanto al argumento del opositor fundado en la cláusula vigésima primera de la convención colectiva de trabajo, en el sentido que en virtud de ella "la demandada quedó sustituida por el ISS en materia de pensiones, desde el momento en que el ISS asumió los riesgos de IVM en la empresa demandada" (odno, cas. flo. 30), encuentra la Corte que el examen de esa cláusula, concretamente en lo que corresponde a los literales a) y b), permite extraer que la voluntad de las partes fue ratificar que el Instituto de Seguros Sociales asumiría las prestaciones de naturaleza legal a cargo de la empresa, a partir del momento en que esa entidad conforme a sus reglamentos se hiciera cargo de esos mismos riesgos, pero no de aquellas garantías de índole extralegal.

Dedución que se manifiesta en realidad razonable al valorar que no tiene lógica que la organización sindical pretendiera palear la supresión de la pensión sanción extralegal que regía en la empresa, al momento que extendió su cobertura al Instituto de Seguros Sociales en la región donde ella estaba radicada, dejando sin ninguna protección a los trabajadores antiguos, para quienes en esas condiciones el tiempo de servicio no contaría para el riesgo de vejez. Corrobora este aserto el que la referida cláusula 21 de la convención colectiva vigente al momento del despido, no aludiera expresamente a la exclusión de la pensión sanción en su connotación de garantía estabilidad en el empleo, según se repara en la redacción de sus dos primeros literales, que es la siguiente:

"La Empresa será sustituida para todos los efectos médicos y asistenciales por el Instituto de Seguros Sociales; el cual, en consecuen-

cia, asume según sus reglamentos y la Ley, los riesgos de Enfermedad General, Maternidad, Enfermedad Profesional, Accidente de Trabajo, Vejez, Invalidez y Muerte para el trabajador; así como el Seguro Médico Familiar. Tal sustitución operará desde el momento en que el I.S.S. asuma los riesgos.

"Las cotizaciones para riesgos de enfermedad General y Maternidad (E.G.M.), Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional (A.T.E.P.) y el de Invalidez Vejez y Muerte (I.V.M.) serán pagadas por la empresa y los trabajadores según las tablas del I.S.S."

Todo lo anterior lleva a la Sala a concluir que la pensión sanción prevista en el estatuto pensional de la empresa, materia de controversia en este caso, debe encuadrarse necesariamente dentro del régimen de transición que regía en la fecha de desvinculación del demandante, teniendo en cuenta, claro está, los principios de protección al trabajador que rigen el derecho laboral.

2. En contraste con lo anterior, la acusación no está llamada a saltar adelante en lo relacionado con la indemnización por despido injusto sobre la que discurre el cuarto de los errores fácticos adjudicados al *ad quem*, pues de ninguna manera es posible imputarle la confusión conceptual que se le atribuye de tomar la bonificación recibida por los demandantes como una indemnización, toda vez que si se examina el documento de folio 283, en su segundo párrafo, fácilmente se observa que en él se alude a "bonificación y/o indemnización" para referirse a la suma que recibirían los trabajadores que sean desvinculados de la demandada en desarrollo del plan de retiro implementado en ella, ora por que lo hicieran de común acuerdo con la empleadora, o sin justa causa, pero con autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Por lo tanto, no es posible concluir, como lo pretende el censor, que la suma recibida por los accionantes, y de la que dan cuenta los documentos de folios 11, 22 y 31, no corresponda a la fijada por la empresa y el sindicato, en el documento en cuestión, para cancelar a los trabajadores incidiendo por el plan de retiro aludido, máxime cuando de acuerdo con las probanzas de folios 15-16, 23-24 y 27-28, aquellos fueron desvinculados en el marco de la autorización administrativa de despido otorgada a la empresa y prevista en el acta extra convencional, constituyendo una simple imprecisión semántica que en lugar de indemnización en las misivas de extinción del contrato se aludiera a bonificación, pues a la postre la suma a percibir sería la misma, según se puede constatar en el pluri citado documento del folio 283.

Efectivamente, el numeral 1º del acta extra convencional del 28 de octubre de 1993, estipula el incremento del 30% del valor de la indemnización legal que corresponde al trabajador desvinculado en aplicación del plan de retiro estructurado en la demandada. Dicho aumento se adoptó en reemplazo de lo inicialmente pactado en la cláusula 14 convencional vigente desde 1993, por lo que se deduce que es el único posible de aplicar.

De otra parte, el estudio del valor legal de las indemnizaciones que corresponderían a cada uno de los actores, asumido su tiempo de servicio y su última remuneración mensual, entrega como resultado que lo que les fue sufragado por la demandada a título resarcitorio supera lo que les correspondía al tenor del incremento establecido en el acta extra convencional mencionada. Esto por lo siguiente:

a) Humberto Casallas tendría derecho a una indemnización legal de \$2.177.647,2; con la aplicación del incremento pactado extra convencionalmente le correspondía la suma de \$2.830.941,4; la demandada le reconoció \$2.839.012,00 (fo 22).

b) Alberto Peña: su indemnización legal sería de \$2.238.897,00; con el incremento tendría derecho a la suma de \$2.910.669; la empresa le pagó \$3.295.155 (fo 11).

c) Marco Aurelio Silva Ovalle, debería recibir un resarcimiento legal pecuniario, de \$2.243.676,00; cantidad que incrementada según acuerdo extra convencional ascendía a \$2.916.778; se le reconoció \$3.006.387,00.

Resumiendo, entonces, el cargo prospera únicamente en lo referente a la pensión restringida de jubilación.

Como el recurso sale avanti, así sea parcialmente, no se impondrán costas por el mismo.

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

El recurso de apelación está dirigido únicamente a que se revoque la sentencia del a quo o las pretensiones relacionadas con la indemnización por despido injusto y la "pensión sanción de jubilación".

En cuanto al primer pedimento, está demostrado con los documentos de folios 15-16, 23-24 y 27-28 del expediente, que la demandada dio unilateralmente por terminados los contratos de trabajo de cada uno de los demandantes, en el contexto de la autorización de despido colectivo de trabajadores que le otorgó el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a través de los actos administrativos de folios 302 a 305, 291 a 296 y 297 a 300 del cuaderno de actuaciones.

Al respecto, es menester aclararle al juzgador de primera instancia que no obstante ser aquella una forma de extinción del vínculo laboral que tiene origen en la ley, la misma no tiene la entidad jurídica de constituir una de las justas causas de terminación del contrato de trabajo, determinadas por el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, razón que explica por qué la jurisprudencia ha puntualizado que el aval administrativo para que un empleador finiquite colectivamente los contratos laborales de varios de sus trabajadores no lo exime de resarcirlos de los perjuicios que dicha medida les cause, atendiendo para el efecto lo dispuesto en la ley o en las convenciones colectivas de trabajo, pactos colectivos laborales, según corresponda.

Y es por ello que, para efecto de la denominada pensión sanción de jubilación, la terminación del contrato de trabajo por la empleadora en los términos que aquí se dieron, se equipara a un despido sin justa causa. Motivo por el cual es equivocado el argumento del a quo para negar esta súplica basado en que la relación contractual terminó por una causa legal.

Ahora bien, de conformidad con lo establecido a propósito del tercero de los cargos formulados en el recurso extraordinario, los demandantes solicitan el reconocimiento de la pensión sanción de jubilación, prevista en el inciso segundo del artículo cuarto del anexo I de la convención colectiva de trabajo vigente en la demandada en el bienio 1993 - 1995 (fo 270); norma que dispone:

"El trabajador (a) que sin justa causa sea despedido (a) del servicio de la Empresa, después de haber laborado durante más de (10) diez años y menos de quince (15) años continuos o discontinuos, tiene derecho a una pensión mensual vitalicia, desde la fecha del despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que se cumpla esa edad con posterioridad al despido.

"Si el retiro de la Empresa se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de servicio, continuos o discontinuos, la pensión mensual vitalicia principiara a pagarse cuando el trabajador (a) despedido (a) cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido.

"Si después de quince (15) años cumplidos el trabajador (a) se retira voluntariamente,, tendrá derecho a una pensión mensual vitalicia, pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.

"La cuantía o monto de la pensión mensual vitalicia será directamente proporcional al tiempo de servicio respecto de la que habría correspondido al trabajador (a) en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo segundo de este reglamento, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.

"La pensión aquí prevista se registrá por las normas establecidas para la pensión plena (75%)".

Encuentra la Corporación que cada uno de los demandantes cumple con los requisitos establecidos para acceder a la pensión sanción de jubilación establecida en el inciso segundo de la transcrita norma convencional, ya que, por lo dicho, sus despidos se produjeron sin justa causa y, además, cuando este se dio ellos llevaban más de 15 años de servicio y superaban la edad de 50 años, lo que se desprende de la demanda y contestación, liquidación de prestaciones sociales y certificado del registro civil de nacimiento (edno. Inst., fols. 7, 43, 22, 23, 24, 302 a 305, 29) a 296, 297 a 300, para Humberto Casallas; fols. 7, 43, 31, 27, 28 y 321, para

Marco Aurelio Silva Ovalle; flos. 7, 43, 11, 14, 15, 16 y 18, para Alberto Peña.

Como consecuencia de lo anterior, deberá reconocérseles a cada uno de los actores la pensión sanción de jubilación prevista en el inciso segundo del artículo cuarto del anexo 1 de la convención colectiva de trabajo vigente en la demandada entre 1993 y 1995, a partir de la fecha del despido injusto: el 22 de junio de 1994.

De otra parte, como de acuerdo con el tiempo de servicios de cada uno de los demandantes y las remuneraciones que aparecen demostradas devengaban para la fecha del despido, el valor de la pensión sanción de jubilación a que tienen derecho sería inferior al salario mínimo vigente para la fecha antes indicada: \$98.700.00 mensuales, esta será el valor inicial de la mesada pensional que deberá cubrir la demandada, sin perjuicio de los aumentos legales a que haya lugar.

Por último, debe anotarse que conforme a lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto 813 de 1994, modificado por el artículo 2º del Decreto 1160 del mismo año, la empleadora deberá continuar cotizando al Instituto de Seguros Sociales hasta la fecha en que cada uno de los demandantes cumpla los requisitos para acceder a la pensión de vejez, quedando a cargo de la empresa el mayor valor entre la pensión convencional y la reconocida por el ente de seguridad social, si lo hubiere.

En virtud de la prosperidad parcial de las pretensiones y del recurso de apelación, no se impondrán costas por las instancias.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia del 30 de noviembre de 1998, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá D.C., en el juicio promovido por Humberto Casallas, Marco Aurelio Silva Ovalle y Alberto Peña, a la sociedad Industrial Agraria La Palma S.A., "Indupalma", en cuanto se abstuvo de condenar a la demandada a pagar a los demandantes la pensión sanción de jubilación contemplada en el inciso segundo del artículo 4º del anexo 1 de la convención colectiva de trabajo. En sede de instancia, revoca el fallo de primer grado en cuanto no accedió a la aludida reclamación pensional y, en su lugar, les reconoce la misma y ordena que les sea pagada a cada uno de los accionantes, desde el 22 de junio de 1994, y en cuantía de \$98.700, sin perjuicio de los aumentos que por ley les corresponde desde esa data; advirtiendo que la demandada deberá efectuar las cotizaciones al ISS, con el objeto de que una vez los reclamantes cumplan los requisitos para obtener la pensión de vejez, aquel crédito dejará de estar a su cargo y solo deberá el mayor entre las dos pensiones, si lo hubiere.

Sin costas por el recurso ni en las instancias.

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

Fernando Vásquez Botero, Francisco Escobar Henríquez, José Roberto Herrera Vergara, (Salvamento de voto); Carlos Isaac Nader, Rafael Méndez Arango (Salvamento de voto); Luis Gonzalo Toro Correa, Germán G. Valdés Sánchez (Salvamento de voto).

Laura Margarita Manolas González. Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO

DESPIDO COLECTIVO

**Con autorización del Ministerio del trabajo
no genera pensión sanción, solo indemnización**

Por cuanto las circunstancias fácticas y las consideraciones conceptuales coinciden, para explicar mi salvamento de voto me remito a lo que consigné en el que expresé frente al fallo dictado en el proceso radicado bajo el No. 11936, así:

"Pero adicionalmente, en el supuesto de haber compartido la posición que aceptaba la viabilidad del cargo, tampoco hubiera podido acompañar la ponencia pues ella en su conjunto se orienta hacia reconocer en favor del demandante la pensión sanción bajo el supuesto de haber mediado en la terminación del contrato un despido injusto, cuando la génesis de la finalización del vínculo laboral realmente estuvo en una circunstancia y en una figura distintas, como son las que corresponden a la terminación del contrato de trabajo como consecuencia de un cierre parcial definitivo de la empresa y de la consiguiente terminación masiva de contratos previa la debida autorización del Ministerio de Trabajo.

"Creo que esta última situación no encaja dentro de la noción del despido injusto pues éste, como decisión unilateral que es, corresponde a un modo o causal legal de terminación del contrato de trabajo diferente al que en el caso presente condujo a la desvinculación del actor.

"En compañía del doctor José Roberto Herrera Vergara he manifestado en otras oportunidades los fundamentos de la opinión arriba sintéticamente expresada, por lo que estimo más conveniente remitirme a esas anteriores expresiones y para el efecto me permito transcribir la parte básica de ellas tomando lo pertinente del salvamento de voto expresado frente a la sentencia dictada el 16 de diciembre de 1996 en el proceso radicado bajo el número 8896.

"Lo dicho entonces es lo siguiente:

"1. El numeral 10. del artículo 50. de la Ley 50 de 1990 consagra en 9 literales las circunstancias que conducen a la terminación del contrato de trabajo. Cada uno de los modos de feneamiento del vínculo laboral que allí se contemplan tienen entidad propia y obedecen a situaciones totalmente independientes unas de otras.

"2. La enumeración de los modos de terminación del contrato de trabajo señalada en la norma mencionada se ha entendido como taxativa y ello ha conducido a que se niegue tal efecto a situaciones que no se encuentran contempladas en ella, como ha sucedido con la incidencia de circunstancias que constituyen fuerza mayor o caso fortuito.

"3. Dentro de los citados modos de conclusión del vínculo laboral se incluyen identificados con literales distintos la "liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento" y "la decisión unilateral en los casos de los artículos 7o. del Decreto Ley 2351 de 1965, y 6o. de esta ley" (Ley 50 de 1990). Significa lo anterior, que la ley contempla como distintas las situaciones indicadas.

"4. En el artículo 67 de la Ley 50 de 1990 se regula la situación del empleador que considera necesario hacer "despidos colectivos de trabajadores" ante la presencia de causas diferentes a las contempladas en la letra d) del ordinal 1o. del artículo 5o. de la Ley 50 de 1990 (por terminación de la obra o labor contratada) y en el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965 (justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo), con el fin de imponer la presencia de la autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

"Tal expresión permite entender que la figura del despido colectivo es ajena a los eventos señalados, no representa un modo autónomo de terminación del contrato y se genera ante la presencia de los otros modos de finecimiento del vínculo laboral en la medida en que ellos lo hagan posible, pues hay casos en que ello no es concebible como puede suceder ante la muerte del trabajador, el mutuo consentimiento, el vencimiento del término fijo pactado, la sentencia ejecutoriada y el no regreso del trabajador una vez desaparecida la causa de suspensión del contrato de trabajo.

"5. Lo anterior restringe la posibilidad de la figura en cuestión a los casos previstos en las letras e) y f) del citado artículo 5 de la Ley 50 de 1990 y al caso de la decisión unilateral del empleador sin que medie justa causa para el efecto. Por ello el ordinal 1o. del artículo 67 de la Ley 50 de 1990 alude al caso de "despidos colectivos de trabajadores" y al de "terminar labores total o parcialmente" y el ordinal 2o. extiende la previsión del permiso del Ministerio de Trabajo al evento en que "el empleador por razones técnicas o económicas u otras independientes de su voluntad necesite suspender actividades hasta por ciento veinte (120) días", con lo cual resulta claro que el permiso del Ministerio de Trabajo solo puede operar ante estos eventos que deben entenderse señalados en forma taxativa, los dos primeros para la terminación del contrato y el último para la suspensión del mismo. No se contempla el caso de la suspensión de actividades por el empleador por más de ciento veinte (120) días y por ello debe entenderse excluido de esta regulación.

"6. El ordinal 3o. del artículo 67 en comento señala, bajo la forma de ejemplos, los eventos en que es procedente la autorización por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, los cuales deben, naturalmente, ser

demostrados en debida forma para ilustrar el criterio de éste que entra a calificar discrecionalmente la pertinencia de expedir la autorización correspondiente. En todo caso, calificada la situación y concedido el permiso, es de entender que la terminación del contrato no puede considerarse atribuible a una determinación arbitraria o abusiva del empleador quien precisamente sólo procede a terminar el vínculo una vez ha obtenido la autorización del organismo gubernamental competente que la imparte con audiencia de los trabajadores y después de estar acreditados los presupuestos legales.

"7. En los ordinales 5o. y 6o. se distinguen dos situaciones frente a las terminaciones masivas de contratos de trabajo que alcancen las proporciones que se indican en el ordinal 4o.: cuando no se obtiene el permiso del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en cuyo caso la medida patronal es ineficaz, y cuando ha sido concedido tal permiso, evento en el cual el contrato realmente termina pero no simplemente por una decisión del empleador sino por la presencia de circunstancias que imponen la conclusión de la relación laboral previamente calificadas por la autoridad administrativa competente.

"8. Para el segundo evento, tanto en la modalidad originada en "el cierre definitivo, total o parcial" de la empresa como en el de "despido colectivo" (qué debe entenderse cuando se presenta la terminación masiva de contratos por las razones señaladas en el ordinal 3o. del artículo 67 de la Ley 50 de 1990 sin que se produzca el cierre total o parcial de la empresa), la ley establece de manera expresa la consecuencia al consagrar en favor de los trabajadores una indemnización especial, que no es la misma prevista en el artículo 6o. de la Ley 50 de 1990, en primer lugar porque su monto es distinto cuando se trata de empleadores con capital inferior a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales, en segundo lugar porque la misma norma prevé como una hipótesis diferente a la regulada por ella la del despido injusto (dice: "la indemnización legal que le habría correspondido al trabajador si el despido se hubiera producido sin justa causa legal"), y en tercer término porque no procede ilegítimamente quien actúa con la autorización administrativa contemplada en la ley como requisito para determinada actuación, como lo ha enseñado la jurisprudencia.

"La reducción de la indemnización consecuencia de la terminación del contrato de trabajo representa un elemento de clara identificación de las diferentes consecuencias que se presentan en uno y otro evento: despido injusto y despido colectivo.

"Además, en el caso de la terminación de los contratos por cierre de la empresa, la consagración de tal evento como modo distinto e independiente de terminación del contrato de trabajo, lo diferencia en forma total del despido injusto que corresponde en sentido estricto a la decisión unilateral del empleador sin que medie una justa causa de las contempladas en la ley.

"Cada uno de los modos de terminación del contrato de trabajo tiene su entidad propia y por ello su tratamiento debe ser independiente, por lo que no resulta admisible trasladarle a unos de ellos las consecuencias específicas que para otros ha señalado la ley, sin que ésta lo permita.

"9. Sin desconocer que la terminación del contrato de trabajo priva al empleado del ingreso proveniente de su salario, ello no significa que con tal medida se haga partícipe al trabajador de las pérdidas o riesgos económicos del empleador, pues tal situación solo sería concebible en la medida en que el trabajador asumiera el costo de tales circunstancias aunque fuera en mínima parte. La realidad es que el empleado no sacrifica parte alguna de su peculio ni se afecta su patrimonio aunque se afecte la posibilidad de incrementarlo, ya que ellas son dos situaciones diferentes. Pensar lo contrario supondría cercenar la facultad del empleador de terminar cualquier contrato, así fuera por medio de una determinación individual, pues en tal evento, dentro de este entendimiento, se estaría haciendo a ese trabajador individualmente considerado, partícipe en tales riesgos económicos de su patrono.

"10. En la decisión unilateral injusta hay ausencia de una justificación prevista en la ley mientras en el caso del despido colectivo, bajo sus dos situaciones (cierre de empresas y afectación masiva de contratos por decisión del empleador sin que exista la clausura de la empresa o establecimiento), median situaciones que la misma ley contempla como hipótesis que pueden conducir a que el empleador se vea compelido a terminar los contratos. En el primer evento, hay ausencia de razones que respalden a la luz de la normatividad la decisión del empleador mientras en los casos previstos como marco legal del despido colectivo existen motivos ajenos a la voluntad del empleador que imponen la terminación de los contratos.

"11. La pensión sanción se contempla como una secuela del despido sin justa causa pero no se prevé como consecuencia de un despido colectivo y no es viable intentar una aplicación extensiva o por analogía, dado que tratándose de una medida con connotación sancionatoria, su aplicación debe hacerse dentro de un carácter estrictamente restringido a los casos expresamente contemplados para el efecto.

Concatenado con lo anterior, debe tenerse en cuenta que en la actualidad, después de la expedición de la Ley 50 de 1990 la pensión sanción tiene un tratamiento especial restringido a los empleadores que no vinculan a su trabajador al sistema de seguridad social. Ello fue tenido en cuenta en el presente caso por el fallador de segunda instancia al observar que, cuando el demandante fue afiliado al I.S.S. por la empleadora, procedía disponer el pago de las cotizaciones hasta el momento en que el Seguro Social asumiera la correspondiente pensión de vejez, pues desde ese instante cesa la obligación pensional impuesta a la accionada. Se reitera por este salvamento que no es dable asimilar el despido colectivo, naturalmente autorizado por el Ministerio del ramo, al despido injusto.

"12. Lo expuesto conduce a que, como el cierre autorizado de la empresa o establecimiento, total o parcialmente, y el consecuencial despido colectivo en sí mismo no es acto asimilable a la terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo, cuando ese despido se produce el empleador no tiene a su cargo la obligación de pagar la pensión sanción de jubilación pues esta presupone la terminación del contrato sin justa causa. Solo deberá asumir la indemnización precisa y concreta que para tal evento consagra en forma expresa el artículo 67 de la Ley 50 de 1990 en sus distintas modalidades según el capital del empleador".

En la forma anterior dejo explicado mi salvamento de voto.

Fecha: ut supra.

Germán G. Valdés Sánchez

SALVAMENTO DE VOTO

DESPIDO COLECTIVO

**Con autorización del Ministerio del trabajo
no genera pensión sanción, solo indemnización**

Referencia: Expediente N° 12303

De la manera más respetuosa me aparto de la decisión de la mayoría, solamente en lo referente a los despidos colectivos autorizados por el Ministerio del Trabajo, dado que en repetidas oportunidades he expresado cuál es el alcance que en mi concepto tienen las normas aplicables, por lo que me limitaré a transcribir los planteamientos que he emitido sobre el particular, así:

"1. El numeral 1° del artículo 5° de la Ley 50 de 1990 consagra en 9 literales las circunstancias que conducen a la terminación del contrato de trabajo. Cada uno de los modos de fenecimiento del vínculo laboral que allí se contemplan tienen entidad propia y obedecen a situaciones totalmente independientes unas de otras.

2. La enumeración de los modos de terminación del contrato de trabajo señalada en la norma mencionada se ha entendido como taxativa y ello ha conducido a que se niegue tal efecto a situaciones que no se encuentran contempladas en ella, como ha sucedido con la incidencia de circunstancias que constituyen fuerza mayor o caso fortuito.

3. Dentro de los citados modos de conclusión del vínculo laboral se incluyen identificados con literales distintos la 'liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento' y la decisión unilateral en los casos de los artículos 7° del Decreto-ley 2351 de 1965, y 6° de esta ley". (Ley 50 de 1990). Significa lo anterior, que la ley contempla como distintas las situaciones indicadas.

4. En el artículo 67 de la Ley 50 de 1990 se regula la situación del empleador que considera necesario hacer "despidos colectivos de trabajadores" ante la presencia de causas diferentes de las contempladas en la letra d) del ordinal 1° del artículo 5° de la Ley 50 de 1990 (por terminación de la obra o labor contratada) y en el artículo 7° del Decreto 2351 de 1965 (justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo), con el fin de imponer la presencia de la autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Tal expresión permite entender que la figura del despido colectivo es ajena a los eventos señalados, no representa un modo autónomo de terminación del contrato y se genera ante la presencia de los otros modos de fincimiento del vínculo laboral en la medida en que ellos lo hagan posible, pues hay casos en que ello no es concebible como puede suceder ante la muerte del trabajador, el mutuo consentimiento, el vencimiento del término fijo pactado, la sentencia ejecutoriada y el no regreso del trabajador una vez desaparecida la causa de suspensión del contrato de trabajo.

5. Lo anterior restringe la posibilidad de la figura en cuestión a los casos previstos en las letras e) y f) del citado artículo 5 de la Ley 50 de 1990 y al caso de la decisión unilateral del empleador sin que medie justa causa para el efecto. Por ello el ordinal 1° del artículo 67 de la Ley 50 de 1990 alude al caso de "despidos colectivos de trabajadores" y al de "terminar labores total o parcialmente" y el ordinal 2° extiende la previsión del permiso del Ministerio de Trabajo al evento en que "el empleador por razones técnicas o económicas u otras independientes de su voluntad necesite suspender actividades hasta por ciento veinte (120) días" con lo cual resulta claro que el permiso del Ministerio de Trabajo solo puede operar ante estos eventos que deben entenderse señalados en forma taxativa, los dos primeros para la terminación del contrato y el último para la suspensión del mismo. No se contempla el caso de la suspensión de actividades por el empleador por más de ciento veinte (120) días y por ello debe entenderse excluido de esta regulación.

6. El ordinal 3° del artículo 67 en comento señala, bajo la forma de ejemplos, los eventos en que es procedente la autorización por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, los cuales deben, naturalmente, ser demostrados en debida forma para ilustrar el criterio de este que entra a calificar discrecionalmente la pertinencia de expedir la autorización correspondiente. En todo caso, calificada la situación y concedido el permiso, es de entender que la terminación del contrato no puede considerarse atribuible a una determinación arbitraria o abusiva del empleador quien precisamente sólo procede a terminar el vínculo una vez ha obtenido la autorización del organismo gubernamental competente que la imparte con audiencia de los trabajadores y después de estar acreditados los presupuestos legales.

7. En los ordinales 5° y 6° se distinguen dos situaciones frente a las terminaciones masivas de contratos de trabajo que alcancen las proporciones que se indican en el ordinal 4°: cuando no se obtiene el permiso del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en cuyo caso la medida patronal es ineficaz, y cuando ha sido concedido tal permiso, evento en el cual el contrato realmente termina pero no simplemente por una decisión del empleador sino por la presencia de circunstancias que imponen la conclusión de la relación laboral previamente calificadas por la autoridad administrativa competente.

8. Para el segundo evento, tanto en la modalidad originada en "el cierre definitivo, total o parcial" de la empresa como en el de "despido colectivo" (que debe entenderse cuando se presenta la terminación masiva de contratos por las razones señaladas en el ordinal 3° del artículo 67 de la Ley 50 de 1990 sin que se produzca el cierre total o parcial de la empresa), la ley establece de manera expresa la consecuencia al consagrar en favor de los trabajadores una indemnización especial, que no es la misma prevista en el artículo 6° de la Ley 50 de 1990, en primer lugar, porque su monto es distinto cuando se trata de empleadores con capital inferior a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales, en segundo lugar porque la misma norma prevé como una hipótesis diferente de la regulada por ella la del despido injusto (dice: "la indemnización legal que le habría correspondido al trabajador si el despido se hubiera producido sin justa causa legal"), y en tercer término porque no procede ilegítimamente quien actúa con la autorización administrativa contemplada en la ley como requisito para determinada actuación, como lo ha enseñado la jurisprudencia.

La reducción de la indemnización consecuencia de la terminación del contrato de trabajo representa un elemento de clara identificación de las diferentes consecuencias que se presentan en uno y otro evento: despido injusto y despido colectivo.

Además, en el caso de la terminación de los contratos por cierre de la empresa, la consagración de tal evento como modo distinto e independiente de terminación del contrato de trabajo, lo diferencia en forma total del despido injusto que corresponde en sentido estricto a la decisión unilateral del empleador sin que medie una justa causa de las contempladas en la ley.

Cada uno de los modos de terminación del contrato de trabajo tiene su entidad propia y por ello su tratamiento debe ser independiente, por lo que no resulta admisible trasladarle a unos de ellos las consecuencias específicas que para otros ha señalado la ley, sin que esta lo permita.

9. Sin desconocer que la terminación del contrato de trabajo priva al empleado del ingreso proveniente de su salario, ello no significa que con tal medida se haga participe al trabajador de las pérdidas o riesgos económicos del empleador, pues tal situación solo sería concebible en la medida en que el trabajador asumiera el costo de tales circunstancias aunque fuera en mínima parte. La realidad es que el empleado no sacrifica parte alguna de su peculio ni se afecta su patrimonio aunque se afecte la posibilidad de incrementarlo, ya que ellas son dos situaciones diferentes. Pensar lo contrario supondría cercenar la facultad del empleador de terminar cualquier contrato, así fuera por medio de una determinación individual, pues en tal evento, dentro de este entendimiento, se estaría haciendo a ese trabajador individualmente considerado, participe en tales riesgos económicos de su patrono.

10. En la decisión unilateral injusta hay ausencia de una justificación prevista en la ley mientras en el caso del despido colectivo, bajo sus

dos situaciones (cierre de empresas y afectación masiva de contratos por decisión del empleador sin que exista la clausura de la empresa o establecimiento), median situaciones que la misma ley contempla como hipótesis que pueden conducir a que el empleador se vea compelido a terminar los contratos. En el primer evento, hay ausencia de razones que respalden a la luz de la normatividad la decisión del empleador mientras en los casos previstos como marco legal del despido colectivo existen motivos ajenos a la voluntad del empleador que imponen la terminación de los contratos.

11. La pensión sanción se contempla como una secuela del despido sin justa causa pero no se prevé como consecuencia de un despido colectivo y no es viable intentar una aplicación extensiva o por analogía, dado que tratándose de una medida con connotación sancionatoria, su aplicación debe hacerse dentro de un carácter estrictamente restringido a los casos expresamente contemplados para el efecto.

Concatenado con lo anterior, debe tenerse en cuenta que en la actualidad, después de la expedición de la Ley 50 de 1990 la pensión sanción tiene un tratamiento especial restringido a los empleadores que no vinculan a su trabajador al sistema de seguridad social. Ello fue tenido en cuenta en el presente caso por el fallador de segunda instancia al observar que, cuando el demandante fue afiliado al I.S.S. por la empleadora, procedía disponer el pago de las cotizaciones hasta el momento en que el Seguro Social asumiera la correspondiente pensión de vejez, pues desde ese instante cesa la obligación pensional impuesta a la accionada. Se reitera por este salvamento que no es dable asimilar el despido colectivo, naturalmente autorizado por el Ministerio del ramo, al despido injusto.

12. Lo expuesto conduce a que, como el cierre autorizado de la empresa o establecimiento, total o parcialmente, y el consecuencial despido colectivo en sí mismo no es acto asimilable a la terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo, cuando ese despido se produce el empleador no tiene a su cargo la obligación de pagar la pensión sanción de jubilación pues esta presupone la terminación del contrato sin justa causa. Solo deberá asumir la indemnización precisa y concreta que para tal evento consagra en forma expresa el artículo 67 de la Ley 50 de 1990 en sus distintas modalidades según el capital del empleador.

Fecha *ut supra*.

José Roberto Herrera Vergara.

SALVAMENTO DE VOTO

VIA INDIRECTA

Falta de apreciación

ERROR DE DERECHO

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral.-

Radicación 12303

Aunque bien sé que cada caso debe ser estudiado de manera particular, y no siempre es dable generalizar un argumento, considero pertinente recordar que asuntos similares a éste ya han sido fallados por la Sala, y en los cuales, guardando las diferencias propias de las circunstancias específicas de cada pleito, se controvertía por los litigantes la procedencia o no de una pensión de jubilación pactada en la misma convención colectiva de trabajo que aquí se examina.

Uno de esos asuntos anteriores a los que aludo, y el cual recuerdo por haber sido discutido en la semana inmediatamente anterior, es el de José de Jesús Cantillo Caraballo, quien, al igual que ahora lo que pretenden Alberto Peña, Humberto Casallas y Marco Aurelio Silva Ovalle, demandó a Industrial Agraria La Palma para que fuera condenada reconocerle la pensión convencional a la que atrás hice referencia.

En esa ocasión salvé el voto porque la mayoría se inclinó por considerar procedente un cargo por la vía directa, no obstante que el derecho pretendido tenía origen en una convención colectiva de trabajo.

Ahora en este asunto, aunque la demanda de casación no es sustancialmente diferente ni tampoco lo son las motivaciones del fallo recurrido, se opta por darle cabida al cargo por la vía indirecta, y se acepta que la violación de la ley se produjo por haberse incurrido en un error de derecho en razón de "no haber apreciado" el Tribunal "la existencia de una pensión sanción convencional pactada por la demandada con su sindicato de trabajadores".

Conforme lo plantea la parte recurrente en la demanda, "el error que se acusa en la sentencia es haber omitido el pacto convencional", pues, según los impugnantes, "se pasó por alto (éste) lo que está demostrado mediante la prueba ad substantiam actus".

Como de acuerdo con el artículo 60 del Decreto Ley 528 de 1964, en la casación del trabajo solo habrá lugar a error de derecho cuando se da por establecido un hecho por un medio probatorio no autorizado por la ley, debido a que ésta exige "al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto (...) y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza siendo el caso de hacerlo", es necesario concluir de los apartes de la demanda de casación que transcribo textualmente para no alterar lo dicho por quienes acusan la sentencia, que el ataque se funda en el error de derecho en que incurre el fallador cuando deja de apreciar la prueba exigida por la ley para la validez del acto.

Pero ocurre que basta leer la sentencia para advertir que el Tribunal expresamente se refirió a la prueba que dicen los recurrentes "pasó por alto", conforme resulta del siguiente aparte del fallo: "Igualmente obra a folios 218-285 [la] convención colectiva de trabajo, suscrita el 28 de octubre de 1993, vigente entre el 1º de julio de 1993 al 30 de julio de 1995, depositada dentro del término legal (fl. 285), incluyendo anexos y acta extraconvencional (fl. 283)" (folio 348).

Como entiendo que la expresión "pasar por alto el texto del pacto convencional" es necesariamente equivalente a la expresión legal "falta de apreciación de determinada prueba", la Corte no debió anular la sentencia, pues para los recurrentes la violación de la ley se produjo por falta de apreciación de una convención colectiva de trabajo, que expresamente fue apreciada por el juez de alzada, como lo demuestra la transcripción que hago del fallo impugnado.

Muchas han sido las veces que la Corte ha dicho que si el recurrente afirma que el error se deriva de la mala apreciación de una prueba que no fue apreciada, o de la falta de apreciación de una prueba que sí fue valorada, con independencia de cualquier otra consideración, resulta ineludible desestimar la acusación.

Que los recurrentes aseveraron que el error de derecho que atribuyen al fallo se originó en la falta de apreciación de la prueba, resulta igualmente de la afirmación según la cual: "Si se hubiese estimado esta prueba --la convención colectiva de trabajo, aclaro-- no hubiese sido posible haberle dado aplicación al artículo 133 de la Ley 100 de 1993 por cuanto éste se refiere a la pensión sanción de carácter legal" (folio 15, C. de la Corte).

Las anteriores razones me llevan a apartarme de la decisión adoptada por la mayoría, pues, sin que para nada interese cuál pueda ser mi personal consideración sobre como debió dictarse la sentencia por el Tribunal, es indiscutible --por lo menos para mí-- que el cargo adolece de un defecto técnico inexcusable, como lo es el derivar la violación indirecta de la ley de la falta de apreciación de una prueba que el fallador expresamente apreció.

Por ello salvo mi voto.

Rafael Méndez Arango.

TECNICA DE CASACION

PROPOSICION JURIDICA / PRUEBA CALIFICADA

INDEMNIZACION MORATORIA

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral - Santa Fe de Bogotá, D.C., noviembre diez (10) de mil novecientos noventa y nueve (1999)

Magistrado Ponente: Doctor Fernando Vásquez Bolero.

Radicación Nro. 12499

Acta Nro. 044

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el Hospital de la Misericordia contra la sentencia proferida el 12 de febrero de 1999 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, en el juicio que le sigue Laura Astrid Quiñones Torres.

ANTECEDENTES

Laura Astrid Quiñones Torres demandó en juicio ordinario al Hospital de la Misericordia para que sea condenado a reconocerle y pagarle: la indemnización por terminación del contrato laboral; la pensión sanción; el reajuste de la cesantía por todo el tiempo laborado y de los intereses, con la sanción por mora en el pago; la prima de servicios del 2º semestre de 1991; el reajuste de las vacaciones por el último año de servicios; la sanción moratoria prevista en el art. 65 del C.S.T.; la indexación por los conceptos adeudados; el sobresueldo desde el 29 de noviembre de 1991 hasta la terminación del contrato, a razón de \$13.358.00 mensuales; lo que resulte probado extra y ultra petita; las costas del juicio.

Los hechos narrados por la actora y que sirven de fundamento a las pretensiones anteriores, se pueden resumir así: que su mandante estuvo vinculada al Hospital de la Misericordia de Santa Fe de Bogotá por contrato de trabajo a término indefinido, desde el 1º de septiembre de 1975 hasta el 22 de enero de 1992, desempeñando los cargos de Secretaria de la Dirección, Auxiliar II de Contabilidad y Analista de Estadística; que su salario estuvo compuesto por una suma básica y un sobresueldo que contablemente se imputó a horas extras; que el último salario básico fue de \$147.141.00 mensuales y el sobresueldo de \$13.358.00 mensuales; que en la liquidación del contrato no se incluyó el verdadero valor del sobresueldo, y que la demandada no canceló el correspondiente valor de éste desde el 29 de noviembre de 1991; que por carta del 28 de noviembre

del mismo año se le trasladó al cargo de "Analista de Estadística" a partir del día 29 siguiente; que en el curso de 1990, el demandado incomodó y hostigó de diversas maneras a la actora, quien no recibió instrucción ni preparación para desempeñar dicho cargo, máxime cuando su traslado se dio de manera inmediata, siendo, además, una labor ajena a las tareas y funciones que venía realizando, y en las que se desempeñó por más de 16 años, en una oficina independiente, con los elementos necesarios para su misión; que como Analista de Estadística laboró en oficina compartida y con elementos desmejorados tanto en calidad como en cantidad; que por esas circunstancias se vio desmejorada en su salario y funciones, situación que dio a conocer a la institución demandada con documento fechado el 11 de diciembre de 1991; que por escrito de 21 de enero de 1992, su mandante dio por terminado el contrato de trabajo por las razones que en el consigna: que el demandado no ha pagado las sumas aquí relacionadas.

La demanda se contestó con oposición a las pretensiones, y se aceptaron como ciertos los hechos relativos a la prestación de servicios, sus extremos, los cargos desempeñados, el último salario básico devengado, el traslado del oficio de Auxiliar II de Contabilidad al de Analista de Estadística y la terminación unilateral del contrato por parte de la demandada. Así mismo, se propusieron las excepciones de carencia de causa, inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago y prescripción. Como razón de defensa se adujo que la trabajadora no fue desmejorada sino que simplemente se le hizo un traslado; que fue ella, quien de manera unilateral e ilegal rompió el contrato de trabajo; que no hubo sobresueldo, y que se le cancelaron en su totalidad los salarios y las prestaciones sociales a que tenía derecho.

La primera instancia terminó con sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá, del 4 de septiembre de 1996, en la que absolvió al demandado de todas las súplicas y condenó en costas a la actora; quien apeló tal decisión, y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, mediante sentencia del 12 de febrero del año en curso, la revocó, para en su lugar, condenar al Hospital de la Misericordia a pagarle: \$10.658.845.11 a título de indemnización por despido injusto; \$140.375.21 o la equivalente al salario mínimo legal mensual más alto si aquella fuere inferior, por concepto de pensión restringida de jubilación por despido injusto, a partir de la fecha en que la accionante cumpla 50 años o del despido si para ese entonces ya hubiere cumplido dicha edad; \$24.044.40 por sobresueldo insoluto; \$28.636.14 por reajuste de la cesantía; \$331.00 por reajuste de los intereses a la cesantía y su sanción moratoria; \$5.848.96 a partir del 23 de enero de 1992 y hasta que se cancelen las sumas por sobresueldo insoluto y reajuste de la cesantía, a título de indemnización moratoria; le impuso, además, el pago de las costas.

Los argumentos de la Corporación, una vez establecidos los supuestos de la relación laboral, sus extremos temporales y el salario, pueden sintetizarse así:

Indemnización por despido indirecto.- Señala que de las pruebas recaudadas no se colige que el traslado de la demandante al cargo de "Analista de Estadística" la hubiese perjudicado en lo que se refiere a las funciones desempeñadas, las locaciones y los elementos de trabajo; que no demostró la actora, quien tenía la carga de la prueba, caos supuestos y que la demandada hubiera incurrido en la causal de despido indirecto; que no sucede lo mismo en lo atinente a la sobre remuneración devengada, porque en el expediente se evidencia que a la demandante se le asignó y devengó por más de tres años, una suma extra bastante considerable, pues equivalía aproximadamente al 10% de su salario básico; que aunque la demandada aduce que ello obedecía a pagos por trabajo suplementario o de horas extras, la realidad indica que se trata de una suma fija pagada, independientemente de si la trabajadora laboraba o no por encima de la jornada ordinaria y de la cantidad de trabajo que realizara, pues aquella comenzó a pagarse por el incremento de trabajo realizado con ocasión de la afiliación de los trabajadores al ISS, siendo la demandante una de las encargadas de elaborar las nóminas, convirtiéndose así dicha suma en una asignación permanente que se pagaba como complemento del salario, y por tanto, como parte integrante de éste; en ese orden de ideas, estima la Sala que la demandada dejó de cumplir con una de las obligaciones contractuales, disminuyendo ostensiblemente el salario de la trabajadora, circunstancia que no fue aceptada por ésta, toda vez que inmediatamente presentó su reclamo, configurándose así la causal 8ª del literal B del art. 7º del Decreto 2351 de 1965.

Penión restringida de jubilación.- Dejó sentado la Sala para reconocer esta prestación, que el despido indirecto tiene los mismos efectos jurídicos del despido sin justa causa; que como la demandante tenía más de 15 años de servicios al Hospital al momento en que se produjo aquel y la demandada no demostró que la había afiliado al ISS, se hacía imperioso el reconocimiento de ese derecho a la accionante en los términos como se dejó consignado en la parte resolutive del fallo.

Pago de sobresueldo.- Frente al reconocimiento de esta pretensión, adujo el Tribunal que en el proceso quedó establecido que la suma de \$13.358.00 pagada a la actora en forma periódica, constituyó un sobresueldo que hacía parte integrante del salario pactado, razón por la cual, la demandada no debió suspender su pago, como lo hizo a partir del 29 de noviembre de 1991.

Reajuste de cesantía e intereses.- Estimó la Sala que la demandante tiene derecho a la reliquidación de la cesantía y de los intereses, teniendo en cuenta para ello la sobre remuneración completa, toda vez que adquirió el derecho a dicho salario.

Indemnización Moratoria.- Adujo la Corporación, que no existe evidencia de que la empleadora tuviera razones atendibles para suspender el pago de la sobre remuneración que venía cancelando a la demandante, pues si bien alegó que tal suma correspondía a horas extras, la demandada sabía que no se trataba de dicho concepto, pues la trabajadora no laboraba las horas extras que correspondían a dicha suma, no siendo tal una excusa que pueda aceptarse como demostrativa de buena fe.

EL RECURSO DE CASACIÓN

Fue interpuesto por la parte demandada, concedido por el Tribunal y tramitado en debida forma, por lo que se procede a decidirlo, previo el estudio de la demanda que lo sustenta y de su réplica.

Su acusación la formula en tres cargos que se estudiarán independientemente.

Primer cargo.

Acuso la sentencia proferida por el *ad quem* de ser violatoria, por aplicación indebida, de la vía indirecta, de los artículos 249, 253 (subrogado por el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965), 57-4, 62 literal b) numeral 8º (subrogado por el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965) 64-4 (subrogado por el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965) y 65 del Código Sustantivo de Trabajo; 1º de la Ley 52 de 1965; 8º de la Ley 171 de 1961; 37 de la Ley 50 de 1990; 2º de la Ley 4ª de 1976 y 1º de la Ley 71 de 1988, preceptos legales que resultaron violados todos ellos a consecuencia de errores evidentes de hecho, originados en la mala apreciación de la prueba que en seguida singularizo:

Anota el recurrente que esas violaciones tuvieron origen en los siguientes errores manifiestos de hecho en que incurrió el *ad quem*:

"1. Dar por establecido, cuando manifiestamente no fue así, que la remuneración recibida por la actora, por concepto de horas extras, corresponde a remuneración ordinaria del trabajo contratado.

"2. No dar por probado, cuando ostensiblemente sí lo fue, que la remuneración complementaria, adicional, de horas extras, sobre sueldo o sobre remuneración, en términos del *ad quem*, percibida por la actora, corresponde real y materialmente a un incentivo específico, particular y concreto que le fue reconocido con motivo de las cargas laborales que desempeñó, particularmente por el incremento en el trabajo ocasionado por la inscripción del Hospital al I.S.S y la consecuente afiliación de los trabajadores al mencionado Instituto".

Alega el impugnante que los errores evidentes de hecho, a su turno, fueron consecuencia de una equivocada apreciación de la inspección ocular practicada en la sede del juzgado (fs 127 a 145), en la que se incorporaron al expediente fotocopias que fueron cotejadas con los originales que se exhibieron, de las nóminas de salarios en las que aparecen relacionados los pagos hechos a la actora por concepto de horas extras, entre otros.

DEMOSTRACIÓN DEL CARGO

Para fundamentar la acusación, destaca el censor que si el Tribunal hubiese apreciado rectamente, sin error, las nóminas de salarios visibles a fls 129 a 145, habría llegado a la conclusión de que la suma percibida por la demandante, bajo la denominación formal de horas extras, real y materialmente correspondía a una retribución de esa naturaleza, convenida por las partes para incentivar y estimular a la accionante en el cumplimiento eficiente de las labores que asumió, en adición a las ordinarias y normales al cargo desempeñado; que ello explica inequívocamente, que precisamente la actora al elaborar las nóminas del Hospital, incluida la suya, relacionara el pago cuestionado en el concepto de horas extras.

Al cargo anterior, el recurrente le imprimió el siguiente alcance:

"Con la formulación del cargo anterior, aspira a que la H. Sala de Casación Laboral case totalmente la sentencia impugnada y en sede de instancia, confirme la proferida en primera instancia por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá" (fl. 10 cdno cas).

LA RÉPLICA

Sostiene el opositor que de la prueba de inspección judicial, lo que dedujo el Tribunal fue su acierto al corroborar que a la actora se le asignó y percibió por más de tres años una suma extra bastante considerable; que se trató de una suma fija pagada independientemente de si la trabajadora laboraba o no por encima de la jornada ordinaria y que por ello se convirtió en una asignación permanente que se cancelaba como parte integrante del propio salario, resultando incontestable, como concluyó el *ad quem* que no se trataba de horas extras como equivocadamente lo plantea la censura.

SE CONSIDERA

La controversia planteada en el cargo tiene que ver con la naturaleza jurídica del pago de la suma periódica y habitual que devengó mensualmente la demandante entre 1989 y noviembre de 1991, cuando laboraba como de auxiliar de contabilidad de la demandada, pues mientras la ex trabajadora sostiene que ello formaba parte de la estructura de su salario hasta el final del vínculo (fls 3 y 4), tesis que avaló el *ad quem* al catalogarla como sobre remuneración (flo 209), o sobresueldo (flo 211), la demandada sostiene que dicho pago sí se efectuó, pero bajo la modalidad de remuneración por concepto de horas extras laboradas por la accionante en el empleo que desempeñó hasta el 29 de noviembre de 1991, cuando fue trasladada a laborar como analista de estadística.

No obstante, siendo tal el contenido del debate frente a la sentencia recurrida, encuentra la Corte que la acusación presenta una falencia técnica insubsanable, consistente en la deficiente composición de su proposición jurídica, toda vez que si la discusión gira en torno al carácter de

sobresueldo o de remuneración por horas extras de la suma adicional que devengó la reclamante hasta noviembre 29 de 1991, entonces el impugnante ineludiblemente debió haber enlistado en el acervo normativo de su ataque o al artículo 127 del C.S. del T, que alude a ambos pagos como parte constitutiva del salario, o a los artículos 159 y 168 *ibidem* (modificado por el artículo 24 de la Ley 50 de 1990), que en su orden definen el trabajo suplementario y la forma como debe ser remunerado por el empleador. Ello porque incuestionablemente el primer precepto sustantivo fue la base esencial del fallo cuestionado y porque, desde la perspectiva de la censura, debe asumirse que las dos últimas normas debieron haberlo sido, resultando de esa manera imperativo que denunciara su presunta transgresión por el *ad quem*.

En contraste con lo anterior, en la *proposición jurídica de la acusación* brillan por su ausencia las disposiciones sustantivas en comento, lo cual conduce a la desestimación del cargo por no cumplir con el *morigerado* requisito de la demanda extraordinaria de que trata el numeral 1° del artículo 51 del Decreto 2651 de 1991, convertido en legislación permanente por la Ley 446 de 1998.

Pero es más aún, así se pasara por alto la aludida deficiencia, la Sala tendría que llegar a la conclusión que lo denunciado como error de hecho, y sobre lo cual discurre esencialmente el cargo, no puede ser atribuido a: "mala apreciación" de la inspección ocular "practicada en la sede del juzgado, en la que se incorporaron al proceso fotocopias- que fueron corejadas por el juzgado con los originales que se exhibieron- de las nóminas de salario en que aparecen relacionados los pagos realizados a la actora por concepto de horas extras, entre otros (fl. 127 a 145)".

Se assera lo anterior porque el Tribunal, en el aludido aspecto, no le puso a decir a esa prueba cosa distinta a lo que en ella constató, pues al respecto manifestó en el fallo: "En el folio 123 se encuentra certificado expedido por el Jefe de Departamento de Recursos Humanos de la demandada en el cual se hace constar la suma recibida por la demandante por concepto de horas extras durante los años de 1989, 1990 y 1991. Dice dicho certificado que durante 1991 la demandante recibió la suma de \$13.328 mensuales hasta noviembre. Esta información coincide con la obtenida durante la diligencia de inspección judicial (folio 128) durante la cual se aportaron copias de las nóminas (folios 129 y ss) en las cuales figuraban los pagos mensuales realizados a la demandante por concepto de horas extras (...)"

Y si bien el Tribunal posteriormente a los precitados pagos les niega la connotación de "horas extras", lo hace, no porque haya apreciado erróneamente la inspección ocular, sino porque tiene en cuenta otro elemento probatorio. Esto al puntualizar: "No sucede lo mismo en lo relacionado con la sobre remuneración devengada. La evidencia del proceso indica que a la demandante se le asignó y devengó por más de tres años una suma extra bastante considerable ya que equivale a un porcentaje aproximado al 10% de su salario básico. Si bien la demandada aduce que tal

suma obedece a una remuneración de trabajo suplementario o de horas extras, la realidad demostrada indica que se trata de una suma fija pagada independientemente de si la trabajadora laboraba por encima de su jornada ordinaria o no y de la cantidad de trabajo que realizara. Lo que sí se observa es que, tal como lo explicó el testigo Rodrigo Cornejo, la suma comenzó a pagarse por incremento en el trabajo ocasionado por la afiliación de los trabajadores al ISS ya que la demandante era uno de los empleados encargados de elaborar las nóminas. Así, se convirtió tal suma en una asignación permanente que se pagaba como complemento del salario y por lo tanto como parte fija de este".

De modo, pues, de lo antes transcrito se colige que *de haberse dado el error de hecho que se viene analizando, el mismo no sería consecuencia del único medio probatorio cuya deficiencia se denunció, lo que de por sí implicaba que el cargo tampoco estaría llamado a prosperar; adhiriendo que si bien la prueba testimonial no es prueba calificada en casación laboral, también es cierto que cuando el fallo está estructurado en la misma debe ser atacada para que en caso de mostrarse yerro con la que sí lo es, pueda entrarse a examinar aquella. Se precisa esto, porque en razón a lo antes transcrita, el censor debió haber señalado y conuertido el testimonio que tuvo en cuenta el Tribunal para negarle a unos pagos hechos a la demandante la connotación de horas extras.*

El cargo, entonces, se desestima.

Segundo Cargo

"Acuso la sentencia proferida por el *ad quem* de ser violatoria, por aplicación indebida, de la vía indirecta, del artículo 65 del C.S.T. precepto legal que resultó quebrantado a consecuencia de errores evidentes de hecho en que incurrió el Tribunal en la estimación de las pruebas que singularizo a continuación:

"El Tribunal apreció con error manifiesto las nóminas de salarios visibles a folios 129 a 145, en las cuales se aprecia que la demandada pagó horas extras -no otro concepto- a la demandante, y dejó de apreciar la confesión de la actora, al responder la pregunta 2ª del interrogatorio de parte que absolvió (fl. 80) en punto que cuando desempeñó el cargo de Auxiliar II de Contabilidad, entre otras funciones, debía liquidar la nómina del Hospital), y por ende sus propios salarios.

"El error de hecho evidente y manifiesto en que incurrió el Tribunal estriba en no haber dado por demostrado, cuando ostensiblemente sí lo fue, que el Hospital demandado no hubiese tenido razones atendibles para no considerar, de buena fe, como sobre remuneración los pagos realizados a la actora por el concepto de horas extras".

DEMOSTRACIÓN DEL CARGO

Para fundamentar la acusación, expone que el Tribunal ignoró que la demandante era la encargada de elaborar y liquidar la nómina de sala-

rios de los trabajadores del Hospital, incluida la suya, incluyendo los pagos en comento en la columna de horas extras, por lo cual debió entender que el empleador obró de buena fe, y que en ese orden de ideas si el ad quem no hubiese incurrido en los errores reseñados habría hallado que su patrocinado actuó con ella y no habría fulminado la condena por salarios caídos o indemnización moratoria.

Al cargo en comento, la censura le imprimió el siguiente alcance:

"Con el presente cargo pretendo que la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, case o infirme el ordinal 6º del literal A) de la parte resolutive de la sentencia impugnada y actuando en sede de instancia, se absuelva al Hospital demandado de la condena por concepto de indemnización moratoria"

LA RÉPLICA

Idénticos argumentos a los que expuso para refutar el primer cargo, expuso el replicante, siendo innecesario reproducirlos.

SE CONSIDERA

Objeta el acusador la condena que por indemnización moratoria impuso el Tribunal a la demandada fundamentado en el argumento de que no hallaba razones atendibles para que la empleadora suspendiera a la trabajadora el pago del sobresueldo que le venía cancelando.

Para la Corte, resultando claro que la controversia entre las partes, siempre discurrió en torno a la naturaleza jurídica del pago que se reporta en los documentos de folios 129 a 145, en el cual palmariamente figura como realizado por concepto de horas extras hasta el 29 de noviembre de 1991, fecha límite en que la petente desempeñó el cargo de auxiliar II de contabilidad, ello permite concluir que contrario a lo afirmado en la sentencia recurrida, el empleador sí alcanzó a esbozar a lo largo de la contención una explicación razonable de por qué no pagó hasta el final del vínculo la suma adicional que mensualmente le sufragó a la demandante dentro del lapso antes determinado, tanto así que el Tribunal no la aceptó por inferir que la suma imputada a horas extras no se atenía a la que correspondía por tal concepto.

Es por lo anterior que deviene razonable que la demandada asumiera que en el nuevo empleo desempeñado por la accionante -analista de estadística-, no debía sufragar lo que entendía como trabajo suplementario conexo con la primera función, de donde emerge atendible que válidamente tampoco creyera deber el sobresueldo que se le demanda y que el mismo fuera base para la liquidación de cesantías tras el finiquito contractual.

En reiteradas oportunidades ha puntualizado la Sala que el análisis en torno a la imposición de la indemnización del artículo 65 del CST no debe realizarlo el juzgador en vista del acierto del argumento del empleador para

explicar su conducta omisiva, total o parcial, en el pago de créditos sociales, sino debe afrontarlo en atención a su razonabilidad, pues se ha dejado sentado que la carga resarcitoria prevista en el artículo 65 del CST no es irremediable, por absoluta e inexorable, sino que debe ser aplicada en cada caso, examinando con rigor la conducta patronal, pues si de esta se infiere que no hubo finalidad defraudatoria del empleador con los intereses del trabajador y que, como en este caso, existen razones serias que explican el no pago íntegro por su parte de algunos créditos sociales, no hay lugar a imponerla.

Como desde el contenido de las nóminas de pago de folios 129 a 145, que objetivamente dan cuenta del pago a la petente de trabajo suplementario, la Sala encuentra que en relación con la indemnización por mora no es desdeñable lo esbozado por la empleadora frente a la causa petendi de la demanda, al concluir el *ad quem* lo contrario, el ataque en este tópico específico de la controversia saldrá adelante.

A lo anterior se puede agregar que relacionando la prueba calificada involucrada en la acusación con la demanda ordinaria y el escrito de contestación, se colige, también, que la demandada expuso una explicación razonable del por qué no pagó hasta la finalización del contrato la suma que a la postre dio lugar a que el Tribunal impusiera la sanción moratoria. En efecto, en la contestación de la demanda (fho 15), la empleadora niega que el pago por horas extras referenciado en los documentos de folios 129 a 145 del expediente sea a título del sobresueldo al que alude la demandante (fho 4), y afirma, además, que es cierto que a la extinción del contrato los créditos sociales a lugar no fueron liquidados teniendo en cuenta la suma en cuestión, aseverando que dicha sobre remuneración no existió, aparte de que aceptó, al responder el introductorio (fho 15), que después del 29 de noviembre de 1991 no efectuó tal pago por no existir derecho de la petente al mismo, contexto argumental en el cual propuso las excepciones de carencia de causa, inexistencia de las obligaciones reclamadas y pago.

En consecuencia, el cargo prospera.

Tercer Cargo

"Lo formulo por la vía directa, con prescindencia del aspecto fáctico, por el concepto de infracción directa, en cuanto el *ad quem* quebrantó la jurisprudencia predominante de esa Superioridad, que tiene definido que las condenas por indemnización moratoria e indexación, son incompatibles. Así se ha señalado desde la sentencia proferida el 20 de mayo de 1992. El Tribunal al condenar al Hospital al pago de la indemnización por despido injusto indexada, y simultáneamente al pago de la indemnización moratoria, desconoció y se negó a aplicar la jurisprudencia comentada, a un caso, como el presente, que reclama su observancia y aplicación".

A este cargo, el recurrente le imprimió el siguiente alcance:

"Con la proposición de este cargo aspiro a que se case la sentencia impugnada, y se modifique el ordinal-1º del literal A) de su parte resoluti-

va y en sede de instancia se condene al Hospital demandado al pago de la indemnización por despido injusto, sin indexación, es decir, por la cantidad de \$2.965.426.10, valor que liquidó el *ad quem*.

LA RÉPLICA

Destaca la oposición que se debe mantener la decisión del Tribunal atacada en este tercer cargo por cuanto el concepto de indemnización indexada es independiente de la sanción moratoria del art. 65 del C.S.T. y que tanto el uno como el otro corresponden a causas distintas porque el primero refleja el pago de una suma fija de dinero que la enjuiciada debió pagar al momento de la finalización de la relación laboral, valor que, lógicamente, al ser cancelado 7 años después no debe tener el mismo poder adquisitivo o nominal de 1992; al paso que el segundo corresponde a la sanción por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales, por lo que tales conceptos no son excluyentes sino compatible.

SE CONSIDERA

Al prosperar el segundo cargo, por sustracción de materia, sería innecesario el análisis de este. Sin embargo, no sobra anotar que el mismo debe ser desestimado, toda vez que en lo absoluto carece de proposición jurídica, con lo cual el censor está inumpliendo con el requisito insustituible del literal a) del numeral 5 del artículo 90 del Código de Procedimiento Laboral.

En varias oportunidades la Corte se ha referido a la importancia que en la demanda extraordinaria tiene el acervo jurídico del ataque, resaliando que en tal elemento de su totalidad es en el que la censura debe indicarle frente a qué preceptos legales sustantivos debe ser confrontada la sentencia recurrida, ora con mediación de discusiones fácticas y probatorias (vía indirecta), o con la total prescindencia de éstas y la exclusiva dedicación al análisis en derecho (vía directa), razón por la cual si el impugnante, como en el sub examine, omite llevar a cabo dicho cometido, queda imposibilitada la Sala de examinar la sentencia recurrida.

En consecuencia, el cargo se desestima.

Sin costas por el recurso dada la prosperidad del mismo así sea parcial.

En sede de instancia y por las razones expuestas en las consideraciones realizadas a propósito del segundo cargo de la demanda extraordinaria, la Corte confirmará el fallo de primer grado, en cuanto absolvió a la demandada de reconocer y pagar a la demandante indemnización moratoria.

Costas en las instancias a cargo de la demandada

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por au-

toridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia del 12 de febrero de 1999, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá D.C., en cuanto impuso a la demandada el pago a favor de la accionante de indemnización moratoria. En sede de instancia confirma el fallo de primer grado en la medida que se abstuvo de reconocer a la actora tal crédito resarcitorio.

Sin costas por el recurso extraordinario.

Cóptese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Fernando Vásquez Botero, Francisco Escobar Henríquez, José Roberto Herrera Vergara, Carlos Isaac Nader, Rafael Méndez Arango y Luis Gonzalo Toro Correa

Laura Margarita Manotas González, Secretaria

PENSION SANCION DE TRABAJADORES OFICIALES
Afiliados al ISS sin derecho a pensión mínima de vejez

COTIZACIONES

Las faltantes corren a cargo del empleador

REFORMATIO IN PEJUS

Aplicación

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral. - Santa Fe de Bogotá, D.C. doce (12) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Radicación N° 12033

Acta N° 43

Magistrado ponente: Dr. Francisco Escobar Henríquez

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Alcalis de Colombia S.A. "Alco Ltda." contra la sentencia proferida el 5 de noviembre de 1998 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en el proceso promovido por Antonio Córdoba Canole y otros contra la recurrente.

ANTECEDENTES

La demanda acumulada por los señores Antonio Córdoba Canole, Azael Arroyo Alvarez, Libardo Vivanco Guerrero, Remberto Pérez Ireguis, Manuel Felipe Ramírez Márquez, Oscar Enrique Castillo Pullo y Rafael Escudero Bustamante se instauró con el propósito de que se ordenara su reintegro a los cargos que desempeñaban en Alcalis de Colombia, más los salarios incrementados; o en subsidio, la pensión restringida de jubilación, según el art. 8 de la Ley 171 de 1961 "...y/o el pago de las cuotas de afiliación..." al ISS hasta cuando se les reconozcan las respectivas pensiones.

El apoderado de los accionantes mencionó las fechas de sus vinculaciones a la empresa accionada (ocurridas entre 1971 y 1972) y adujo que fueron despedidos en septiembre 11 de 1991, no obstante la expresa prohibición de la convención colectiva de trabajo en la cual se establece el reintegro y una tabla indemnizatoria.

En la respuesta a la demanda el apoderado de la accionada aceptó que la terminación de los contratos de trabajo de los actores se produjo en la fecha anotada y, sin justa causa. Expuso que ella pagó la indemnización convencional y que no procede la pensión reclamada en tanto los trabajadores no reunieron los correspondientes requisitos y dado que siempre estuvieron afiliados al ISS. Propuso las excepciones de pago, prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, falta de título y causa, así como la compensación. Al celebrarse la primera audiencia de trámite el juzgado del conocimiento aceptó la formulación de la excepción que se denominó inexistencia del derecho pensional.

DECISIONES DE INSTANCIA

En la audiencia de juzgamiento celebrada el 6 de marzo de 1998, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cartagena ordenó el reintegro de los demandantes a los cargos que desempeñaban en la fecha del despido y a cancelarles los salarios dejados de percibir, disponiendo la compensación con los valores que recibieron por prestaciones definitivas e indemnizaciones.

Mediante la sentencia aquí impugnada el Tribunal definió los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes, al revocar el fallo del *a quo*, para en su lugar condenar a Alcalis a continuar cotizando al ISS hasta cuando los demandantes Remberto Pérez Ireguis, Manuel Felipe Ramírez Márquez, Oscar Enrique Castillo Pichillo y Rafael Escudero Bustamante adquieran el derecho a la pensión de vejez; respecto a los demandantes Antonio Córdoba Canole, Azael Arroyo Alvarez y Libardo Vivanco Guerrero, indicó el *ad quem* que por haber laborado durante más de 20 años no había lugar a condena alguna.

En lo que interesa a los fines del recurso de casación, el juzgador de segunda instancia impartió la mencionada condena sustentado en el párrafo 1° del artículo 37 de la Ley 50 de 1990.

La apoderada de los demandantes solicitó corrección y aclaración del fallo; el sentenciador advirtió que no había ningún error aritmético para enmendar y que si alguna confusión existía, debía entenderse aclarada con la anotación de que la pensión sanción deprecada no resultaba viable para los actores que completaron más de 20 años de servicios y para los restantes procedían las cotizaciones impuestas.

RECURSO DE CASACIÓN

Contra el fallo del *ad quem* interpusieron recurso de casación los apoderados de las partes, los cuales fueron concedidos por el Tribunal y admitidos por esta Sala de la Corte, ante la cual se formuló demanda sólo por el de la parte accionada y por ello se declaró desierta la impugnación de los accionantes.

Tres cargos formula el recurrente con el propósito de que se case parcialmente el fallo acusado, en tanto al revocar el del a quo impuso unas cotizaciones a cargo de la empresa accionada, con destino al ISS y que en sede de instancia se profiera decisión absolutoria frente a todas las reclamaciones contenidas en la demanda inicial.

Por razones metodológicas se analizará el segundo cargo propuesto, teniendo en cuenta que la parte actora no presentó oposición.

Segundo Cargo

Acusa por la vía directa la aplicación indebida de los artículos 37, párrafo 1º, de la Ley 50 de 1990; 8º, párrafo único, de la Ley 171 de 1961; 3º y 4º del CST, 1º de la Ley 33 de 1985; 7º de la Ley 71 de 1988, en concordancia con el 17 del Acuerdo 049 de 1990 del Seguro Social, aprobado por el Decreto 758 de 1990; 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, así como el 2º del Decreto 433 de 1971.

En desarrollo del cargo afirma que el párrafo del artículo 37 de la citada Ley 50 de 1990 no comprende a quienes han tenido afiliados a sus trabajadores al Seguro Social desde el inicio y durante la relación laboral. Al respecto advierte que en este caso el Tribunal partió del supuesto según el cual los actores permanecieron afiliados a la seguridad social y que por tanto al no haber omisión en ese aspecto por parte de la empresa accionada, el sentenciador aplicó indebidamente el aludido precepto legal.

Anota que el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 no contempló el pago de cotizaciones y observa que las normas sancionatorias son de interpretación restrictiva y que invoca disposiciones propias del régimen del Seguro Social dada la orientación jurisprudencial sobre el particular, pero que de considerarse inaplicable el referido artículo 37 de la Ley 50, por serlo aquél artículo 8º de la Ley 171, con mayor razón resulta improcedente la condena impuesta por el *ad quem*.

SE CONSIDERA

El juzgador de segunda instancia se equivocó al establecer que es viable imponer a la demandada la obligación de continuar cotizando a la seguridad social, con fundamento en el párrafo 1º del art. 37 de la Ley 50 de 1990, el cual dice textualmente:

"En aquellos casos en que el trabajador esté afiliado al Instituto de Seguros Sociales pero no alcance a completar el número mínimo de semanas que le da derecho a la pensión mínima de vejez, bien porque dicho Instituto no hubiere ampliado su cobertura en la zona respectiva o por omisión del empleador desde el inicio o durante la relación laboral, el empleador pagará las cotizaciones que faltaren al Instituto de Seguros Sociales para que el trabajador adquiera el derecho proporcional a la pensión de vejez".

Es así puesto que esta disposición vino a ocupar el lugar del artículo 267 del C.S.T, el cual, por mandato de los artículos 3º y 4º del mismo, solo es

aplicable a las relaciones de trabajo de carácter particular. Luego, se reitera que erró el Tribunal cuando impuso la condena al pago de unas cotizaciones, invocando como apoyo la mencionada norma, ya que ella no rige la situación debatida en este proceso.

Además, en el presente caso está probado que los demandantes estuvieron afiliados al Seguro Social, y no se alega, ni se demuestra, que la empleadora hubiera incurrido en omisión o deficiencia alguna en sus obligaciones con esa entidad y en relación con los accionantes, por lo que resulta claro que aun de ser aplicable la norma al sector oficial, el Tribunal tampoco hubiera acertado al imponer la condena que ordenó, toda vez que no se dan los supuestos o requisitos de la norma.

En consecuencia, el sentenciador incurrió en la aplicación indebida del precepto mencionado y por las anteriores razones, el cargo sería próspero, sin embargo, en virtud del principio de la no reformatio in pejus no es de recibo el reconocimiento de la pensión sanción en favor de los accionantes, que sería la condena que en instancia prosperaría conforme con el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, pues tal decisión resultaría en perjuicio de la demandada, parte que quedó como única recurrente al haberse declarado desierta la impugnación formulada por el apoderado de los demandantes. Por tanto no procede el quebranto del fallo acusado.

LOS CARGOS Y LAS COSTAS

No es necesario el análisis de los cargos primero y tercero, puesto que tienen la misma finalidad que el segundo analizado y puesto que de resultar prósperos, en sede de instancia la Sala llegaría a la misma conclusión anotada, referente a una condena que haría más gravosa la situación de la demandada recurrente.

No se impondrán costas en el recurso en tanto resultó viable la acusación para rectificar el criterio del *ad quem* y además por cuanto no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de fecha 5 de noviembre de 1998, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en el juicio seguido por Antonio Córdoba Canolt y otros contra Alcalis de Colombia Ltda. "Alco Ltda."

Sin costas en el recurso.

Cópiase, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Francisco Escobar Henríquez, José Roberto Herrera Vergara, Carlos Isaac Náder, Rafael Méndez Arango, (Salvamento de voto); Luis Gonzalo Toro Correa, Germán G. Valdés Sánchez, (Salvamento de voto); Fernando Vásquez Botero.

Laura Margarita Manotas González, Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO

PENSION RESTRINGIDA DE JUBILACION

Difiere de la consagrada en el Acuerdo 049 de 1990 del ISS

Por cuanto las circunstancias fácticas y las consideraciones conceptuales coinciden, para explicar mi salvamento de voto me remito a lo que consigné en el que expresé frente al fallo dictado en el proceso radicado bajo el No. 11898, así:

"Este salvamento de voto se origina en la discrepancia que tengo con la mayoría de la Sala sobre la decisión adoptada en relación con el primer cargo, pues en mi opinión este ha debido prosperar dado que en realidad el Tribunal aplicó mal el Artículo 37 de la Ley 50 de 1990, pues le hizo producir efectos en una causa respecto de la cual no es aplicable dado que aquella norma está dirigida a los trabajadores particulares y los comandantes no tienen tal calidad.

"El fallo del cual me aparto en alguna medida acepta el anterior planteamiento pero a la postre adopta como uno de los sustentos de su decisión la circunstancia de considerar que corresponde aplicar el Artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990 para conceder prosperidad a las pretensiones del actor formuladas con base en el Artículo 8º. de la Ley 171 de 1961.

"Sobre el particular he expresado de vieja data mi discrepancia con tal posición, dado que considero que la pensión surgida de la última de las disposiciones mencionadas es diferente de la establecida en el Acuerdo 049 de 1990 expedido por el ISS, sobre lo cual tuve oportunidad de manifestar las razones de esta posición en salvamento de voto presentado conjuntamente con el Dr. Rafael Méndez Arango.

"En lo pertinente, en aquella oportunidad se dijo lo siguiente:

c) "No se desconoce que el artículo 17 del acuerdo 049 de 1990 emanado del Instituto de Seguros Sociales remite al artículo 8 de la Ley 171 de 1961 cuando hace referencia a la pensión restringida, pero no por ello puede considerarse que una y otra expresión pensional corresponden a una misma figura, debido a que normativa y jurisprudencialmente se han establecido claras diferencias entre uno y otro derecho, que impiden darles el mismo tratamiento jurídico.

¶ En efecto, al identificar las características de la pensión restringida de jubilación consagrada en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, la juris-

prudencia, mayoritaria pero constantemente, señaló que por su naturaleza y estructura tal figura no se dirigía a cubrir el riesgo de vejez y como consecuencia, en relación con la misma, no operaba la subrogación del riesgo previsto en los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, al crearse la pensión de vejez asumida por el régimen de seguridad social por medio del acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 del mismo año.

De allí surgió la reiterada conclusión doctrinaria de la compatibilidad o coexistencia de la pensión sanción a cargo del empleador, con la pensión de vejez reconocida por el Seguro Social, teoría que, a pesar de contar con una sólida y muy razonada oposición, se mantuvo inalterable hasta que las disposiciones emanadas del Instituto de Seguros Sociales por conducto del acuerdo 029 de 1985 aprobado por el decreto 2879 de tal año, permitieron una nueva expresión jurisprudencial que en su desarrollo y perfeccionamiento, junto con la expedición del acuerdo 049 de 1990, consolidaron una modificación dentro de la doctrina anterior para concluir que la pensión restringida de jubilación entraba a ser compartida con la pensión de vejez asumida por la seguridad social, lo cual significó reconocer que tal pensión restringida, dentro de la normatividad del Seguro Social, sí cubría el riesgo de vejez, pues de otra forma la compatibilidad establecida, resultaba totalmente inconsistente.

Como obligación patronal, la nueva pensión proporcional solo representa el pago de las mesadas en su valor total hasta el momento en que se cumplan los requisitos mínimos para adquirir frente al Seguro Social el derecho a la pensión de vejez, al igual que la atención de las cotizaciones orientadas a esta última, momento a partir del cual su carga queda reducida al pago de la diferencia entre el valor de la pensión restringida y el de la pensión de vejez, e incluso puede quedar liberado de toda deuda si, como puede resultar frecuentemente, tales valores coinciden o el de la pensión de vejez resulta mayor. Por el contrario, la pensión restringida prevista en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, sin afectación alguna de la regulación propia de la seguridad social, impone al empleador el pago vitalicio de las mesadas en forma exclusiva y sin reducción alguna de su carga económica cuando el I.S.S. llegara a reconocer la pensión de vejez.

En sentido contrario, para el beneficiario la pensión en cuestión a la luz del primigenio artículo 80 de la Ley 171 de 1961 representa un derecho inmodificable adquiera o no pensión de vejez, mientras que la pensión del artículo 17 del acuerdo 049 de 1990 supone un derecho que va a sufrir necesariamente variación, y concretamente mengua, cuando surja el derecho a la pensión de vejez. Incluso, como antes se vio, puede llegar a desaparecer en su significado económico.

Se tiene entonces que por corresponder a pensiones de naturaleza disímil, que cubren riesgos diferentes y que tienen, como consecuencia, proyecciones dispares, constituyen derechos distintos y por ello conceder judicialmente uno de ellos cuando se ha solicitado claramente el otro, supone generar una modificación dentro del peticitorio de la demanda e

incurrir por tanto en la prohibición del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, frente al cual la única excepción admisible en el campo laboral, cuando se decide sobre las pretensiones se trata, corresponde a la que nace del ejercicio de la potestad para fallar extra o ultra petita que contempla el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo, norma que restringe esta facultad al juez de primera instancia, por lo cual está proscrito para esta Corporación en forma absoluta. Tal criterio, que constituye el fundamento de la discrepancia que sostiene este salvamento, no se afecta por la circunstancia de tener los demandantes la condición de trabajadores oficiales habida cuenta de las razones que condujeron a concluir como aplicable a ellos, dentro de este caso, las disposiciones propias de la seguridad social.

"Es pertinente aclarar que después de la fecha de la sentencia frente a la cual se expresó el anterior salvamento de voto, junio 18 de 1997, la Corte Constitucional declaró parcialmente inexecutable el Artículo 50 del CPT, lo cual introduce una modificación en la alusión que se hace a esa disposición, pero ello no cambia el fundamento que se tuvo para apartarse entonces, y también ahora, del criterio mayoritario de la Sala."

En la forma anterior dejo expresadas las razones de mi disenso.

Fecha ut supra.

Germán G. Valdés Sánchez

SALVAMENTO DE VOTO

PENSION RESTRINGIDA DE JUBILACION

Difiere de la consagrada en el Acuerdo 049 de 1990 del ISS

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral.

Radicación 12033

Como bien lo explica el otro magistrado que también salva el voto, nadie discute que el artículo 17 del Acuerdo 49 de 1990 remite al artículo 8º de la Ley 171 de 1961 para referirse a la pensión restringida de jubilación que dicha norma consagraba; pero esta sola remisión no significa que se trate de una misma prestación social pues la pensión que establecía la ley derogada tenía una naturaleza especial reconocida por la jurisprudencia, ya que al crearla el legislador tuvo primordialmente el propósito de impedir que por un acto inmotivado o injusto suyo el patrono truncara al trabajador la posibilidad de cumplir el tiempo de servicio exigido para obtener el derecho a la pensión de jubilación, por lo que, a la par que amparaba el riesgo de vejez, sancionaba el proceder torcido del empleador. De ahí la denominación que hizo carrera de "pensión sanción"; expresión que ha sido acogida inclusive por textos legales.

Como está dicho en el salvamento que en el pasado suscribí conjuntamente con el magistrado Germán G. Valdés Sánchez, la pensión restringida o proporcional de jubilación estaba a cargo exclusivo del patrono, y por tener un carácter sancionatorio de su conducta, no excluía la posibilidad de que el trabajador despedido, si laboraba al servicio de otro patrono, completara las cotizaciones que permitieran al Instituto de Seguros Sociales concederle la pensión de vejez, por lo que eventualmente quien era despedido sin justa causa después de diez años podía llegar a recibir dos pensiones diferentes.

Hay que recordar que uno de los argumentos que se daban para refutar a quienes sostenían que adquirida la pensión de vejez no era dable que el pensionado continuara devengando la pensión restringida o proporcional de jubilación a cargo del patrono, era el de no ser asegurable el dolo del empleador.

La pensión proporcional regulada por el Acuerdo 49 de 1990 es, sin lugar a dudas, de la misma naturaleza que la pensión de vejez, y ella la razón por la que, al cumplir los requisitos mínimos para tener derecho a

esta pensión, el empleador sólo deba pagar la diferencia entre la restringida que ha estado cubriendo y la otorgada por el Instituto de Seguros Sociales de conformidad con sus reglamentos.

Por los antedichos motivos, que esencialmente son los mismos expresados en el salvamento conjunto que en el pasado hice con el magistrado Valdés Sánchez, me veo precisado a disentir del criterio de la mayoría.

Rafael Méndez Arango.

REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON BENEFICIO DEFINIDO

PENSION DE SOBREVIVIENTES

Diferencia de requisitos cuando se trate de afiliado o pensionado

COMPAÑERA PERMANENTE

Convivencia con el pensionado iniciada antes de la Ley 100 de 1993

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral - Santa Fe de Bogotá D.C. dieciséis (16) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.

Magistrado Ponente: Doctor Carlos Isaac Nader

Radicación No. 11867

Acta No. 44

Decide la Corte el recurso de Casación interpuesto por el apoderado del Instituto de Seguros Sociales contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 16 de octubre de 1998, dentro del proceso seguido en su contra por María Alicia González Salazar.

I. ANTECEDENTES

1. La demandante llamó a juicio al Instituto de Seguros Sociales con el fin de que le sea reconocida la pensión de sobrevivientes a partir del 10 de mayo de 1997, como también, las mesadas adicionales, la sanción por el no pago oportuno, o en su defecto, la indexación y, las costas del proceso.

Cómo sustento fáctico de sus pretensiones manifestó, que contrajo matrimonio católico el 18 de enero de 1989 con Antonio José Agudelo Gil, con quien convivió hasta su fallecimiento, hecho ocurrido el 10 de mayo de 1997. Sostuvo que en vida de su esposo, el ISS le reconoció pensión de vejez mediante resolución N° 001320 del 15 de marzo de 1988, mas al reclamar la de sobrevivientes al mismo instituto, le fue negada, según consta en resolución N° 009275 de agosto 20 de 1997, bajo la afirmación que cuando el pensionado adquirió el derecho, ella no convivía con él. Agregó, que contra esa negativa no se interpusieron los recursos propios de la vía gubernativa, pero que le asiste derecho al amparo del inciso final del artículo 48 de la Ley 100 de 1993.

2. El I.S.S., se opuso a las pretensiones, pero aceptó los hechos de la demanda, con excepción del relativo al derecho pensional que se reclama. Como excepciones de mérito propuso las de falta de causa para pedir y prescripción.

3. El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín absolvió al Instituto de Seguros Sociales de "Todos los cargos formulados en su contra por la señora María Alicia González Salazar, y condenó en costas a la demandante".

II. SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En virtud de recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante conoció el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, quien mediante providencia de 16 de octubre de 1998, revocó la de primer grado, y en su lugar, condenó a la entidad demandada a cancelar la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante, a partir del 10 de mayo de 1997 en cuantía igual a la pensión de vejez que percibía el causante, no inferior, en todo caso, al salario mínimo legal. Asimismo, impuso el pago de las mesadas adicionales de junio y diciembre, y los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Declaró no probadas las excepciones propuestas y, condenó a la demandada a pagar las costas de la primera instancia.

Como fundamento de su decisión, el Tribunal se apoyó en la sentencia de 17 de abril de 1998 proferida por esta Sala de la Corte, donde se hicieron algunas precisiones en torno a las diferencias de requisitos para afiliados y pensionados; de la convivencia del cónyuge o compañero permanente con el pensionado antes de la vigencia de la Ley 100, resaltándose que para éstos, la pensión de sobrevivientes no configura un derecho nuevo, sino una verdadera 'sustitución' de la pensión de vejez o invalidez. Concluyó, con apoyo en esa decisión, que las personas pensionadas antes de la Ley 100 que habían cumplido el período de convivencia señalado en las disposiciones precedentes, consolidaron el derecho a transmitir la que devengaban a favor de su cónyuge superviviente, compañero o compañera permanente, o hijos con derecho, según cada caso.

III. RECURSO DE CASACIÓN.

1. Interpuesto por el apoderado de la entidad demandada, otorgado y admitido por esta Sala de la Corte, pretende el recurrente con la demanda, que se case totalmente la sentencia acusada, y en sede de instancia, confirme en todas sus partes la proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín.

Al efecto formula un solo cargo que no fue replicado. Textualmente dice así:

"La sentencia impugnada violó la ley sustancial directamente en la modalidad de infracción directa de los Artículo 47 de la Ley 100 de 1993,

9 y 10 del Decreto 1889 de 1994, en relación con los Artículos 11, 48 y 272 de la misma Ley 100 de 1993 y los Artículos 42, 48, 53 y 58 de la Constitución Política, dentro del ámbito del Artículo 51 del Decreto 2651 de 1991".

En desarrollo del cargo el impugnante afirma, que el nacimiento de la pensión de sobrevivientes es inseparable del deceso del afiliado o pensionado porque el derecho está supeditado a ello. Que como en este caso la muerte del pensionado ocurrió durante la vigencia del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, ella es la norma aplicable, y por esto, resulta válido para el ISS negar la prestación, dado lo cual, la sentencia que la concedió debe ser casada.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El recurrente no controvierte que el de cujus, señor Antonio José Agudelo Gil, fue pensionado por el riesgo de vejez, mediante resolución de 15 de marzo de 1988, ni que falleció el 10 de mayo de 1997, como tampoco, que contrajo matrimonio católico con María Alicia González el 18 de enero de 1989, con quien convivió desde esa época hasta su fallecimiento.

La actora pretende la sustitución de la pensión de vejez de su esposo, a quien el I.S.S. se le había reconocido con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, aduciendo para ello, el matrimonio contraído en 1989, y la convivencia continua hasta el momento de la muerte.

De acuerdo con doctrina de esta Sala, las reglas anteriores a la Ley 100 de 1993 consolidaron derechos que persisten conforme a lo establecido en los artículos 11 y 272 de ese estatuto, para lo cual basta consultar la sentencia radicada con el número 12151 de 13 de octubre de 1999, donde se señaló, entre otras cosas, que el artículo 26 del Acuerdo 049 de 1990 diferenció entre causación del derecho y efectivización del mismo. Dice esa norma:

"El derecho a la pensión de sobrevivientes se causa cuando se reúnen los requisitos establecidos en el presente reglamento y se reconoce y paga a partir de la fecha del fallecimiento del asegurado o del pensionado".

Por su parte, el ordinal b) del artículo 25 de ese mismo estatuto condiciona el derecho a la pensión de sobrevivientes a que el fallecido estuviere disfrutando o tenga causado el derecho a la pensión de vejez o invalidez. A su vez, el artículo 27 del mismo Acuerdo, reconoce como derecho habiente en primer lugar, "el cónyuge sobreviviente", estableciendo como presunción que éste falta, en cualesquiera de los siguientes eventos, que no ocurre en el caso de autos: a) por muerte real o presunta; b) por nulidad del matrimonio; c) por divorcio y, d) por separación legal y definitiva de bienes y de cuerpos.

De acuerdo con lo visto, ninguna duda cabe, que en vigencia del acuerdo 049 de 1990, el solo hecho del matrimonio, y la circunstancia, de tenerse reconocida una pensión de vejez por el cónyuge fallecido, otorga

derecho al cónyuge vivo para reclamar la pensión de sobrevivientes, como ocurre en el caso bajo examen.

Situación jurídica muy similar fue la examinada en sentencia del 17 de abril de 1998 (Rad.10406), que tomó en cuenta el *ad quem* para fundamentar la aquí impugnada. En ella la Corte reconoció la sustitución pensional en favor de la compañera permanente, muy a pesar de haber comenzado la relación marital después del reconocimiento de la pensión, que desde luego de haberse ceñido a la letra del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, sin ningún tipo de armonización, respecto de las normas que consolidaban el derecho que se trata, hubiera terminado por excluir de esa prerrogativa al compañero permanente. En esa oportunidad se explicó ampliamente las circunstancias en que el régimen que reglaba el derecho a la pensión de sobrevivientes con anterioridad a la vigencia del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, era aplicable a una situación ya consolidada bajo su imperio, reflexiones que sirven para responder la solicitud del censor, quien pide a la Corte señalar los casos en que no se aplica tal normativa. Sobre el punto, en ese entonces, dijo la Sala:

"Para absolver al Instituto demandado de la pensión de sobrevivientes impetrada por la actora consideró el tribunal que para la fecha en que se inició la vida marital entre la demandante y su compañero permanente Rafael Emilio Correa Córdoba (1984), 'ya éste era pensionado'. Con base en esta aserción, aceptada por la impugnante, interpretó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de que lo determinante antes que cualquier otro tipo de exigencia, es que se acredite que la vida marital comenzó, por lo menos, desde el momento mismo en que el pensionado reunió los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez o de invalidez".

"Dentro del esquema normativo de la Ley 100 de 1993, y más concretamente en el régimen de prima media con beneficio defruido, son diferentes los requisitos de la pensión de sobrevivientes, según se trate de un afiliado o de un pensionado. En efecto, el 'afiliado' necesita haber cotizado un mínimo de 26 semanas sufragadas ya bien al momento de la muerte (cotizante activo) o dentro del año inmediatamente anterior al fallecimiento (no cotizante activo); en cambio, en cuanto al 'pensionado' del sistema general de pensiones, basta que al momento del deceso tenga derecho a una pensión por vejez o invalidez por riesgo común. En ambos casos son beneficiarios los miembros del grupo familiar del fallecido.

"El literal a) del artículo 47 en cuestión erige como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, al cónyuge o la compañera o compañero permanente superviviente y establece a continuación los requisitos que estas personas deben reunir a efectos de recibir ese beneficio en los siguientes términos:

"En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente superviviente, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos

para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido'.

"Aduce la censura al efecto que el artículo 47 de la Ley 100 no puede ser interpretado, sin consideración alguna a los principios generales que inspiran la referida normatividad y a la forma en que la Constitución Nacional y la Ley reconocen el derecho a la seguridad social y protegen el núcleo familiar.

"El punto debatido por la censura gira en torno a si la exigencia que hace la nueva norma, de haber hecho vida marital el presunto beneficiario con el pensionado fallecido 'por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez', es o no extensible a los pensionados que antes de la vigencia de la ley habían conformado una convivencia permanente.

"Independientemente de la conveniencia o inconveniencia de este requisito desde el punto de vista social, no ofrece discusión su aplicación inmediata frente a quienes se hayan pensionado o se pensionen a partir del 1 de abril de 1994, fecha en que empezó a regir la Ley 100 de 1993 en el sistema general de pensiones, o habiéndose pensionado antes inicien vida marital con posterioridad.

"Sin embargo, resulta impropio entender que dicho precepto se aplica cuando, como en el sub lite, las condiciones de pensionado y de compañera permanente surgieron y se consolidaron con anterioridad a tal fecha, puesto que estas circunstancias estructuran para estos efectos un derecho adquirido, toda vez que a diferencia del simple afiliado - que no puede transmitir lo que no tiene causado en su favor -, el pensionado por vejez o invalidez que tuvo la condición de compañero permanente, adquirió un derecho (pensión) que ingresó a su patrimonio y por tanto está legalmente autorizado para transmitirlo en el mismo monto a los causahabientes que la Ley determina, una vez ocurra su deceso, sin que una nueva Ley pueda desconocerlo o conculcarlo mediante la variación de las reglas normativas existentes al momento de la consolidación de esos dos presupuestos.

"Cabe recordar que con arreglo al artículo 25 del Acuerdo 049 de 1990 (aprobado por el Decreto 758 del mismo año) existe derecho a la pensión de sobrevivientes por riesgo común en los siguientes casos:

- a) "Cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común, y
- b) "Cuando el asegurado fallecido estuviere disfrutando o tenga causado el derecho a la pensión de invalidez o de vejez según el presente reglamento'.

"Nótese que a diferencia de la primera hipótesis (afiliados no pensionados), en la segunda (pensionados) no militan los requisitos de número y densidad de cotizaciones, pues para acceder a la pensión referida el requisito se circunscribe a la circunstancia de que el fallecido tuviere un derecho causado a la pensión de invalidez o vejez. Y esa misma distinción aparece en el artículo 46 de la Ley 100, el cual al señalar los requisitos de la pensión de sobrevivientes prescribe que tienen derecho a ella los integrantes del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común, sin adicionar otras condiciones, como sí lo hace respecto de los asegurados que fallecen sin haberse pensionado.

"Así mismo, conforme al artículo 26 del Acuerdo 049 el derecho a la pensión de sobrevivientes se causa cuando se reúnen los requisitos establecidos en ese reglamento, y se reconoce y paga a partir de la fecha del fallecimiento del pensionado, con lo que se evidencia claramente la distinción normativa entre la causación del derecho y el momento en que debe reconocerse y pagarse.

"De tal suerte que en el caso de los pensionados, la pensión de sobrevivientes susceptible de transmisión no configura un derecho nuevo en favor de los causahabientes, sino un derecho derivado, una verdadera 'sustitución' pensional del mismo derecho adquirido a la pensión de vejez o invalidez causado en su favor. Tan es así que el propio artículo 48 de la Ley 100 establece que 'El monto de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba'.

"En consecuencia, los pensionados antes de la vigencia de la nueva Ley, que tenían el periodo de convivencia permanente señalado en las disposiciones precedentes, consolidaron el derecho a transmitir la pensión que devengaban en favor de su cónyuge supérstite, compañero o compañera permanente o hijos con derecho, según el caso, en el mismo monto y condiciones estatuidos en la legislación vigente al momento en que se consolidaron las circunstancias mencionadas. Esos pensionados, al haberse definido antes de la Ley 100 una situación jurídica en su favor, originada en el derecho a la pensión y la convivencia permanente, tienen derecho a seguir amparados por la normatividad anterior.

"No puede perderse de vista que ellos mantuvieron su fidelidad al ordenamiento de seguridad social imperante durante toda su relación laboral, hasta cuando dejó de ostentar la condición de cotizante por haber logrado la finalidad suprema de todo afiliado al sistema cual es la de adquirir el derecho a una pensión por vejez, que acorde con las normas vigentes en ese momento, después de una prolongada y real convivencia responsable, le conferían a su vez el derecho a que los integrantes de su grupo familiar pudieran gozar de la respectiva pensión, una vez ocurriera el fallecimiento.

"Obviamente la pensión de sobrevivientes no se causa en vida del pensionado. Pero conviene recordar que hasta la vigencia de la Ley 100 de 1993 el denominado seguro I.V.M. era un todo integral, conformado por

las contingencias de invalidez, vejez y sobrevivientes, de forma tal que alcanzada la meta de reconocimiento pensional en alguna de estas especies, y reunidos los presupuestos de matrimonio o convivencia permanente y la densidad de cotizaciones necesaria para la pensión de sobrevivientes, no resulta acomodado a derecho que una nueva normación cambie repentinamente las reglas de juego y de manera sorpresiva haga más exigentes los presupuestos o adicione otros que no existían al momento de consolidarse la condición de pensionado y compañero permanente.

"Es que la relación jurídica que en materia de seguridad social, - para los efectos del seguro de invalidez, vejez y sobrevivientes - surge entre un afiliado y un ente de seguridad social, tiene como cometido esencial el que se obtenga el reconocimiento de la prestación respectiva una vez reunidos los requisitos exigidos por las disposiciones aplicables a estas contingencias, después de lo cual cesan las obligaciones de cotización para estos riesgos, y de ahí en adelante no puede despojarse al pensionado que cumplió con las reglas legales, del derecho a que sus beneficiarios perciban las prestaciones estatuidas en la normatividad entonces aplicable, porque precisamente satisfizo las condiciones que el propio régimen instituyó como indispensables para el efecto.

"Es menester insistir en que en casos como el presente, a diferencia de cuando se trata de un simple afiliado, el monto de la pensión de sobrevivientes del cónyuge o compañero permanente equivale a un porcentaje en relación con la que devengaba el pensionado al momento de su deceso. Por ello en cuanto a los pensionados concierne, se transmite el mismo derecho. De suerte que si alcanzados los presupuestos de pensión y convivencia permanente la nueva normación hace más gravosa las condiciones de sus causahabientes está desconociendo su derecho a continuar regidos por la normatividad existente en ese momento.

"Por todo lo dicho, ese derecho no puede restringirse al 85% del ingreso base de liquidación, como podría aparentemente entenderse del inciso final del artículo 48 de la Ley 100, que garantiza ese porcentaje cimentado en el derecho de los afiliados de "optar por una pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley . . . siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto". Como se ve claramente la propia Ley nueva prevé, aún en este caso, la aplicación de las condiciones establecidas en las disposiciones anteriores, sólo que para los pensionados, se reitera, no puede limitarse ese derecho al porcentaje indicado por este precepto, sino al 100% por tratarse de una sustitución pensional del mismo derecho.

"Fortalecen todo lo expresado los principios jurídicos superiores, especialmente los instituidos en los textos 42, 48, 53 y 58 de la Constitución Política, que protegen al núcleo familiar, los derechos irrenunciables a la seguridad social, los derechos de los trabajadores y los derechos adquiridos. Ellos impiden la aplicación automática de la nueva exigencia a los pensionados anteriores, sin que ello suponga, en manera alguna, la creación de una excepción imprevista a la norma en cuestión, pues siendo

principio de derecho universal el que los efectos emanados de una condición jurídica - para el caso concreto el status de pensionado - deban regirse por la Ley sustancial vigente cuando se consolidó tal derecho, es ella, por tanto, la que debe hacerse obrar, por cuanto, además, así está expresamente consagrado en el artículo 11 de la propia Ley 100 de 1993, el cual para los efectos de aplicación del sistema general de pensiones dispone el respeto y conservación de los derechos nacidos conforme a normas anteriores, resallando específicamente los que les asisten a 'quienes a la fecha de vigencia de esta Ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes . . . del Instituto de Seguros Sociales . . .'

"Lo anterior guarda plena armonía con el artículo 272 de la misma Ley, con arreglo al cual 'El Sistema Integral de Seguridad Social establecido en la presente Ley, no tendrá, en ningún caso, aplicación cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores'.

"De otro lado, como bien lo refiriera la oposición, lo que pretende el nuevo requisito introducido por la Ley 100 es evitar las convivencias precarias, fraudulentas o no inspiradas en los sólidos cimientos configurantes de un verdadero núcleo familiar, las que muchas veces surgen con el exclusivo designio de acceder a gozar de la pensión de quien está a punto de fallecer, mediante procedimientos reprobables desde todo punto de vista. Estas situaciones excepcionales, desde luego, no pueden quedar cobijadas legal ni jurisprudencialmente porque no encajan dentro de una auténtica noción de seguridad social. A diferencia de lo anterior, no puede cerrar los ojos la Corte ante la evidencia inocultable de que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se desarrollaron convivencias verdaderamente responsables y estables, acreditadas judicialmente de manera fehaciente, que aun cuando iniciadas después de la adquisición del status de pensionado, estaban protegidas por el ordenamiento jurídico entonces en vigor y tuvieron larga duración, como la del caso que ocupa la atención de la Sala de más de 11 años de vida marital, respecto de las cuales sería, además, manifiestamente inequitativo y apartado de los postulados que informan la Carta Política, la justicia, la seguridad social y el respeto de los derechos sociales consolidados antes de la vigencia de la Ley 100, desconocer la plena eficacia de los derechos de los causahabientes viudos o huérfanos desamparados por el deceso de quien era el soporte económico del núcleo familiar.

"Adicionalmente, no puede hacerse abstracción del sentido mismo y finalidad de la institución de la pensión de sobrevivientes que busca precisamente impedir que quien haya convivido permanente, responsable y efectivamente, y prestado apoyo afectivo a su pareja al momento de su muerte, se vea abocado a soportar aisladamente las cargas, tanto materiales como espirituales, que supone su desaparición.

"Debe tenerse en cuenta que el vacío de la Ley respecto de un régimen expreso de transición de las pensiones de invalidez y sobrevivencia, no sirve de pretexto para concluir que la determinación del alcance de una disposición se apoye únicamente en la fórmula literal de un texto ambiguo, sino que debe necesariamente atender a una hermenéutica sistemática del contexto jurídico, al fin social perseguido en el momento de su elaboración y a los derechos surgidos antes de su imperio, por lo que no puede hacerse caso omiso del espíritu que orienta a las normas que rigen la pensión de sobrevivientes dentro del sistema de la Seguridad Social, en cuanto busca proteger a la persona que brindó compañía duradera y prestó asistencia al causante hasta el momento de su fallecimiento...".

Debe reafirmarse, pues, que aunque la situación en el caso que antecede, no es del todo igual a la que actualmente ocupa, puede perfectamente trasladarse, dado que, en ambos casos, hay una aparente contradicción con lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 para lograr el reconocimiento, que debe resolverse con los criterios que han quedado expuestos, concluyéndose por tanto, que como en el caso transcrito, en éste, igualmente, la cónyuge superviviente tiene derecho a la sustitución demandada.

El artículo 47 de Ley 100 de 1993, una vez más se insiste, requiere de una "...hermenéutica sistemática del contexto jurídico, al fin social perseguido en el momento de su elaboración y a los derechos surgidos antes de su imperio...", efectuando su integración con aquellas normas de vigencia más antigua, que no fueron derogadas expresamente, ni resultan incompatibles con este precepto en su texto ni en su espíritu.

Por lo dicho el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 16 de octubre de 1998, en el juicio seguido por María Alicia González Salazar contra el Instituto de Seguros Sociales.

Costas en el recurso extraordinario a cargo del recurrente.

Cópiase, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Carlos Isaac Nader, Francisco Escobar Henríquez, José Roberto Herrera Vergara, Rafael Méndez Arango. (Salvamento de voto); Luis Gonzalo Toro Correo, Germán G. Valdés Sánchez, Fernando Vásquez Botero.

Laura Margarita Munuiz González, Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO
PENSION DE SOBREVIVIENTES
Beneficiarios

REGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral -

Radicación 11867

La sentencia paladinamente reconoce que es indiscutible el efecto general inmediato que tiene el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 respecto de quienes se pensionen después del 1º de abril de 1994, fecha en que entró en vigor el sistema general de pensiones creado por dicha ley, o de quienes habiéndose pensionado con anterioridad a su vigencia comienzan su relación como cónyuges o compañeros después de tal fecha; y aunque no es igualmente explícito el fallo sobre el punto, de su redacción se desprende que la mayoría de la Sala acepta que la Ley 100 de 1993 modificó las normas que antes de su vigencia regían, disponiendo hacia el futuro que si un pensionado se casa o convive con alguien de manera permanente su cónyuge o compañero no se beneficiará con la pensión de sobrevivientes.

Pero no obstante la claridad del texto legal, para la mayoría resulta impropio entender que el artículo 47 se aplica a casos en que el fallecimiento del pensionado ocurre en vigencia de la Ley 100 de 1993 y la convivencia conyugal o marital es anterior a la fecha en que empezó a regir, aduciendo "que estas circunstancias estructuran para estos efectos un derecho adquirido" (página 9), conforme está textualmente dicho en el fallo del que me aparto, en el cual se hace la expresa aclaración de que "obviamente la pensión de sobrevivientes no se causa en vida del pensionado" (página 11).

Estas dos afirmaciones son contradictorias, pues si la sentencia que en este caso condena al Instituto de Seguros Sociales a pagar la pensión de sobrevivientes reconoce un "derecho adquirido" antes de la Ley 100 de 1993, la conclusión obvia, aunque vanamente se asiente en forma expresa lo contrario, es la de que la pensión de sobrevivientes se causó para la cónyuge en vida del pensionado, puesto que el fallo no resuelve sobre la pensión de la que disfrutó Antonio José Agudelo Gil desde el 15 de marzo de 1988 hasta el 10 de mayo de 1997, sino acerca de la que por haber

muerto él va a comenzar a disfrutar María Alicia González Salazar, con quien se casó hallándose ya pensionado.

En ese mismo párrafo donde se dice que "obviamente la pensión de sobrevivientes no se causa en vida del pensionado", se asevera que "...no resulta acomodado a derecho que una nueva normación cambie repentinamente las reglas de juego y de manera sorpresiva haga más exigentes los presupuestos o adicione otros que no existían al momento de consolidarse la condición de pensionado y compañera permanente..." (página 11).

Con franqueza debo manifestar que no entiendo cuál es el alcance y significado de esta consideración, y muchísimo menos cuál sería la disposición constitucional que impediría que una ley modifique la legislación anterior para establecer condiciones de causación de un derecho diferentes.

Dicha norma constitucional no existe, pues como tuve oportunidad de explicarlo en una aclaración de voto que hice a una sentencia en la que se afirmó que el artículo 53 de la Constitución Política consagra el denominado "principio de la condición más beneficiosa", la Corte Constitucional en la sentencia C-168/95 de 20 de abril de 1995 expresamente rechazó que el último inciso de dicho artículo estableciera algo diferente a la clásica y más que secular doctrina de los derechos adquiridos y la prohibición de que la ley los menoscabe. Para quienes defienden la tesis de que constitucionalmente se consagró la denominada "condición más beneficiosa", ello significaría que se estableció la prohibición para el legislador de cercenar las meras expectativas o simples esperanzas, que es lo único que se tiene mientras no pueda hablarse de un derecho adquirido por no haberse concretado una situación jurídica.

Es cierto que la sentencia no menciona expresamente la "condición más beneficiosa"; sin embargo, como ya antes lo dije, asienta que "...no resulta acomodado a derecho que una nueva normación cambie repentinamente las reglas de juego y de manera sorpresiva haga más exigentes los presupuestos o adicione otros que no existían al momento de consolidarse la condición de pensionado y compañera permanente...", argumentación que para mí no es más que una paráfrasis enderezada a mantener la tesis jurídica pero sin mencionar explícitamente la aludida condición; pues si no existe una norma constitucional que le impida a la ley anular o cercenar las simples expectativas, no entiendo cuál sería la razón que impediría que ella cambiara "las reglas de juego" mientras no se ha consolidado una situación que permita considerar que alguien adquirió un derecho, el cual, una vez adquirido, no puede ser desconocido o menoscabado por la nueva ley.

Como atrás lo manifesté, aquí no se discutió el derecho a la pensión que por nueve años recibió Antonio José Agudelo Gil, sino el derecho que le asistía a quien fue su compañera a recibir la pensión de sobrevivientes; pensión de sobrevivientes que no se establece en favor del afiliado

asegurado o del pensionado, sino en favor de sus beneficiarios, y de acuerdo con los órdenes excluyentes que establece la propia ley. Por ello, mal podría decirse que el pensionado Agudelo Gil dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes en favor de su esposa, por la elemental razón de que él no era el titular de dicha pensión, pues, repito, sus titulares son los miembros del grupo familiar del pensionado o del afiliado señalados en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, según se trate de pensiones comprendidas dentro del llamado "régimen solidario de prima media con prestación definida" o del denominado "régimen de capitalización individual con solidaridad".

No debe pasarse por alto que el nacimiento de la pensión de sobrevivientes es inseparable del deceso del afiliado o pensionado, y que si bien la muerte es para éste un suceso cierto, o un plazo inexorable que ha de cumplirse, aunque indeterminado en el tiempo, para sus eventuales beneficiarios es una circunstancia que origina un derecho que podría no llegar a causarse si no lo sobreviven, o de no darse los demás requisitos que la ley exige para que puedan adquirir dicha pensión.

Aun cuando muchas son las razones que podría expresar para respaldar mi aserto de que antes de la muerte del pensionado la pensión de sobrevivientes es una mera expectativa para quienes se convierten en beneficiarios del pensionado una vez que éste fallece, y siempre que se hayan reunido las demás condiciones que la ley prevé, por lo que la pensión de sobrevivientes no es un derecho adquirido para quien con su muerte da vida al derecho que le asiste a los beneficiarios de dicha pensión, es suficiente indicar una sola: si en verdad se tratara de un derecho adquirido por el pensionado —como se afirma en la sentencia de la que me aparto— debería entonces ser legalmente posible pedir el reconocimiento del derecho con una condena de futuro, esto es, debería ser procedente que el pensionado (que según la sentencia es el titular del derecho, mas no su beneficiario) demandara la pensión de sobrevivientes para que fuera reconocida a sus eventuales beneficiarios después de su muerte, o que cualquiera de los beneficiarios (que de acuerdo con la sentencia no son los titulares del derecho) en vida del pensionado ejercitara la acción de pedir una condena a su favor para el caso de que él falleciera. Pero, como es apenas obvio, ambas pretensiones resultan manifiestamente infundadas e improcedentes. Este absurdo al que conduciría la tesis de la mayoría si se llevara hasta sus últimas consecuencias, me permite afirmar que se muestra ilógico el argumento construido en la sentencia para concluir contrariando lo que de manera explícita dispone el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, el cual establece que cuando la pensión de sobrevivencia se causa por la muerte del pensionado, la convivencia como cónyuges o compañeros permanentes debe ser anterior al momento en que éste cumple los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez o invalidez, y que ellos deben vivir juntos hasta cuando el pensionado muera.

Las consideraciones que hace la mayoría en la sentencia, según las cuales la ley tiene un vacío por no haber consagrado "un régimen expreso

de transición de las pensiones de invalidez y sobrevivencia" (página 14), no constituyen argumento suficiente, y menos aún convincente, para demostrar que judicialmente pueda llenarse ese supuesto vacío mediante el expediente de mantener en vigor una normatividad derogada por la Ley 100 de 1993.

Con el mayor respeto por la tesis jurídica de la mayoría, debo decir que está mal que esta Sala de la Corte Suprema de Justicia, que como tribunal de casación tiene el deber constitucional de defender la ley frente a fallos ilegales, argumente que como la Ley 100 de 1993 no consagró disposiciones que permitieran la supervivencia de las simples expectativas o esperanzas que tenían algunas de las personas que en las normas anteriores eran tenidas como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, hay entonces que acudir al criterio auxiliar de la equidad frente a lo expresamente dispuesto en dicha ley, aduciendo para ello que "...no puede cerrar los ojos la Corte ante la evidencia inocultable de que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se desarrollaron convivencias verdaderamente responsables y estables, acreditadas judicialmente de manera fehaciente, que aun cuando iniciadas después de la adquisición del status de pensionado, estaban protegidas por el ordenamiento jurídico entonces en vigor..." (página 14 -subrayo para destacar esta expresión-), para concluir asseverando que la nueva ley no puede desconocer "los derechos surgidos antes de su imperio" (*ibidem*).

Me pregunto: ¿A cuáles derechos alude la sentencia de la que salvo el voto? ¿Acaso se refiere el fallo al derecho que disfrutó plenamente quien durante nueve años recibió la pensión de vejez? Si es al derecho a la pensión de vejez, es obvio que en el caso concreto de Antonio José Agudelo Gil la Ley 100 de 1993 no le desconoció su derecho adquirido con anterioridad a su entrada en vigor, puesto que siguió recibiendo las mesadas correspondientes a su pensión hasta el 10 de mayo de 1997 cuando falleció. Y si la sentencia se refiere al derecho adquirido de quien fuera su esposa, reitero que tal consideración resulta francamente equivocada, pues, como arriba lo explique, el derecho a ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de María Alicia González Salazar sólo hubiera podido nacer a la vida jurídica a la muerte de quien fuera su esposo; pero como el deceso del pensionado Agudelo Gil se produjo en vigencia de la Ley 100 de 1993, se truncó la expectativa o esperanza de adquirir la pensión porque el caso quedó regulado por el artículo 47 de la misma, siendo por consiguiente manifestamente contraria la sentencia a lo que el legislador claramente dispuso en tal norma.

Los jueces deben siempre resolver según la ley y aplicar las normas jurídicas vigentes; por tal razón, y aunque se funden en tesis jurídicas muy respetables desde un punto de vista meramente teórico, no están autorizados para dejar de aplicar la ley por parecerles inconveniente o injusta, según su personal opinión. Para garantizar la seguridad jurídica los casos sometidos a la decisión de los jueces deben ser resueltos por éstos conforme al derecho vigente, sin que importe la propia opinión del

magistrado acerca de la justicia o conveniencia de las leyes vigentes, ya que la equidad no puede aducirse como fundamento para desvirtuar el derecho positivo vigente, so pretexto de suplir una laguna legal, pues es precisamente esa ley la que por ministerio de la Constitución Política están obligados los jueces a imponer. Este deber cobra especial importancia social cuando el juez es la Corte Suprema de Justicia, dada la repercusión que sus fallos tienen.

Conforme lo explique cuando se discutió el asunto, la decisión que aquí se adopta reproduce in extenso los criterios expresados en la sentencia de 17 de abril de 1998 (Rad. 10406), fallo respecto del cual salvé el voto. Quiero ello decir que, para ser consecuente con mi posición, y dado que no he variado el criterio, deba en esta ocasión repetir lo que antes dije.

Sin embargo, no está demás recordar que le he insistido a la mayoría que el asunto sea mirado a la luz de las normas de transición que trae la Ley 100 de 1993, para de esta manera, en cada caso, buscar si es o no posible entender que la situación se encuentra regulada por el régimen transitorio.

Rafael Méndez Arango.

INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL

No es procedente cuando se reconoce en oportunidad legal y el empleador obligado a su pago no ha retardado su cancelación.

OBLIGACIONES

El régimen de las obligaciones impide que los jueces amparados en el principio de equidad procedan a revalorizar cualquier obligación

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral.- Santa Fe de Bogotá, Distrito Capital, diecisiete (17) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Méndez Arango*

Radicación 12413

Acta 43

Resuelve la Corte el recurso de casación de Nelson Germán Pabón Rojas contra la sentencia dictada el 11 de diciembre de 1998 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso que le sigue a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

I. ANTECEDENTES

Ante el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de esta ciudad fue llamada a juicio la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero por el hoy recurrente, quien en la demanda pidió que fuera condenada a ajustar el valor inicial de la mesada pensional aplicándole al salario promedio que devengaba al momento del retiro "el valor de la devaluación monetaria causada desde esta fecha, hasta el día en que empezó a disfrutar la pensión" (folio 9) y "cumplida la indexación de la primera mesada pensional en marzo 17 de 1996, ajustar las siguientes, de acuerdo con los artículos 1º y 2º de la Ley 71 de 1988, tomando como base el valor inicial de la pensión incluyendo las especiales de junio y diciembre" (ibídem), pues, según lo afirmó, le trabajó del 24 de agosto de 1971 al 15 de noviembre de 1991 y suscribió con la demandada una conciliación mediante la cual ésta se comprometió a pagarle la pensión cuando cumpliera 47 años de edad, lo que ocurrió el 17 de marzo de 1996, habiéndole pagado la primera mesada pensional por valor de \$232.320,04.

Conforme está textualmente dicho en la demanda, "en la fecha el salario mínimo mensual es de \$142.125,00 y, por consiguiente, el deman-

dante debe recibir el equivalente al 75% de 5,989 salarios mínimos mensuales, esto es \$638,389.96 por mesada pensional" (folio 10).

La demandada aceptó que el demandante lo trabajó por el tiempo que él afirmó y que celebraron una conciliación a la terminación del contrato en la que se "estableció una fecha cierta a partir de la cual se comenzaría con el goce de las mesadas pensionales" (folio 24); pero se opuso a las pretensiones de Pabón Rojas, aduciendo en su defensa que había liquidado su pensión de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 4a. de 1976 y el artículo 263 del Código Sustantivo del Trabajo, al que se remite el manual administrativo de personal, sin que existiera norma legal o convencional que la obligara a ajustar los valores iniciales de las mesadas de las pensiones que reconocía y que la "incertidumbre de si la moneda se revalorará, devaluará o permanecerá constante es el alea que el ex trabajador asumió al retirarse de su labor mucho tiempo antes de cumplir la edad legal exigida" (folio 23). Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, pago, cobro de lo no debido, compensación y cosa juzgada.

Por fallo del 9 de octubre de 1998 el Juzgado condenó a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero "a ajustar la pensión reconocida al demandante señor Nelson Germán Pabón Rojas cuya primera mesada inicialmente asciende a quinientos sesenta y ocho mil cuatrocientos ochenta y siete pesos con 13/100 (\$568,487,13) moneda corriente, a partir del 17 de marzo de 1996, la que en ningún momento podrá ser inferior al salario mínimo legal, con todos los incrementos legales causados y que se hayan causado y se sigan causando en el futuro y las correspondientes mesadas adicionales" (folio 99).

La alzada se surtió por apelación de la demandada y concluyó con la sentencia acusada en casación, por medio de la cual el Tribunal revocó la del Juzgado y absolvió a la demandada.

II. EL RECURSO DE CASACIÓN

Tal como lo declara al fijar el alcance de su impugnación en la demanda con la que sustenta el recurso (folios 7 a 12), que no tuvo réplica, el recurrente pretende que la Corte case la sentencia y confirme en instancia la del Juzgado.

A tal efecto la acusa de interpretar erróneamente un heterogéneo conjunto normativo en el que incluye los artículos 8° de la Ley 153 de 1887 y 19 del Código Sustantivo del Trabajo, únicos que a los fines del recurso resultan pertinentes por constituir la base esencial del fallo impugnado.

Cargo para cuya demostración argumenta que la interpretación acertada de las razones de justicia y de equidad en relación con la actualización monetaria se expuso en la sentencia que la Sala Laboral dictó el 5 de agosto de 1996 (Rad. 8616) y no concuerda con la que hizo el Tribunal al atribuirle sentidos y alcances que, por restrictivos, no le corresponden a los artículos 8° de la Ley 153 de 1887 y 19 del Código Sustantivo del Trabajo.

los cuales aplicó con resultado negativo, cuando la correcta interpretación, según los pronunciamientos de la Corte, permite su aplicación a casos como el del presente juicio por razones de justicia y equidad o como "una modalidad del daño emergente entendido como el perjuicio que sufre el trabajador a raíz del retardo o mora del empleador en pagar un crédito laboral" (folio 11).

Finaliza su argumentación diciendo que la actualización monetaria judicial "en ningún momento implica desconocimiento de la autonomía de la voluntad plasmada en el acuerdo conciliatorio en que se convino el pago de la pensión de jubilación a reajustarse y, por ende, la vulneración del efecto de cosa juzgada que al mismo le otorga el artículo 78 del Código Procesal del Trabajo" (folio 12), porque ella no incrementa la obligación original, como tampoco la hace más onerosa, sino que "mantiene el valor económico real de la moneda frente a la notoria pérdida de su poder adquisitivo" (ibídem).

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El Tribunal no interpretó erróneamente las normas que aplicó, pues el entendimiento que a ellas le dio coincide exactamente con el expresado en la sentencia de 18 de agosto pasado, en la que, reestudiado el punto de derecho, juzgó la Corte procedente variar la doctrina que para el impugnante es la correcta y adoptar como nuevo criterio jurisprudencial el siguiente:

La indexación no tiene alcance general. El legislador la ha reconocido para casos particulares y la jurisprudencia de esta Sala y de la Civil de la Corte, únicamente como el medio correctivo adecuado a las situaciones de pago retardado de algunos créditos.

Siguiendo ese criterio, si las normas que regularon la pensión de jubilación, particular u oficial, establecieron que el empleador debía pagar al trabajador con derecho a la pensión un setenta y cinco por ciento del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicios, esa base salarial no puede ser modificada por el juez actualizando su valor monetario, pues la norma no lo autoriza para el caso en que la pensión empieza a disfrutarse después de la fecha de la terminación del contrato ni cuando las dos fechas coinciden y la devaluación igualmente afecta la base salarial. La pérdida del poder adquisitivo de la moneda o su revaluación, que son las contingencias de toda economía monetarista, representan el daño o el beneficio que afecta a cualquier patrimonio (a los derechos y obligaciones que lo conforman), pero el riesgo que corre el acreedor no siempre gravita sobre el deudor a menos que actúe con retardo y sólo en las situaciones específicas que reconocen la ley y la jurisprudencia. Los reajustes pensionales que estableció la ley obedecen a consideraciones de equidad, y el deudor de la pensión los asume aunque no incurra en mora, pues así lo determina expresamente la misma ley.

Como las disposiciones que han regulado la materia en el sector oficial, al igual que el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, no acogien como regla general la revaluación monetaria de las pensiones, es forzoso concluir que el Tribunal debió aplicar esos preceptos legales y, por tanto, no resultaba pertinente acudir al artículo 8º de la Ley 153 de 1887 ni al 19 del Código Sustantivo del Trabajo, que sólo operan cuando no hay norma exactamente aplicable al caso controvertido.

Por otra parte, la corrección judicial del valor de la primera mesada se aparta de la filosofía y estructura de la seguridad social, dado que ella opera como un régimen contributivo que únicamente subsiste en la medida en que sus ingresos sean suficientes para cubrir las obligaciones correspondientes, entre ellas las pensionales. Si alguien deja de cotizar pero aumenta la base de liquidación de su pensión, genera un desequilibrio al sistema de ingresos y egresos al que se ha aludido, con el consiguiente detrimento de la capacidad de la entidad pagadora de pensiones para sufragar oportunamente la totalidad de ellas, con sus consecuentes repercusiones de orden social, lo cual es necesario anotar porque las pensiones, como realmente corresponde a su esencia, se encuentran ahora establecidas a cargo del Sistema de Seguridad Social Integral, como regla general.

Como al comienzo se dijo, la interpretación del Tribunal coincide con la nueva orientación jurisprudencial que se expresó en la sentencia de 18 de agosto de 1999 (Rad. 11818), y en la cual, en los apartes pertinentes, se explicó lo siguiente:

"5. Mas, existen aspectos puntuales sobre esta materia que en esta oportunidad la Sala de Casación Laboral precisa, a fin de rectificar los criterios que en ocasiones anteriores se han esbozado:

"a) Huelga resaltar, en principio, que no se indexan las obligaciones contractuales, en tanto acreedor y deudor han tenido la oportunidad de pactar mecanismos de protección contra el proceso inflacionario. El juez no puede interferir en el libre juego de las voluntades de los contratantes, quienes, en presencia de un hecho notorio como la inflación, deciden celebrar una negociación y mantener incólumes el valor de sus prestaciones exigibles en un mediano o largo plazo. Teniendo los contratantes la posibilidad de prever un fenómeno absolutamente notorio para cualquier hombre de mediana capacidad que entra en la esfera negocial, deben actuar ellas con diligencia y cuidado (nemo auditur propriam turpitudinem alegans).

"Ahora bien, esta primera tesis es válida mientras se cumpla la obligación en la oportunidad convenida. Porque no satisfecha en tiempo, si del incumplimiento se deriva una significativa deprecación de la misma, entonces puede solicitarse su indexación como un componente del daño emergente ocasionado al acreedor.

"b) Se indexan las obligaciones puras y simples, vale decir, existentes y exigibles, cuya fuente es directamente la ley, cuando ésta no previó ningún mecanismo para que al acreedor se le entregara la prestación a que realmen-

te tiene derecho. Se propende con ello restablecer el equilibrio perdido en la relación jurídica emanada de la norma, por no haber precauido los alcances de su tendencia nominalista. El presupuesto es, se reitera, la presencia de una obligación cierta, respecto de la cual existe una situación jurídica constituida y cuyos efectos se surtieron o se están surtiendo. Ilustra lo afirmado en este punto, el caso de las prestaciones sociales, respecto de las cuales ha dispuesto el legislador, de manera expresa, la sanción moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de manera que siendo ésta, por definición del precepto en cita, una indemnización, no desvirtuada la mala fe y condenándose a ella, tórnase improcedente la indexación por haberse previsto una fórmula indemnizatoria propia.

"c) No se indexan, pues, en primer lugar las obligaciones condicionales suspensivas, es decir, las pendientes 'de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no', según las voces del artículo 1530 del Código Civil, en tanto enerva la adquisición del derecho mientras él no se cumpla (art. 1536 ib.). En segundo término, tampoco se revalorizan los derechos eventuales. Estos, conforme a la teoría de las obligaciones, son los que emanan de un acto, hecho o negocio jurídico en formación (in nuce), o incompleto o imperfecto, como los que han reunido uno o varios de los elementos necesarios para su existencia, pero les falta uno u otros de ocurrencia futura. Mucho menos, no está demás decirlo, pueden ser valorizadas las meras expectativas de derechos, respecto de las cuales no cabe hablar, siquiera, de obligación.

"6. Lo antes expresado conduce a la Corte a rectificar su doctrina expuesta en fallos de mayoría, citados por el juzgador ad quem, para dejar por sentido que no es posible, jurídicamente hablando, indexar la primera mesada pensional cuando el derecho se reconoce en la oportunidad indicada en la ley y el empleador, obligado a su pago por no haberla sustituido en ninguna entidad encargada del riesgo, no ha retardado su cancelación. Lo dicho se funda en las siguientes razones:

"a) Porque el derecho a reclamar la pensión sólo surge respecto de su acreedor a partir de la concurrencia de dos elementos esenciales para su existencia:

"1) el cumplimiento de una cantidad preestablecida de cotizaciones o de un determinado número de años de labores, según se estuviera, o no, cubierto por el régimen de la seguridad social; y 2) el advenimiento de la edad señalada en la ley para obtenerla. Quien, como en el caso del actor, ha satisfecho uno solo de los dos factores esenciales para alcanzar la pensión (el tiempo de servicio fijado en la ley o pactado en la convención) tiene, a no dudarlo, un derecho eventual, apenas en ciernes, en tanto falta el otro de los componentes imprescindibles para que se pueda consolidar, con un titular del derecho, de una parte, y un obligado a su satisfacción, por la otra.

"Sostienen algunos que en el caso antes referido hay más bien un derecho sometido a condición suspensiva; pero, en rigor jurídico, se trata de un derecho in nuce, por cuanto en la relación jurídica condicionada el derecho encuentra perfeccionado, sólo que sus efectos se hallan en esta-

do de latencia por estar pendientes de un hecho futuro e incierto, ajeno a su esencia y no requerido para su constitución. El derecho eventual y su obligación correlativa, en cambio, nacen a la vida jurídica en el momento en que se completan los requisitos exigidos en la ley o en el contrato; tal es el caso de los derechos del născiturus, o el del asignatario (Código Civil, art. 1215), o el de los esposos (art. 1771 y ss, lb.), los del constituyente de una hipoteca (art. 2441, lb.), y, en materia laboral, entre otros, los del trabajador con derecho a la pensión de invalidez (art. 39 Ley 100/93), de vejez (art. 33 *ibidem*), de jubilación (art. 260 C S T), por aportes (art. 7° Ley 71/88), de sobrevivientes, para no citar más.

"Muchos doctrinantes van más allá, pues consideran que en el caso de que sólo se haya satisfecho uno de los componentes vitales para la existencia del derecho a obtener la pensión, lo que hay es una mera expectativa. Esto implica, por supuesto, la posibilidad de negociación y renuncia de parte del trabajador de su esperanza de adquirir un derecho fundado en una norma vigente, e incluso de modificación o extinción mediante ley de lo que hasta entonces no era un derecho por falta de los presupuestos materiales o de hecho.

"En cambio, en tanto derecho eventual, el empleador o la entidad de provisión, deudor futuro de la pensión que se le reclamaría en caso de completarse los elementos requeridos para su existencia, sabe que hay una 'expectativa de derecho' y no una 'mera expectativa', expresiones que no se deben confundir, como no lo hace la doctrina ni la ley, en la medida en que la primera comprende los derechos condicionales y los eventuales, que por su especial naturaleza confieren al futuro titular (de cumplirse la condición suspensiva, en los primeros, o completarse los elementos faltantes, en los segundos) posibilidades jurídicas de administración, conservación y disposición (artículos 575, 1215 y 1547 a 1549 del Código Civil).

"b) Así pues, integrados los requisitos necesarios para la consolidación del derecho en cabeza de su titular, nace la obligación de pagar la mesada que la ley impone, conforme a los parámetros en ella señalados, y el derecho correlativo de quien adquiere la pensión. Antes no, porque mientras el derecho eventual se perfeccionaba había apenas una expectativa de derecho, o mejor, un derecho en perspectiva, esto es, en vías de adquirirse; pero, jamás, un derecho adquirido.

"c) La obligación surgida a la luz del derecho es la indicada en la ley, esto es, la mesada pensional, para cuyo cálculo el legislador dispuso, de manera expresa, factores matemáticos precisos. No existe, pues, vacío legal alguno al respecto y, por lo mismo, no le cabe al juzgador apartarse de lo preceptuado en las normas vigentes, según cada caso, por cuanto sería asumir una conducta contraria a su claro tenor literal, so pretexto de decidir en equidad que, valga decirlo, sigue siendo criterio auxiliar en la resolución de los conflictos.

"No existe, en consecuencia, laguna legal que llenar con los principios generales del derecho, y tanto es ello así, que desde la década del sesenta se dispusieron mecanismos para conjurar el deterioro real de las pensiones, hasta llegarse a la actualización anual con base en el salario mínimo legal, en la Ley 71 de 1988, mejorada con la fórmula consagrada en la Ley 100 de 1993.

"d) Puede reclamarse el reconocimiento de la pensión, de acuerdo con lo antes dicho, desde cuando se constituye el derecho, esto es, se completan los elementos requeridos para su existencia. Y sólo entonces se podrá exigir la mesada reconocida, entendiéndose, desde luego, que el acreedor de ella deberá estar retirado del servicio, en la medida en que esta sí es una condición de la cual pende la exigibilidad de su pago.

"7. Las conclusiones expuestas constituyen la nueva doctrina de la Sala Laboral de la Corte sobre esta temática, para lo cual se tuvo en cuenta, además, que la tesis estricta de la 'indexación de la primera mesada pensional' conduciría al extremo de tener que actualizar, con base en el costo de la vida, no solo los derechos exigibles, sino las bases salariales de su establecimiento, principio que aplicado a otras situaciones iguales aparejaría fatalmente una indexación general de los salarios y de las bases de liquidación de todas las prestaciones con sus perturbadoras consecuencias jurídicas y económicas; así las cosas, los acuerdos celebrados en el contrato de trabajo o en las convenciones colectivas perderían su validez, en tanto tendrían que quedar sujetos a la referida actualización. De igual modo, aplicados esos criterios aún después de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se aniquilarían los efectos del inciso 3º de su artículo 36, que sí estableció, por primera vez, la corrección monetaria del ingreso base de liquidación de pensión de vejez o jubilación, pues lo concebido en los fallos anteriores al presente sobre el punto contraría el texto de la nueva ley, si en cuenta se tiene que ésta actualiza la base de las cotizaciones de los años indicados en el precepto, y no la primera mesada.

"Finalmente no puede desconocerse que la equidad también está consultada por la Ley 100 de 1993, dado que a partir de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, además de éstas, debe cancelar el deudor la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se cancele la obligación".

Se sigue de lo anterior que frente a la nueva jurisprudencia el recurso no es fundado y, por consiguiente, no se casará la sentencia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada el 11 de diciembre de 1998 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso que Nelson Germán Pabón Rojas le sigue a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

Sin costas en el recurso porque no hubo oposición.

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

Rafael Méndez Arango, Francisco Escobar Herríquez. (Salvamento de voto); *José Roberto Herrera Vergara, Carlos Isaac Nader, Luis Gonzalo Toro Corredá.* (Salvamento de voto); *Germán G. Valdés Sánchez, Fernando Vásquez Botero.* (Salvamento de voto);

Laura Margarita Manotas González, Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO

INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral.

Radicación Nro. 12413

Con el debido respeto nos permitimos salvar el voto en la decisión acogida por la Sala en la sentencia del 17 de noviembre del año en curso, proferida para desatar el recurso de casación propuesto por la parte demandante dentro del proceso ordinario promovido por Nelson Pabón Rojas contra Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, radicación 12413

Como es de conocimiento en el ámbito jurídico nacional, desde el año de 1996, en sentencia del 5 de agosto de esa anualidad, radicación Nro. 8616, esta Sala de la Corte, por mayoría, que ahora queda en minoría, aceptó la procedencia de la actualización judicial de la base salarial que de acuerdo con la ley debe tenerse en cuenta para liquidar la pensión de jubilación, que es lo que tradicionalmente se le ha dado la denominación de "indexación de la primera mesada pensional".

Es por lo anterior que quienes nos separamos de la sentencia que impone un nuevo criterio, en sentido contrario, sobre tal tema, estimamos indispensable traer a colación, en primer lugar, las razones en que se ha fundamentado nuestra posición al respecto, ya que para nosotros siguen siendo válidas, y para ello nos remitimos a lo expresado en el fallo del 10 de diciembre de 1998, radicación 10939, así:

"[...] Ahora bien, ciertamente en la demanda con la que se inició el juicio se ha deprecado la reliquidación del valor inicial de la pensión de jubilación del accionante, mediante la aplicación al salario promedio devengado por él durante el último año de servicios, del valor de la depreciación monetaria que afectó el peso colombiano entre la fecha de la terminación de su contrato laboral y aquella en que empezó a devengar dicha pensión, esto es, entre el 30 de noviembre de 1978 y el 22 de julio de 1984.

El Tribunal para dirimir la controversia precisó: que la indexación no tiene alcance general; que por vía jurisprudencial se ha efectuado su reconocimiento para casos concretos y con el objeto de corregir situaciones de mora en el cumplimiento de obligaciones, hipótesis que no se da en el caso: que el otorgamiento de la indexación al demandante representaría un cambio en las reglas de juego en perjuicio de una de las partes, y que

cuando el ex trabajador decidió desvincularse de la empleadora, fallán dole más de cinco años para cumplir la edad jubilatoria, tenía conocimiento de las consecuencias monetarias de su determinación, pues la depreciación del peso colombiano es un hecho notorio.

Empero, a juicio de la Sala, la providencia del Tribunal, así sea consonante con la tesis del salvamento de voto a la que finalmente se remite, sí incurre en el yerro de apreciación jurídica que le endilga la acusación, pues conforme lo tiene dicho la Corte de vieja data, y lo reiteró recientemente en su sentencia de casación del 5 de agosto de 1996, radicación 8616, la indexación es aplicable en el derecho del trabajo y, específicamente en casos como el que se trata, con el objeto de paliar los efectos que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda tiene sobre la cuantía de créditos laborales, como la pensión de jubilación que le fue reconocida al demandante.

"Y es por lo anterior que con fundamento en los artículos 8º de la Ley 153 de 1887 y 19 del Código Sustantivo del Trabajo se ha admitido la posibilidad de aplicar en asuntos del trabajo la corrección o actualización monetaria. Solución a la que se ha llegado teniendo en cuenta: principios de derecho laboral, de justicia y de equidad; la consagración positiva de la corrección monetaria en varios campos de la actividad civil en Colombia, como también en el derecho administrativo; su aceptación por la doctrina y jurisprudencia extranjeras; las normas reguladoras de pago; los principios del equilibrio contractual, y los desarrollos que en materia de seguridad social pensional introdujo la Ley 100 de 1993.

"De modo, pues, que cuando el Tribunal, a pesar de reconocer la existencia notoria del fenómeno de la depreciación del peso colombiano, se abstuvo de aplicar la corrección monetaria a la primera mesada pensional del petente, incurrió en el estigma de interpretación jurídica que se le endilga, pues le entregó a las normas referidas en el cargo, principalmente a los artículos 8 de la Ley 153 de 1887 y 19 del CST, un entendimiento restringido, que no le permitió, en un contexto de justicia, equidad y equilibrio social (art. 1º ibi), solucionar el envilecimiento del valor nominal de la pensión de jubilación de aquél y reajustarla a su cuantía real, conforme lo tiene establecido esta Corporación. Pérdida del poder adquisitivo que no depende de que se esté en mora el cumplimiento de una obligación sino de la existencia de un fenómeno económico, que al ser reconocido no implica imponerle a quien deba soportarlo una carga superior a la que llegare a estar obligado, ya que mirado desde la óptica del poder adquisitivo de la moneda los valores nominales que se determinen son iguales.

"Se impone recordar que ha sido posición reiterada de la Sala reconocer la aplicabilidad de la indexación como mecanismo para enfrentar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, argumentando, para el efecto, en unos casos, razones de justicia y equidad, y en otros, el retardo del cumplimiento de una obligación. Empero, en fechas más recientes, con fundamento en la primera razón precitada, se ha precisado la procedencia de aquella para actualizar una suma de dinero que va a servir para

tasar una obligación futura, y a la cual se proyecta, como es obvio, las incidencias negativas de la inflación. Al respecto la Corporación en el ya citado fallo del 5 de agosto de 1996, radicación 8616, dijo:

"Para ello vale la pena recordar el basamento que ha tenido la jurisprudencia de la Corporación al aceptar el mecanismo de la indexación. Sobre el particular se expresó en sentencia del 13 de noviembre de 1991, Radicación No. 4486:

"Con apoyo en tal preceptiva [el artículo 8° de la Ley 153 de 1887 y el 19 del Código Sustantivo del Trabajo, se aclara], la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte desde la referida sentencia del 18 de agosto de 1982, ha venido sustentando la posibilidad de aplicar a los créditos de origen laboral, la corrección o actualización de la moneda. El soporte de esta doctrina ha sido vario: los principios del derecho del trabajo, en cuanto criterios de valoración inherentes a esta rama del derecho, portadora, por antonomasia de una intención cautelar y defensora de los precarios intereses del trabajador, en consideración a que es un sujeto que normalmente no cuenta sino con su fuerza de trabajo para subsistir, enajenándola al empleador, la jurisprudencia, principalmente de la Sala Civil de esta Corporación, que desde un tiempo un poco anterior, enfrentó el análisis de la incidencia de la inflación en las obligaciones diferidas de carácter civil; en los principios de equidad y justicia, comunes, a no dudarlo, a todas las ramas del derecho y en particular a la laboral; en variados campos de la actividad civil en nuestro país, en la doctrina y la jurisprudencia extranjeras, así como también en la escasa producción doctrinaria nacional al respecto, en las normas reguladoras del pago, también indudablemente comunes al derecho ordinario y al del trabajo, en cuanto dicho modo de extinguir las obligaciones tiene que ver con todo tipo de éstas, cualquiera sea su origen; y, en fin, en los principios del enriquecimiento injusto y el equilibrio contractual, fundantes de la doctrina elaborada sobre el tema por la jurisprudencia civil, pero en ningún modo ajenos a los criterios estimativos del derecho laboral. Y, ahora, según los principios constitucionales atrás destacados es pertinente e imperativo tener en cuenta los lineamientos que el constituyente mismo estableció a este respecto y en la materia específica del derecho laboral, expectante de concretos y futuros desarrollos legislativos.

"El panorama jurídico ahora brinda nuevos y mayores elementos para aceptar la aplicación del correctivo de la indexación. Pues ciertamente en punto de las pensiones, se expidió la Ley 100 de 1993 por la cual se crea el sistema de seguridad social integral, que en varias de sus disposiciones desarrolla los principios constitucionales en cuanto consagran la previsión de crear mecanismos adecuados para que las pensiones mantengan su poder adquisitivo constante, como arbitrio eficaz para garantizar la congrua subsistencia de amplísimos sectores salariales (artículos 48 y 53 de la Carta Política). Dicha ley establece mecanismos de actualización no solo de las pensiones causadas (artículo 14) sino de los recursos recaudados para el pago de pensiones futuras, mediante la aplicación del

índice de precios al consumidor, según certificación expedida por el DANE (artículos 36 y 117).

"Si bien para el caso de autos, en el que se solicita la indexación de la primera mesada pensional causada en 1987, no es aplicable el criterio de la analogía legal de una norma expedida en 1993, si es iluminante del criterio judicial el que tal sistema se hubiera establecido por el legislador, pues ello demuestra la necesidad imperiosa de ponerle coto a situaciones de flagrante injusticia, y la pertinencia del remedio aplicado por la doctrina jurisprudencial.

"Por ello, para resolver el tema bajo examen, siguen sirviendo como soporte de la decisión los destacados en el aparte de la sentencia transcrita del 13 de noviembre de 1991 y, fundamentalmente la orientación legal y doctrinal que impide el enriquecimiento sin causa. Que no otra cosa significaría el que se pudiera solucionar una deuda, respetando un monto nominal que dista enormemente - en el momento del pago - del valor real que tenía la deuda cuando fue contraída."

"Y precisamente una situación semejante es la que se presenta en el caso bajo estudio, pues de acuerdo con el documento de folios 16 a 21 del cuaderno de primera instancia, el demandante, cuando dejó de prestar sus servicios a la demandada: el 30 de noviembre de 1978, devengaba un salario promedio mensual de \$21.077,53, el mismo que se le tuvo en cuenta, el 22 de julio de 1984, para reconocerle un débito pensional equivalente al 75% de su valor, es decir, \$15.808,00, no obstante que entre tales fechas el signo monetario colombiano se depreció en un 146%, según el certificado de folio 63 *ibidem*.

"La aludida circunstancia evidencia un fenómeno económico del que no puede sustraerse el derecho del trabajo, ni pasar por alto la jurisprudencia, toda vez que desconocerlo implica olvidar que las normas del derecho social, al tenor del artículo 1° del CST, se deben aplicar con un criterio de coordinación económica y equilibrio social, por lo que se impone, con fundamento en el artículo 8° de la Ley 153 de 1887 y 19 del C.S.T., el reconocimiento de la indexación porque de no hacerlo vulnera tal mandato, ya que es indiscutible que "el hecho notorio" de la inflación terminaría perjudicando, inequitalivamente, a una de las partes de la relación contractual: el trabajador, que no es propiamente el llamado a soportar tal fenómeno económico porque él no tiene la posibilidad de tomar medidas para protegerse del mismo en razón que su aporte en el contrato es su capacidad de trabajo: situación que no puede predicarse con respecto al empleador porque éste sí tiene o debe tener el control financiero, así sea relativo de la actividad donde aquél presta el servicio, por lo que se puede afirmar que es a él a quien le corresponde prever y asumir las consecuencias de las fluctuaciones económicas, pues está en capacidad de tomar las medidas financieras del caso para cubrirse de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, y una de ellas sería el reconocimiento de una pensión de jubilación actualizando el valor de salario que años atrás devengó el trabajador.

"Reitera, entonces, la Corte que una solución como la de la indexación, adoptada para el caso, no implica un incremento en la obligación original, no la hace más onerosa, sino que se limita a mantener su valor real frente a la notoria pérdida del poder adquisitivo de la moneda; acogerla solo significa restablecer el equilibrio entre las partes, aplicando la revaluación monetaria a los \$15.808,15, que se estableció es el valor de la pensión del accionante cuando cumplió 55 años de vida, el 22 de julio de 1984, para cuya tasación se tuvo en cuenta el último salario promedio mensual que devengaba el 30 noviembre de 1978, es decir, algo más de cinco (5) años antes. El resultado de una operación tal, así sea numéricamente mayor, equivale, para la primera fecha, al valor inicialmente citado, razón por la cual no es predicable que en términos reales de economía y finanzas la indexación le represente cumplir con una obligación dineraria superior a la inicialmente pactada.

"En consecuencia, el cargo prospera; motivo por el cual no hay lugar a costas del recurso extraordinario"

De otra parte, reiterando el debido respeto que nos merece el fallo del que nos separamos, a los argumentos que se exponen en la providencia antes transcrita para sostener la pertinencia de la indexación pretendida y discutida a través de este proceso, agregamos lo siguiente:

1. Si se analiza, desde el año de 1982 y hasta la fecha, el desarrollo jurisprudencial de esta Sala de la Corte en materia de indexación de las obligaciones laborales en general, se impone llegar a la conclusión que al acogerse la revaluación de la base salarial para la pensión de jubilación, no se pretendió, como lo afirma la mayoría, reemplazar un "ordenamiento jurídico de corte nominalista" por un "régimen valorista", sino buscar una solución a un desequilibrio económico que tiene profundas repercusiones en las relaciones que regulan el derecho laboral, por lo que representa lo que se recibe como contraprestación directa o indirecta, independientemente de su denominación jurídica. Y ello en virtud, en primer lugar, de lo que es la inflación y su incidencia en algo tan vital para quien por su edad ve limitada su capacidad y oportunidad de trabajo, ya que basta citar la siguiente explicación más que gráfica de lo que es ese fenómeno económico: "inflación es cuando en vez de no tener plata, usted tiene el doble, pero no le alcanza para comprar lo que hubiera comprado con lo que no tenía". Y en segundo lugar, por lo que se expresa en la sentencia de la que nos apartamos: "En Colombia existe un vacío legislativo, casi total, sobre el fenómeno de la indexación (...)".

2. Es por lo anterior que en nuestro sentir no se puede invocar el artículo 230 de la Constitución Nacional, y menos los artículos 2224 y 1627 del Código Civil, para negar la posibilidad legal de indexar la base salarial con referencia a la cual se debe liquidar la pensión de jubilación. Y esto porque la primera norma también remite a la "equidad" para la solución de conflicto de derecho y, las otras, como bien se sabe, pese a su tenor literal, ya se han superado por la jurisprudencia para disponer, en

no pocos casos, la indexación en asuntos regulados por el Código Civil, a pesar que dicho estatuto está fundado en un criterio eminentemente nominalista o monetarista. Y es por ello que estimamos pertinente traer a colación apartes del salvamento de voto del doctor Fernando Hinestroza Forero a la sentencia de la Sala de Casación Civil del 21 de marzo de 1995, Magistrado Ponente Pedro Laffont Pianeta, expediente 3328, a saber:

"La obligación de pagar una suma de dinero puede ser tal desde el momento mismo en que surgió la relación, o ser el resultado de la conversión a dinero de una obligación de otra índole, que se perceptúa en el subrogado pecuniario de la prestación original (art. 1731 I C.C.). En esta segunda hipótesis están de más las consideraciones y disquisiciones sobre el efecto perverso de la inflación sobre el acreedor de obligación pecuniaria, como quiera que la deuda llegó apenas ahora a ser de dinero, mediante la apreciación de la prestación correspondiente (o del perjuicio) en su valor actual, o sea que allí hay un valor presente real y justo.

"Como quiera que la cancelación del contrato, cada contratante deviene acreedor de lo que dio y deudor de lo recibido, aquel que recibió dinero de su contraparte debe restituirselo. Es esa una obligación de "valuta" o pecuniaria propiamente dicha, o pecuniaria primaria, porque la obligación del deudor consiste originariamente en pagar una suma de dinero cierta y precisa. Hipótesis delante de la cual, habida cuenta del fenómeno inflacionario o de depreciación del dinero, surge la necesidad de determinar si lo que el deudor debe es simplemente una cantidad de unidades monetarias, la misma original, o si, debe actualizar, corregir, el monto pecuniario para que su pago sea completo, y el acreedor no resulte sacrificado inopinada e injustamente en provecho suyo.

"Es bien sabido que los pronunciamientos terminantes en favor del nominalismo y, consiguientemente, del poder liberatorio universal y absoluto de la moneda de curso legal o forzoso, han ido cediendo el paso paulatinamente a consideraciones y razonamientos de lógica y equidad irrefragables, que resaltando la pérdida continua y acelerada del poder adquisitivo de la moneda y observando los contrastes abismales que se presentan al cabo del tiempo entre el valor nominal y el valor real del dinero, tienden a introducir por vía pretoriana, atenuantes a aquel rigor del dictado político de la soberanía monetaria del Estado, y pallativos a sus efectos iníquos.

"Apenas hay para qué anotar que la doctrina y la jurisprudencia nacionales han evolucionado, habiéndose inclinado ésta en los últimos quince años decididamente por la corrección o actualización monetaria, con orientación y ritmo variados y oscilaciones del todo naturales en materia de suyo delicada y conflictiva y de proyecciones no sólo jurídicas, sino sobre la economía, la individual, obviamente, pero también sobre la macroeconomía y la política económica del Estado. De ahí su encarecimiento de proceder con las mayores cautela y prudencia.

"Distintas son las explicaciones o justificaciones que doctrina y jurisprudencia han buscado y dado a su permisión del reajuste monetario, que van desde el concepto de resarcimiento del daño hasta el de enriquecimiento injusto, pasando por la exigencia de plenitud del pago. No todas esas presentaciones convienen a las distintas hipótesis, por lo cual su aplicación particularizada, a más de impedir una concepción general y unitaria, desemboca en inconsistencias y es propicia a contradicciones. En efecto, si se toma como explicación general la de un criterio indemnizatorio, ¿Cómo justificar la corrección monetaria en la hipótesis de nulidad ajena a cualquier incorrección? Es claro que en el caso del acreedor de restitución de dinero por sentencia resolutoria del contrato debida a incumplimiento del deudor, resulta sencillo, cómodo, y aún afectista, respaldar la orden de reajuste monetario diciendo que al acreedor le asiste derecho a indemnización del perjuicio consistente en la depreciación monetaria. Pero esa justificación estimula la tesis de que cuando el incumplido no es el contratante ahora deudor del dinero, sino el otro, no hay lugar a corrección monetaria, que no es propiamente un correlato lógico y equitativo de aquella. Y, ciertamente, en las demás eventualidades donde no se puede hablar ni de incumplimiento, ni de incorrección del deudor de obligación de restituir dinero, esa explicación no funciona.

"(...)

"Observe en la sentencia de 21 de septiembre de 1992 una contradicción interna, como quiera que a tiempo que pregona el imperio de la igualdad y la equidad y se resiente frente al desequilibrio de las obligaciones restitutorias cuando una de ellas es de devolver dinero, sin discriminaciones y reafirmando doctrina de la Sala que la llevó conjurar dicha injusticia procediendo de oficio; tal desequilibrio inocultable, objetivamente innegable, se esfuma o, le resulta, más que indiferente, plausible, cuando el acreedor del dinero depreciado es el contratante cuyo incumplimiento dio lugar a la resolución. Y sin una explicación aceptable de tal asimetría.

"Tampoco encuentro sostenible el argumento de que disponer en tal situación el reajuste monetario, 'equivaldría' a prohibir el 'incumplimiento', como si la corrección monetaria -o sea el equilibrio, la equidad y la justicia- pudieran tomarse de manera de recompensa a la buena conducta o 'beneficio', sólo asignable en razón de ella, y su denegación, cual un castigo, ante cuya amenaza los deudores habrían de cuidarse más de ser cumplidos, es decir, como factor disuasivo.

"(...)

"Es obvio que al juzgador le es forzoso someterse a la ley; pero también, que no le es menos imperativo interpretarla y aplicarla teniendo en cuenta la justicia y la equidad. Ciertamente ningún precepto de código dispone la corrección monetaria, de manera que el reajuste es, sin más, creación doctrinaria y jurisprudencial; así, la pregunta pertinente no podría ser la de si para este o aquel caso la ley la 'permite' o 'autoriza'; sino si la 'prohíbe' o 'excluye'. En todas las circunstancias en que la Corte, con

curia de la justicia y la equidad ha 'aceptado' la corrección monetaria, ha pronunciado jurisprudencia creadora de derecho, sin aguardar a la intervención del legislador. Sin embargo, para el caso de las prestaciones mutuas entre vendedor y comprador por causa de resolución del contrato, debida a incumplimiento de este, la deniega arguyendo que el art. 1932, no sólo no se lo autoriza, sino que se lo impide.

"(...)

"Es elemental la consideración de que toda restitución del precio por parte del contratante que lo recibió, al declararse o decretarse la disolución del contrato, se limita a la parte que él haya pagado; de suerte que, del hecho de que el art. 1932 haya reiterado esa regla para el evento de resolución de compraventa por incumplimiento del comprador, precisamente para poner de relieve que su incumplimiento no acarrea la pérdida de la parte del precio por él satisfecha, no se puede deducir una prohibición legislativa del reajuste monetario, pése a la iniquidad que llevaría consigo la congelación del monto de esa obligación restitutoria. Y menos puede sostenerse, que dicho desconocimiento de la realidad y de la justicia 'guarda armonía con el principio de los riesgos de la cosa debida y con el tratamiento equitativo del contrato de compraventa resuelto'. Los riesgos del cuerpo cierto están regulados en el art. 1932 S conforme a los principios generales, sin concesión a favor del comprador, que autorice imaginar compensaciones con el deterioro de la moneda, y el tratamiento equitativo que merecen las partes es muy otro del de la rutina del comprador. ¿Dónde está, entonces, 'la distorsión del contenido legalmente vigente'? La corrección monetaria no es un privilegio o una ventaja para el acreedor, es simplemente reconocimiento de la realidad económica y freno a una injusticia sin causa alguna; es una medida que no exige orden expresa o implícita del legislador, pues su aplicación dimana de los principios o reglas generales del derecho"

3. Es indudable que si en el derecho laboral se estudia la indexación, y si se trata de explicar su razón de ser, desde la óptica de la Teoría General de las Obligaciones, necesariamente como lo hace la mayoría, habría que llegar a la deducción que si no hay obligación o crédito en mora, no es posible indexar, ya que ello haría parte de la indemnización de perjuicios.

Como para quienes salvamos el voto, con la indexación en materia laboral se busca no sancionar una mora sino restablecer un equilibrio económico, producido por un fenómeno de la misma índole, y que repercute sobre el poder adquisitivo de la moneda, independientemente que haya una obligación sujeta o no a una modalidad, es por lo que aceptamos la pertinencia y legalidad de la revaluación judicial de la base salarial para tasar la pensión de jubilación. Y para llegar a ella se acude a mecanismos constitucionales y legales, como lo son la equidad y la analogía.

4. Aunque parezca contradictorio se impone destacar y aplaudir un avance en lo que era la posición de minoría, ya que antes se sostenía que

mientras no se cumplieran los dos requisitos para configurar el derecho a la pensión de jubilación: edad y tiempo de servicio, solamente había una expectativa que ninguna protección legal tenía o merecía. En cambio, en la sentencia se da a entender que quien cumple uno de esos dos supuestos es titular ya de un "derecho eventual", y aunque sea "eventual" se le otorga el calificativo de "derecho", ello es el avance, pues, por esa circunstancia, es innegable que es susceptible de cierta protección, así se puntualice que configurado el mismo solo tiene efectos hacia el futuro, y la forma de protegerlo es aceptando su indexación, sin que ello implique hacer más gravosa la situación del que lo deba satisfacer, pues como se ha explicado no obstante así el resultado de la operación numéricamente sea mayor, ello no representa cumplir con una obligación dineraria superior a la inicialmente pactada.

5. La circunstancia de que transcurrieron más de 14 años después de que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció por primera vez sobre la indexación de las obligaciones laborales, para finalmente admitir la posibilidad de revaluar la base salarial por tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación, es claramente indicativa que el criterio de la jurisprudencia, como lo ha venido haciendo, es estudiar en cada caso su procedencia, y no como lo sostiene la mayoría que en virtud de esto último se ha de llegar "fatalmente a una indexación general de los salarios y de las bases de liquidación de todas las prestaciones con sus perturbadoras consecuencias jurídicas y económicas (...)".

Asimismo, estimamos equivocado aducir la Ley 100 de 1993 como argumento para restarle soporte al criterio que hoy queda de minoría. Y esto porque, por el contrario, nos atrevemos a afirmar que al introducir ese estatuto en sus artículos 21 y 36 el concepto de "actualización" con referencia a la variación del índice de precios al consumidor, no hace otra cosa que reconocer que la inflación afecta aquel presupuesto a tener en cuenta para tasar la pensión de vejez.

Además, tampoco sobra recordar que en los fallos proferidos hasta ahora con fundamento en el criterio jurisprudencial que deja de ser mayoritario, siempre el obligado a pagar la pensión era el empleador.

Santa Fe de Bogotá, D.C., noviembre veintitrés (23) de mil novecientos noventa y nueve (1999)

Francisco Escobar Henríquez, Luis Gonzalo Toro Correa y Fernando Vásquez Botero.

PENSION DE VEJEZ

Procedimiento cuando el empleador incurre en mora en las cotizaciones

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral. - Santa Fe de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Doctor Germán G. Valdés Sánchez

Radicación No. 12567

Acta No. 46

Resuelve la Corte el recurso de casación que interpuso el Instituto de Seguros Sociales contra la sentencia del Tribunal de Medellín, dictada el 26 de marzo de 1999 en el juicio ordinario laboral que promovió Martha Libia Meneses Molina contra el Instituto recurrente.

ANTECEDENTES

Martha Libia Meneses Molina demandó al Seguro Social para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez desde que cumplió los 55 años de edad, para lo cual afirmó que estuvo afiliada a la entidad demandada para los riesgos de invalidez, vejez y muerte como trabajadora dependiente, que solicitó el reconocimiento de la pensión demandada, la que le fue negada por resolución 005614 del 16 de agosto de 1995, la cual impugnó.

El Seguro Social se opuso a la pretensión alegando que la demandante no tenía las cotizaciones exigidas, como quiera que dos de los empleadores no pagaron las respectivas cotizaciones.

El Juzgado 8º Laboral de Medellín, mediante sentencia del 2 de diciembre de 1996, condenó al Seguro a pagar la pensión de vejez desde el mes de enero de 1995.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Apeló el ente demandado y el Tribunal de Medellín, en la sentencia aquí acusada, confirmó la sentencia del Juzgado.

Dijo el Tribunal que el Seguro Social está llamado a responder por la pensión de vejez de la demandante "por cuanto esa entidad de seguridad social la asumió por el solo hecho de haberse dado la correspondiente

afiliación ... afiliación que descarta a la empleadora en mora por cualquier responsabilidad al respecto ..."

EL RECURSO DE CASACIÓN

Lo interpuso la parte demandada. Pretende que la Corte case la sentencia del Tribunal impugnada, para que una vez convertida en Tribunal de Instancia, revoque la del Juzgado y en su lugar la absuelva de todas las pretensiones de la demanda inicial.

Con esa finalidad formula dos cargos contra la sentencia del Tribunal, que no fueron replicados.

Primer cargo.

Acusa al Tribunal por violar directamente, en la modalidad de interpretación errónea, los artículos 41 y 12 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el 1° del Decreto 758 de 1990, y la aplicación indebida de los artículos 27, 28 y 29 del decreto Ley 1650 de 1977, 11, 12, 13 y 14 del Decreto 2665 de 1988, en relación con los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, 27 y 28 del Código Civil y 19 del CST.

Para su demostración dice:

"Para el Tribunal el artículo 41 del Acuerdo 049 de 1990, Acuerdo que fue aprobado por el artículo 1° del Decreto 758 del mismo año, permite entender que por el simple hecho de la afiliación y a partir de este momento, el Instituto de Seguros Sociales debe responder por las prestaciones económicas a su cargo sin importar la mora en que pueda encontrarse un empleador. De la misma manera interpretó el artículo 12 ibídem manifestando que su texto "no permite deducir que el afiliado pierda el derecho a pensionarse por conducto de ese Instituto cuando uno de los múltiples empleadores que tuvo la afiliada incurre en mora en el pago de los respectivos aportes y que ese hecho conlleve a que únicamente ese empleador moroso deba responder por el monto de toda la pensión, más cuando la recaudación de esos aportes pudo haberla efectuado oportunamente el ISS; el que hizo caso omiso de los mecanismos previstos en esas legislaciones para recuperar los aportes adeudados; de esa manera, resulta insólito y, además inequitativo, trasladar al afiliado las consecuencias de ese desgreño administrativo, cuando el ISS, como ya lo indicamos, se encontraba dotado para ese entonces de instrumentos eficaces para hacer efectivos el pago de los aportes adeudados".

"La interpretación que da el Tribunal a los anteriores preceptos es equivocada por lo siguiente:

"No es cierto que por el simple hecho de la afiliación el ISS debe responder por la prestación económica reclamada por la demandante. Si bien la afiliación, en los términos del artículo 41 del Acuerdo 049 de 1990 (aprobado por el artículo 1° del Decreto 758 de 1990), es el acto que le permite en principio a un asegurado empezar a beneficiarse de las prestaciones

económicas asistenciales de que trata el seguro de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto, esos beneficios, de acuerdo con el citado precepto, se conceden de conformidad con ese Reglamento (el del Acuerdo 049 de 1990). Es decir, que para que un asegurado acceda a las dichas prestaciones, es necesario, además de la afiliación, que se den las restantes condiciones exigidas por el Reglamento.

"Y en cuanto se refiere a los requisitos para la pensión de vejez, el artículo 12 del mencionado Acuerdo 049 de 1990, exige además del cumplimiento de las edades mínimas por parte del hombre o de la mujer según el caso, un mínimo de quinientas semanas PAGADAS durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de tales edades, o mil semanas SUFRAGADAS en cualquier tiempo (Se resalta).

"No hay duda entonces de que para poder disfrutar de la pensión de vejez de acuerdo con los reglamentos del Seguro Social en lo que tiene que ver con el número de semanas cotizadas, éstas deben estar pagadas, o sufragadas, o en otras palabras, costeadas o satisfechas.

"Ese es el sentido claro del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 (aprobado por el artículo 1° del Decreto 738 del mismo año), por lo que cuando el sentido de la ley es claro, no es posible desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, según las voces del artículo 27 del Código Civil, además de que las palabras de la ley deben entenderse en su sentido natural y obvio (artículo 28 *ibidem*)".

El cargo concluye con la transcripción de jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte, expedientes 9640 y 11438.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Efectivamente, como lo anota la entidad recurrente, la Corte tiene definido el tema de la incidencia de la falta de pago de las cotizaciones sobre el reconocimiento de la pensión de vejez, cuando a pesar de la afiliación regular, el empleador preuerrmite el pago de las cotizaciones.

En la sentencia del 29 de julio de 1997 dijo la Corte:

"Los diferentes acuerdos que regularon en el Seguro Social el riesgo de invalidez, vejez y muerte siempre previeron que el número de semanas exigido para la causación del derecho a la pensión de vejez debían estar "pagadas", es decir que no eran computables para tal efecto las que no hubiesen sido aportadas por el empleador; entonces el simple transcurso de semanas luego de la afiliación al I.S.S., sin la cancelación de las cotizaciones correspondientes, no las hacía adicionales para efectos de la prestación de vejez, mientras subsistiera el estado de mora del empleador.

"Es así como en forma clara y expresa el artículo 11 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, dispuso que las semanas requeridas debían estar sufragadas, como se observa en la siguiente transcripción de dicho texto:

"Artículo 11. Tendrán derecho a la pensión de vejez, salvo lo dispues to en el artículo 57 del presente reglamento, los asegurados que reúnan los siguientes requisitos:

"a) Tener 60 años o más de edad si es varón y 55 o más si es mujer.

"b) Haber acreditado un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo." (Las negrillas y el subrayado son de la Sala).

"En igual sentido, el artículo 1º del Acuerdo 029 de 1983, aprobado por el Decreto 1900 de julio 6 de 1983, que modificó la norma anterior conservó el requerimiento conforme al cual las semanas necesarias para el nacimiento del derecho a la prestación aludida debían estar canceladas, según se advierte en la cita textual que a continuación se hace del precepto mencionado:

"Artículo 1º El literal b) del artículo 11 del acuerdo 224 de 1966, quedará así:

"Artículo 11. b) Haber acreditado un mínimo de 500 semanas de cotización, pagadas durante los últimos 20 años anteriores a la fecha de la solicitud, o haber acreditado un mínimo de 1000 semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo" (las negrillas y el subrayado corresponden a la sentencia).

"Posteriormente el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, conservó en su artículo 12 el requisito atinente a que las semanas cuantificables, para determinar la generación del derecho pensional aludido son únicamente las sufragadas, conforme se colige de su tenor literal, que es como sigue:

"Artículo 12.- Requisitos de la pensión por vejez. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

"a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,

"b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo". (Las negrillas y el subrayado no son originales).

"A lo anotado se suma que en relación con los riesgos de invalidez, vejez y muerte los reglamentos complementarios aplicables a la regulación de estas contingencias siempre determinaron que la mora en los aportes patronales releva al Seguro Social de reconocer dichas prestaciones.

Originalmente el artículo 8° del Acuerdo 189 de 1965, contenido del reglamento de inscripciones, aportes y recaudos para el seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, aprobado por el Decreto número 1824 de 1965, previó en este aspecto que "cuando la mora del patrono en el pago de los aportes sea causa para no conceder al asegurado las prestaciones serán de cargo del patrono, mientras subsista el estado de mora". Disposición que estaba vigente para el 24 de septiembre de 1985 cuando la demandante cumplió 55 años de edad, de manera que las semanas en mora establecidas en la decisión acusada en ningún momento han sido válidas para cuantificar las cotizaciones necesarias para que surja el derecho a la pensión de vejez, fuera de que otros reglamentos dictados posteriormente mantuvieron igual criterio.

En efecto, el Decreto 2665 de 1988 por el cual se expidió el reglamento general de sanciones, cobranzas y procedimientos del I.S.S. determinó en el artículo 12 que la mora releva a esta entidad, con salvedad de los beneficios ya causados, caso en el cual debe suministrar las prestaciones económicas y asistenciales derivadas de los distintos riesgos a su cargo, quedando de cuenta del patrono su reconocimiento en la forma y cuantía en que el I.S.S. las hubiese otorgado de no haber tenido ocurrencia la mora. Y no puede sostenerse que el derecho en disputa en este caso se hallaba causado, pues nunca cumplió el supuesto indispensable de las cotizaciones pagadas.

Igualmente el Decreto 3063 de 1989, que aprobó el Acuerdo 044 del mismo año, mediante el cual se dictó el Reglamento General de Registro, Inscripción, Afiliación y Adscripción a los Seguros Sociales Obligatorios, previó en el artículo 87 la suspensión de prestaciones económico-asistenciales durante la mora del patrono en el pago de los aportes, disponiendo que estarían a cargo de éste.

"Por último el Acuerdo 027 de 1993 mantuvo la misma previsión referente a que la mora en los aportes liberaba al Seguro Social de reconocer las prestaciones aludidas, al establecer en el parágrafo del artículo segundo que "los trabajadores dependientes que por razón de la mora en el pago de los aportes por parte del empleador, no tengan derecho a la pensión de vejez o invalidez o esta se vea reducida, podrán cancelar el valor correspondiente a los aportes en mora, multa e intereses, liquidados por las dependencias competentes del I.S.S. en lo que a dichos trabajadores se refiera".

"En estas condiciones el demandante bien podría acogerse a la última disposición citada, con la obligación correlativa del I.S.S. de recibir el pago que se realice con tal propósito".

Como los anteriores planteamientos son aplicables al caso presente, se tiene que el cargo demuestra la violación de la ley sustancial y por tanto prospera.

No es necesario estudiar el segundo pues persigue idéntica finalidad.

Como consideraciones de instancia es suficiente lo dicho para revocar la sentencia del Juzgado y en su lugar absolver a la entidad demandada.

Costas del juicio y del recurso a cargo de la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del Tribunal de Medellín, dictada el 26 de marzo de 1999 en el juicio ordinario laboral que promovió Martha Libia Meneses Molina contra el Instituto de Seguros Sociales. En sede de instancia, REVOCA la sentencia dictada en el mismo asunto por el Juzgado 8º Laboral de Medellín, y, en su reemplazo, ABSUELVE a la parte demandada de las pretensiones de la demanda inicial.

Costas en las instancias y en casación a cargo de la parte demandante.

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

Germán G. Valdés Sánchez, Francisco Escobar Henríquez, José Roberto Herrera Vergara, Carlos Isaac Núder, Rafael Méndez Arango, Luis Gonzalo Toro Correa, Fernando Vásquez Botero.

Laura Margarita Manotas González, Secretaria

BUENA FE

Exonerante de la sanción por mora

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral - Santa Fe de Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Doctor José Roberto Herrera Vergara

Referencia Radicación No. 12595

Acta No. 46

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Caracol Televisión S.A. contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá el 29 de enero de 1999, en el juicio seguido por Hugo Galindo Arias contra la recurrente.

I. ANTECEDENTES

Hugo Galindo Arias demandó a la sociedad Caracol Televisión S.A. para que previo el trámite del proceso ordinario fuera condenada al reconocimiento y pago del reajuste del auxilio definitivo de cesantías por todo el tiempo servido, la indemnización por despido ilegal e injusto, la indemnización moratoria o en subsidio el valor de los intereses de mora más la devaluación monetaria aplicados a las sumas adeudadas, y las costas del proceso.

Lo afirmado por el actor en su libelo de demanda, se sintetiza así:

Laboró para la demandada del 1º de junio de 1989 al 3 de septiembre de 1989, en el cargo de contralor, con una asignación mensual de \$800.000,00, suma que se cubría directamente por la demandada en cuantía de \$400.000,00, por nómina, y la otra mitad (\$400.000,00) se pagaba a una sociedad de la cual era socia su esposa. Fue despedido de manera ilegal e injusta liquidando las cesantías solamente con un salario mensual de \$400.000,00.

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Doce Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá, mediante fallo del 7 de noviembre de 1997 condenó a la demandada por los siguientes conceptos: \$101.111,11 por reliquidación del auxilio de cesantía, \$1.200.000,00 a título de indemnización por despido injustificado, \$26.666,66 diarios a partir del 4 de sep-

tiembre de 1989 hasta cuando se cancele lo adeudado, a título de indemnización moratoria, y costas; declaró no probadas las excepciones propuestas; absolvió al demandado en reconvención (Hugo Galindo Arias) de todas las pretensiones incoadas y condenó a Caracol Televisión S.A. al pago de costas.

II. SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Por apelación de la parte demandada conoció el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, que mediante sentencia del 29 de enero de 1999, confirmó en todas sus partes la del juzgado.

Fundamentó el *ad quem* su decisión en que debe tenerse como real salario devengado por el actor, la suma de \$800.000 mensuales, al otorgar pleno valor probatorio al documento de folio 433, coleccionado en desarrollo de inspección judicial; tomó igualmente en cuenta el rango de quien lo suscribió: el vicepresidente administrativo, el reconocimiento hecho en desarrollo del interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la demandada; agregó que la demandada reconoció el pago de los \$400.000,00 mensuales en Junio, Julio y Agosto y sin embargo en la segunda instancia planteó la no demostración de la existencia de la persona jurídica, y termina haciendo referencia a la prueba testimonial.

En cuanto a la indemnización moratoria argumentó que no se puede imputar al demandante hechos violatorios, cuando en realidad los mismos los ha ejecutado el empleador, proceder que no demuestra la buena fe de la empleadora.

III. DEMANDA DE CASACIÓN

Inconforme la parte demandada interpuso el recurso de casación el cual una vez concedido por el Tribunal y admitido por esta Sala se procede a resolver, previo estudio del escrito de réplica.

Pretende la recurrente la casación parcial de la sentencia, con el fin de que en calidad de Tribunal de Instancia revoque la del juzgado y en su lugar absuelva a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, salvo lo relacionado con la condena por indemnización por justa causa, sobre la cual se deberá reajustar de acuerdo con el verdadero salario devengado por el actor. De manera subsidiaria, aspira a que se case parcialmente la sentencia impugnada, para que en sede de instancia se revoque la del juzgado en cuando condenó a la indemnización moratoria y en su lugar absuelva a la demandada de esta pretensión y confirme la del *a quo* en todo lo demás.

Para tal efecto formuló tres cargos.

Primer cargo.— Acusó la sentencia de violar por vía indirecta, en el concepto de aplicación indebida, "... los artículos 25, 27, 32, 55, 64 (artículo 8° del decreto 2351 de 1965, que subrogó el artículo 64 del C.S. del T.), 65, 127, 128, 249 y 253 del código Sustantivo del Trabajo en relación

con los artículos 22, 23, 46, 47, 54, 61, 62, 127, 128, 259, 260 y 263 *ibidem*; artículos 2, 6, 7 40, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 60 y 61 del código Procesal del Trabajo; artículos 50, 51, 60, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 187, 194, 195, 200, 201, 202, 203, 209, 210, 213, 217, 218, 244, 245, 246, 247, 251, 252, 253, 254, 258, 268, 277, 279, 318 y 320 del Código de Procedimiento Civil, artículo 25 del Decreto 2651 de 1991, como medio,..."

Estimó la recurrente que la violación de las normas se produjo como consecuencia de haber incurrido en los siguientes errores de hecho:

"1°. Dar por probado, sin estarlo, que el salario del actor fue de \$800.000,00 mensuales.

2°. No haber dado por probado, estándolo, que el salario fue de \$400.000,00 mensuales".

Manifestó que los anteriores yerros se originaron como consecuencia de los manifestos errores de hecho en la apreciación de los documentos auténticos visibles a folios 33, 34 a 36, 37, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 104 a 421, 425 a 429, 430 y 433, en relación con las confesiones contenidas a folios 4 a 8, el interrogatorio de parte absuelto por el actor (folios 55 a 58) y los testimonios de Carmen Amalia Molina Aguilar (folios 59 a 63), Edgar Iván Castillo Martínez (folios 64 a 68) y Fernando Maldonado Escobar (folios 71 a 75).

En la demostración del cargo excluye de la discusión los aspectos relacionados con la vinculación laboral, los extremos de la misma y la decisión unilateral y sin justa causa de la finalización del contrato de trabajo.

La inconformidad se enfoca al salario. Considera que los errores de hecho ostensibles se dieron al no haber visto que los documentos privados de folios 33, 34 a 36, 37, 91, 92, 93, 95, 94, 96, 104, 105 a 421, 425 a 429 y 430, evidencian diferentes aspectos como la inscripción en el ISS, el contrato que suscribieron las partes, la liquidación final del mismo, memorandos, pagos, declaraciones de renta, documentos todos en los cuales se hizo referencia a la retribución mensual de \$400.000,00, más nunca a \$800.000,00, y que el folio 433 contentivo de constancia con destino a la Caja Social de Ahorros sí registra un salario de \$800.000,00, pero curiosamente no fue entregada a su destinatario, máxime que no fue expedido con fines probatorios y como soporte de ataque transcribió los argumentos expuestos por el Tribunal. Agrega que este documento no puede ser tenido como prueba de retribución por referirse a \$400.000,00 reales de salario del actor y \$400.000,00 por transporte de escenografía que presta la sociedad del actor con la esposa. Luego insertó apartes de las versiones de los testigos Carmen Amalia Molina Aguilar, Edgar Iván Castillo Martínez y Fernando Maldonado Escobar, para concluir que lo expuesto por ellos se corrobora con el contenido de la declaración de renta de 1989 (folios 105 a 421). Concluyó afirmando que la conducta del actor es inmoral y desleal al haber pretendido prefabricar una prueba y que si el *ad quem* hubiese visto lo que realmente dicen las pruebas, su conclu-

sión hubiese sido que la retribución mensual era solamente de \$400.000,00.

El opositor en primer lugar resalta lo que considera defectuoso alcance de la impugnación, que surge de confrontar las decisiones de instancia que condenaron por auxilio de cesantía, indemnización por despido injustificado e indemnización moratoria, declararon no probadas las excepciones y absolvióron de las reclamaciones elevadas en la demanda de reconvencción; con el texto de lo pretendido en el recurso extraordinario. Que la desestimación del *a quo* de las excepciones y de la demanda de reconvencción, fueron confirmadas por la sentencia acusada, y por tanto quedan inatacadas e impiden la revocatoria en la forma impetrada.

En cuanto a la censura de mala apreciación de múltiples documentales, no tiene razón el censor pues el Tribunal fundamentó básicamente su sentencia en el folio 433 y en la inspección judicial. Que además que no se atacó la valoración que hizo el *ad quem* de la inspección judicial y del interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la demandada y que el capítulo denominado demostración del cargo en realidad es un alegato de instancia, razón por la cual no se demostraron los evidentes errores de hecho.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Sea lo primero advertir que las consideraciones de la Sala sobre la condena a la sanción moratoria, se harán al estudiar el segundo cargo que la recurrente formula por separado.

En cuanto al primer cargo, si bien el alcance de la impugnación de la demanda de casación no es un modelo de nitidez, de su contexto se desprende que la anulación parcial impetrada se encierza a desquiciar las condenas fulminadas por los juzgadores de instancia, con excepción de la de indemnización por despido, respecto de la cual sólo se pide la liquidación en su valor correcto. Por eso no le asiste razón a la réplica en su reproche.

Lo anterior no significa que la acusación sea próspera dado que, ahí si con acierto lo asevera el opositor, no hay un yerro "manifiesto" en el aserto de que el salario devengado fuese el deducido en el fallo recurrido, por cuanto no obstante que del material probatorio no surge como verdad única e indiscutible el salario mensual de \$400.000,00 invocado por la demandada, como tampoco tiene esa connotación el afirmado por el demandante, toda vez que hay elementos de convicción en uno y otro sentido que razonablemente permitan en instancia arribar a cualquiera de las dos conclusiones, dentro de las amplias facultades que en materia de valoración probatoria tienen los tribunales.

En efecto, de la apreciación de los documentos de folios 33 a 36, 92 a 96, 104 a 121, 425 a 429, 430, 433, puede entenderse que en el contrato se pactó inicialmente un salario de \$400.000,00 mensuales, que con el

mismo guarismo se hizo la afiliación al ISS y la liquidación de prestaciones sociales, y que el promotor del proceso formulaba mensualmente a la demandada cuentas de cobro por igual suma por concepto de "transporte de escenografía", pero no es menos cierto que en el documento de folio 433 el vicepresidente administrativo de la empresa hizo constar un ingreso mensual de \$800.000.00, lo que le permitía al juzgador para fines salariales darle prelación a esta prueba sobre las demás, sin que por esa sola circunstancia pueda atribuírsele un despropósito que logre la infirmación del proveído en cuanto a las condenas por reajuste de cesantía e indemnización por despido.

La confusión acerca del salario no queda despejada por lo dicho por el actor en su demanda o en el interrogatorio de parte, en el que si bien admitió que el inicialmente pactado fue el invocado por la demandada, adujo que el real fue de \$800.000.00.

Como no se demostró error evidente con la prueba calificada, no procede el examen de la que no tiene esa virtualidad, con arreglo al artículo 7º de la Ley 18 de 1969.

Segundo Cargo.- Acusó la sentencia de violar indirectamente "... el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 22, 23, 45, 47, 54, 55, 61, 62, 64, 65, 127, 141, 29, 260, 263, 264, 265, 266, 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo; artículo 769 del Código Civil; artículos 2, 5, 12, 19, 25, 40, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 60, 61 y 82 del Código Procesal del Trabajo; artículos 50, 51, 60, 101, 174, 175, 176, 177, 187, 200, 201, 202, 203, 209, 210, 251, 253, 254, 255, 268, 279, 318, 320, 331, 332 y 333 del Código de Procedimiento Civil, artículo 25 del Decreto 2651 de 1991, como medio, en el concepto de aplicación indebida".

Enunció los errores de hecho atribuidos al *ad quem*, así:

"1º. Dar por probado, sin estarlo, que no se encuentra comprobada una justa causa que permita deducir que la demandada actuó con buena fe.

2º. No haber dado por probado, estándolo, que la demandada actuó de buena fe".

Considera el censor que los anteriores errores de hecho se originaron respecto de los documentos auténticos de folios 33, 34 a 36, 37, 92, 93, 95, 96 y 433, en relación con las confesiones contenidas en la demanda (folios 4 a 8) y el interrogatorio de parte que absolvió el actor (fl. 55 a 58).

En la demostración del cargo la controversia queda reducida al aspecto de la buena fe con que actuó la demandada. Consigna puntos de crítica referentes a la falta de valoración del contrato de trabajo, de la afiliación al seguro social y de las cuentas de cobro dirigidas por el demandante a la demandada, así como la confesión judicial que cree encontrar en la demanda y en las respuestas del actor en el interrogatorio de parte que absolvió.

Sostiene que las consideraciones de una sentencia han de fundarse en pruebas, no en suposiciones y que si el *ad quem* hubiese visto en las mencionadas lo que realmente contienen, habría concluido que no existió mala fe por parte de la demandada al no incluir los \$400.000,00 que le pagaban a la sociedad Diligencias y Servicios Márquez y Cía Ltda.

El opositor señala que a pesar de buscar el ataque infirmar la condena por indemnización moratoria, parte aceptando que el salario del demandante realmente fue la suma de \$800.000,00, para luego contradecirse y refutar ese aspecto. Ilustra respecto de los verdaderos sustentos para deducir la mala fe, del juez de primera instancia, prohijados por el de segunda, los cuales considera no fueron atacados por la recurrente y tilda de inapropiada la cita que hizo de la sentencia del 28 de junio de 1985, en tanto que omitió señalar unas posteriores que sí concuerdan con la situación planteada en el sub iudice.

V.- CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Constituye objeto de la acusación el quebrantamiento de la sentencia en lo tocante a la condena de la indemnización moratoria. En lo esencial estima el impugnante: "La sociedad demandada actuó de buena fe al considerar que el salario devengado por el trabajador, en el momento de su desvinculación era de \$400.000,00 ..."

Al desatar el recurso de apelación, expresó el Tribunal:

"...El juzgado accedió a la condena de la indemnización moratoria porque consideró que al actor no se le pagó en forma total el valor correspondiente al auxilio de cesantía, porque la empresa desconoció y pretendió ocultar el verdadero salario cancelado a su subalterno y que con ello se corroboraba la mala fe.

"Los argumentos que expone el apelante para que se exonere de la sanción moratoria en el fondo se traducen a culpar al demandante de la ilegalidad o de la violación de la ley laboral respecto del valor del salario y del cargo desempeñado por el mismo, censurándolo que no debió aceptar y debió advertir al empleador de dicha circunstancia.

"Ellos permiten deducir, que no se puede imputar al demandante los hechos violatorios de la ley laboral al trabajador, cuando es el empleador quien los realiza, por ello no se encuentra comprobada una justa causa que permita deducir, que la parte demandada actuó de buena fe al omitir el pago completo de las cesantías definitivas, por ello se debe denegar la pretensión del apelante y confirmar la decisión del juzgado a quo en relación con lo resuelto por este ítem".

Examinados los elementos de convicción denunciados por la censura se observa que si bien en el documento de folio 433 dirigido a la Caja Social de ahorros y aportado a este proceso en original, se menciona un "ingreso mensual" de \$800.000,00, también es cierto que tal como lo pone de manifiesto la recurrente, en el contrato de trabajo suscrito entre las

partes aparece pactado un salario de \$400.000.00 mensuales y en la afiliación al Instituto de Seguros Sociales consta el mismo salario mensual, circunstancias que hacen pensar que la demandada tuvo razones serias para llegar a la convicción de que debía liquidar el auxilio de cesantía con base en dicha remuneración.

Ello está corroborado con el hecho de que conforme lo muestran fehacientemente los documentos de folios 92 a 96, igualmente enlistados por la censura, la sociedad de la que eran socios el propio demandante y su cónyuge dirigió mensualmente cuentas de cobro a la demandada por conceptos no laborales, a los que denominaron "transporte de escenografía". Entonces, razonablemente podía entender la demandada que las sumas pagadas a la aludida sociedad por el referido rubro no eran parte del salario sino originados en una relación comercial simultánea con la laboral, pero independiente de ella, tanto así que los descuentos correspondientes a retención en la fuente no correspondían a salarios, porque eran del 10%.

En consecuencia, bien distinto es que el tribunal no haya incurrido en un error manifiesto sobre el monto del salario, a que de las pruebas referidas se deba concluirse palmariamente la buena fe de la empleadora, con mayor razón si adicionalmente se tiene en cuenta que los pagos a la sociedad, que las partes convinieron denominar "transporte de escenografía", fueron esporádicos, por pocos meses, además de que no se trataba de un empleado con ostensible dosis de subordinación, sino de un directivo que desempeñó las funciones de Contralor de la compañía, lo que supone que en el convenio que celebró con ella fue con plena consciencia, sin engaño, por lo que no cabe inferir una actitud deliberada de su empleadora predeterminada a un proceder unilateral y caprichoso para defraudar los intereses del trabajador.

Por lo anotado, el cargo prospera en cuanto a la condena a indemnización por falta de pago, la cual se arduará, sin que sea menester el examen del tercer ataque por dirigirse hacia la misma finalidad.

Antes de proferir el fallo de instancia, como en subsidio de la indemnización moratoria, pidió el actor en su demanda la indexación de las sumas adeudadas por la demandada, se ordenará que por secretaría se libre el oficio respectivo al DANE, con el fin de que certifique el índice de precios al consumidor registrado en el país desde la fecha de terminación del contrato hasta el día de la certificación.

No hay lugar a costas en el recurso de casación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha veintinueve de enero (29) de enero de mil novecientos noventa y nueve (1999), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, en el juicio seguido por Hugo Galindo Arias contra Caracol Televisión S.A., en cuanto condenó a la demandada a la indemnización moratoria. NO LA CASA EN

LO DEMÁS. Por secretaría de la Sala librese oficio al Departamento Nacional de Estadística "Dane", para que certifique el índice de precios al consumidor registrado en el país desde el 4 de septiembre de 1989 hasta el día de la certificación.

Sin costas.

José Roberto Herrera Vergara, Francisco Escobar Henríquez, Carlos Isaac Náder, Rafael Méndez Arango, Luis Gonzalo Toro Correa, Fernando Vásquez Botero, Germán Valdés Sánchez

Laura Margarita Manotas González, Secretaria

FALLO DE INSTANCIA

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral - Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Doctor José Roberto Herrera Vergara

Referencia: Radicación No. 12595 Ins.

Acta No. 51

En el proceso promovido por el señor Hugo Galindo Arias contra Caracol Televisión S.A., mediante sentencia del 17 de noviembre del año en curso esta Sala casó parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, el 29 de enero de 1999, en cuanto confirmó la condena por indemnización moratoria. En consecuencia, se procede a dictar la decisión de instancia al haberse allegado al expediente la prueba ordenada en relación con la pretensión subsidiaria de indexación.

CONSIDERACIONES

La pretensión principal elevada en el literal c) del petitum fue anulada, como consecuencia de haber prosperado parcialmente el recurso extraordinario; ésta la razón para que se opte por desatir favorablemente la subsidiaria solicitada en el mismo literal, porque en verdad los guarismos por los cuales quedó vigente la condena han sufrido los efectos del fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo del peso colombiano.

Así las cosas, se trata de determinar, entonces, cuál es el valor de la indexación que corresponde a la suma de \$1.200.000,00 por indemnización por despido sin justa causa y \$101.111,10 por reajuste de cesantía, sumas que arrojan un gran total de \$1.301.111,10.

Ahora bien, de la certificación que la Sala solicitó al DANE para mejor proveer, relativa a la variación del índice de precios al consumidor, se colige que éste para el mes de septiembre de 1989 era de 15.12 y en octubre de 1999 (última mensualidad reportada) de 108.13

Por lo tanto, de acuerdo con ese informe y verificadas las operaciones correspondientes a la siguiente fórmula:

VP=VII índice final

índice inicial

En la cual VP es el valor presente o actualizado; VH corresponde al valor histórico; índice final es el último del que da fe el certificado; índice inicial el que corresponde a la fecha en que se inició la cesación del perjuicio.

Índice final = 108.13 = 7.15

Índice inicial 15.12

Entonces, \$1.301.111,10 (VII) X 7.15 = \$9.304.837,40 (VP)

Esto implica que para el caso objeto de decisión la pérdida del poder adquisitivo de la cantidad que le fue reajustada al demandante por cesantías, más la indemnización por despido en razón de la terminación del contrato de trabajo sin justa causa y por el periodo ya indicado en la fórmula equivale a la suma total indexada de \$9.304.737,40.

En consecuencia, lo hasta ahora comentado impone que la Corte, en sede de instancia, disponga la condena por la indexación de los dos conceptos, con lo cual logra la actualización.

Entonces, el resultado de las operaciones aritméticas \$9.304.737,40 (suma indexada), menos el valor histórico \$1.301.111,10, la condena por la indexación de esta última suma da \$8.003.626,30.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

REVOCAR el fallo del a quo en cuanto condenó, en el numeral PRIMERO, literal c) por la indemnización moratoria a razón de \$26.666,66 diarios desde el 4 de septiembre de 1989, y en su lugar CONDENAR a Caracol Televisión S.A. por indexación de las sumas correspondientes a la condena por indemnización por despido sin justa causa y reajuste de cesantías, a favor de Hugo Galindo Arias, en la suma de ocho millones tres mil seiscientos veintiséis pesos con treinta centavos (\$8.003.626,30).

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal.

José Roberto Herrera Vergara, Francisco Escobar Henríquez, Carlos Isarr Nader, Rafael Méndez Arango, Luis Gonzalo Toro Correa, Germán G. Valdés Sánchez y Fernando Vásquez Botero.

Laura Margarita Manotas González, Secretaria

RECURSO DE HOMOLOGACION
Competencia de la Corte - Devolución del laudo

CONVENCION COLECTIVA
Denuncia - Revisión

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral - Santa Fe de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Doctor Germán G. Valdés Sánchez

Radicación No. 13540

Acta No. 46

Procede la Corte a resolver sobre el recurso de homologación que interpusieron la empresa Matadero Frigorífico de Villavicencio S.A. (Frigovi) y Eduardo Zuluaga Laserna (propietario del Frigorífico Catama) contra el laudo arbitral de 29 de septiembre de 1999, proferido por el Tribunal de arbitramento obligatorio convocado para dirimir el conflicto colectivo surgido entre el Sindicato de Trabajadores de la Industria de Alimentos Cárnicos del Meta y Llanos Orientales, Sintraincar y los recurrentes.

ANTECEDENTES

Previo denuncia de la convención colectiva, Sintraincar presentó plego de peticiones a Frigovi S.A. y a Zuluaga Laserna el 30 de noviembre de 1998 (folios 37 y siguientes). La etapa de arreglo directo se inició el 3 de diciembre de 1998 y culminó el 22 del mismo mes (folios 11 a 31).

En el mismo acto, los recurrentes a su vez denunciaron la convención colectiva de trabajo (folios 32 a 36).

Al finalizar la etapa de arreglo directo se incorporaron las correspondientes actas de las reuniones de los días 3, 4, 11 y 22 de diciembre de 1998 que corresponden a la misma etapa de la negociación, donde consta que los negociadores del sindicato "se negaron siempre a entrar en el estudio y análisis" de la denuncia de los empleadores.

Como el conflicto no fue resuelto en la etapa de arreglo directo, los trabajadores optaron por someterlo a la decisión de un tribunal de arbitramento obligatorio, el cual fue convocado mediante las resoluciones 0243

del 19 de febrero de 1999, 01142 del 28 de mayo y 01862 del 10 de agosto del mismo año, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (folios 1 a 7).

El Tribunal de Arbitramento se instaló el 6 de septiembre 1999 (folio 42), se le autorizó una prórroga para decidir (folios 93 a 98) y el 29 de septiembre de 1999 profirió el correspondiente laudo arbitral (folios 106 a 113).

La parte resolutive del laudo dice textualmente:

"ART. 1° Suministro de herramienta: Se concreta así: EL EMPLEADOR suministrará a los trabajadores las herramientas necesarias para el cumplimiento de sus respectivas labores y se las reemplazará una vez comprobado su deterioro.

"ART. 2°: No se considera. Como este artículo del Pliego coincide con el 23 de la convención anterior denunciado por el EMPLEADOR se entienden tramitados los dos puntos.

"ART. 3°: Seguridad Social: El EMPLEADOR continuará cotizando para la Seguridad Social Integral en los términos de la Ley 100 y sus decretos reglamentarios.

"ART. 4°: Fondo de Vivienda: Por mayoría de votos el Tribunal se abstiene de considerarlo.

"ART 5°: Beneficio Escolar: Por mayoría de votos el Tribunal se abstiene de considerarlo.

"ART. 6°: Aumento de Salarios: El EMPLEADOR, a partir del 1° de enero de 1999 incrementará los salarios en el I.P.C. (16,7) a 31 de diciembre de 1998 más dos (2) puntos. El incremento a partir del 1° de enero del 2.000 será el I.P.C. a diciembre 31 de 1999 más un (1) punto. Ni en el año de 1999 ni en el año 2.000 el incremento de dos (2) puntos y de un (1) puntos mencionados se aplicarán a los siguientes cargos: Gerente, Subgerente, Administrador, Subadministrador, ingeniero, asesor general y/o jurídico, Jefes de planta, Contadores, Representantes de ventas y/o Comercializadores, Asistente de oficina en Bogotá.

"ART 7°: Cesantías: El EMPLEADOR pagará las cesantías parciales y definitivas una vez reclamadas y causadas, de conformidad con la ley, las convenciones y laudos arbitrales.

"ART. 8°: Prima de Alimentación: El EMPLEADOR reconocerá y pagará a todos sus trabajadores durante el término de vigencia de este laudo, una prima de alimentación de \$250.00 (doscientos cincuenta pesos) diarios a cada uno, en la segunda quincena de cada mes.

"ART. 9°: Actividades Deportivas: No se considera.

"ART. 10: Servicios médicos: No se considera.

"ART 11: Procesamiento de Porcinos: El EMPLEADOR reconocerá y pagará mensualmente a los operarios de bovinos y porcinos la canti

dad de \$1.000.00 (Mil pesos) por cada animal sacrificado, durante la vigencia de este laudo.

"ART. 12º: Convención Anterior: Los beneficios convencionales, legales u obtenidos por laudos arbitrales que no hayan sido modificados o derogados, continuarán vigentes.

"ART. 13º: Vigencia: El presente laudo tendrá vigencia de dos (2) años, contados a partir del 1º de enero de 1999".

El Tribunal se pronunció sobre la denuncia de la convención de esta manera:-

"El Art. 23 denunciado por la empresa, es atendido por el Tribunal al negar - como negó - el Art. 2º del Pliego de Peticiones.

"El Art. 7º de la Convención Colectiva (Comité de Relaciones Laborales). Para que el Comité de Relaciones Laborales conozca los casos contemplados en el Art. 7º de la Convención vigente, al comité deberá entregársele por el Jefe de Personal o quien haga sus veces, previamente y por escrito, para su estudio: la queja, los descargos del trabajador y las pruebas escritas de cada una de las partes. En el evento de empate entre los miembros del comité, se procederá de inmediato a solicitar al MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, Seccional del Meta la designación de un árbitro para el caso".

La sentencia arbitral fue notificada personalmente a las partes (folio 115 bis).

EL RECURSO

Se persigue con el recurso que se devuelva el expediente al tribunal "para que resuelva los temas objeto de la denuncia patronal que no fueron tenidos en cuenta al momento de proferir el fallo" y para que se declaren inexecutable los artículos 6 y 13 del laudo, así como la revisión que hiciera el tribunal del artículo 7º de la convención colectiva.

Dicen los recurrentes que el tribunal se limitó a estudiar los artículos 7º y 23 de la denuncia que le formularon a la convención colectiva y que, en cambio, dejó por fuera los demás, con lo cual desconoció que el acuerdo colectivo implica "con las primas y prestaciones sociales medibles en días de salario, que un trabajador cualquiera recibe aproximadamente 155 días al año, adicionales a su nómina básica" sin advertir que la empresa se encuentra en crítica situación económica debido a que han surgido empresas competidoras que la obligaron a reducir precios y le restan a la demanda de sus productos y servicios, por lo que su capacidad económica no le permite continuar con la carga laboral extralegal, al punto de que el solo aumento de salarios con efectividad al 1º de enero de 1999 acarrearía su liquidación.

SE CONSIDERA

En principio, la competencia de la Corte en el recurso de homologación comprende el examen y verificación de la regularidad del laudo para efecto

de establecer si viola o no los derechos consagrados en la Constitución, en la ley o en normas convencionales (artículos 142 y 143 del CPL). Pero igualmente le incumbe determinar si el laudo ha resuelto cabalmente el conflicto, pues de no ser así, procede su devolución a quien lo solicitó.

La devolución se impone no solo cuando el laudo ha dejado de resolver algún tema del pliego de peticiones que ha dado lugar al conflicto, sino también, lógicamente, cuando omite total o parcialmente los que informan la denuncia concreta y sustentada de la convención colectiva e incluso los relacionados con el sistema de la seguridad social.

Sobre ese particular, tiene dicho la jurisprudencia, según decisión mayoritaria, lo siguiente:

“... La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha venido sosteniendo que el art. 479 del CST, modificado por el art. 14 del D.L. 616 de 1954, reconoce que la denuncia de la convención colectiva constituye un derecho para las partes que la suscriben y que al empleador no le está dado vincular a los trabajadores al conflicto colectivo, pues solamente ellos pueden promoverlo mediante la presentación del pliego de peticiones. La expedición de la Ley 100 de 1993 y lo preceptuado particularmente en su art. 11, significó una apertura adicional que condujo a concebir el pronunciamiento arbitral sobre temas de dicha ley aunque a ellos solo se llegara en virtud de la denuncia patronal, posición reiterada incluso después del pronunciamiento del Consejo de Estado por el cual se anuló parcialmente la disposición que reglamentó dicho artículo (art. 48 del dec. 692 de 1994) y con la cual se pretende ser consecuente con la importancia de conciliar las normas generales sobre seguridad social con el contenido de las convenciones colectivas en aspectos relacionados con la materia. Significa lo anterior, que en sentido estricto la jurisprudencia ha reconocido efectos concretos a la denuncia que de la convención colectiva hace el empleador y ello es consecuente con la naturaleza jurídica de tal figura, que corresponde a un derecho de las partes intervinientes en la contratación colectiva, y a la esencia de dicha contratación que supone básicamente la negociación sobre las condiciones que han de regir los contratos de trabajo de los trabajadores vinculados a la misma. Corresponde entonces a un proceso de diálogo que se inicia formalmente solo con la presentación del pliego de peticiones por parte de los trabajadores consecuente con la denuncia que deben hacer para señalar su propósito de finalizar el acuerdo vigente, proceso dentro del cual resultan legítimas y admisibles las consideraciones y posturas que el empleador expresa tanto sobre el conjunto de peticiones de los empleados como sobre el convenio vigente susceptible de modificaciones y adiciones, respecto de lo cual debe orientar su postura partiendo de la denuncia a la que tiene derecho y en la que debe señalar en forma concreta y sustentada los aspectos pertenecientes al régimen convencional vigente que estima necesario reestudiar. Aunque el empleador con su denuncia de la convención o pacto no genera el inicio del conflicto colectivo, le asiste derecho a vincular sus inquietudes al desarrollo del mismo y a que sean atendidas por su interlocutor razonablemente sus aspiraciones y argumentaciones para que esa relación dialogal alcance la

dimensión bilateral, o plurilateral en ocasiones, que es propia de una relación contractual en la que los intervinientes tienen claramente la condición jurídica de sujetos para la misma. La negociación colectiva se nutre del aporte de los intervinientes en ella y se materializa con el acuerdo que de allí surja, por lo que las otras soluciones, huelga o arbitramento, deben concebirse solo como medidas extremas" (expediente 11672, providencia de homologación del 8 de febrero de 1999, que reitera la del 4 de marzo de 1997, expediente 9687)."

Y también se dijo en la providencia de homologación mencionada que la posibilidad de revisión de las convenciones colectivas mediante procedimientos judiciales que han demostrado su ineficacia práctica (artículo 480 del CST), no excluye la autocomposición por los interlocutores sociales ni la acción excepcional de los tribunales de arbitramento, pues ello conllevaría a anclarse en el pasado, con desconocimiento de la evolución del derecho laboral y de las realidades socio económicas actuales y a restarle el vigor constitucional a la institución arbitral como medio pacífico de solución de los conflictos económicos de trabajo.

En este caso, la denuncia de la convención que hicieron los recurrentes propuso la modificación de la convención colectiva sobre los siguientes temas: 1) la posibilidad de contratar personal a término fijo, lo cual implica revisar el artículo 3º de la convención colectiva; 2) la reestructuración del personal de planta; 3) la adecuación de los

horarios de trabajo; 4) la equiparación de la estructura de los costos laborales en su nivel de prestaciones extralegales con los de la competencia; 5) la revisión del mecanismo de funcionamiento del Comité de Relaciones Laborales (artículo 7º de la convención); 6) la revisión del artículo 23 de la convención; y 7) la eliminación de la remuneración por procesamiento de porcinos.

El laudo se pronunció sobre los temas contenidos en los ya reseñados 5, 6 y 7, pero no lo hizo en relación con los cuatro primeros.

En esas condiciones, debe ordenarse la devolución del expediente para que los árbitros completen la solución del conflicto colectivo.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral,

RESUMEN:

Ordenar la devolución del expediente al Tribunal de arbitramento por intermedio del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, División de Asuntos Colectivos.

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

Germán G. Valdés Sánchez, Francisco Escobar Henríquez, (Salvamento de voto), José Roberto Herrera Vergara, Carlos Isaac Núñez, Rafael Méndez Arango, Luis Gonzalo Toro Correa, (Salvamento de voto); Fernando Vásquez Botero.

Laura Margarita Manotas González, Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO

ARBITROS Competencia

CONTRATACION COLECTIVA Revisión

HOMOLOGACION

EXP N° 13540

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral - Santa Fe de Bogotá, D.C., noviembre veintitrés (23) mil novecientos noventa y nueve (1999).

Con el respeto acostumbrado dejo salvado mi voto, en tanto la mayoría consideró viable devolver el expediente al Tribunal para que los árbitros se pronuncien acerca de varios aspectos contenidos en la denuncia de la convención colectiva que hicieran los recurrentes, puesto que de este modo la Sala sostuvo el criterio expuesto en la sentencia del 4 de marzo de 1997, radicación 9687, reiterada en la de fecha 8 de febrero de 1999, radicado 11672, en las cuales se acogió en términos generales la denuncia de la convención por parte de la empleadora como vinculante para el Tribunal de Arbitramento en temas diferentes a la seguridad social, criterio que no comparto, según quedó expuesto en los salvamentos de voto a tales decisiones que en lo pertinente dicen:

"Con el mayor respeto nos permitimos disentrir de la tesis mayoritaria sostenida en el presente proceso, en el sentido de que los árbitros están facultados para conocer de aspectos denunciados por la empresa, no negociados por las partes, y que no tienen relación con los puntos del pliego de peticiones; las razones son las que a continuación expresamos:

1. La sentencia aprobada por la mayoría se apoya en lo manifestado por la Sala en el fallo de homologación del 4 de marzo de 1997 (Rad.No.9687). Es lo cierto, sin embargo, que la tesis de esta última providencia se orientaba a darle posibilidad al empleador de discutir puntos que estuvieran relacionados con el pliego de peticiones o con respecto al tema pensional. En efecto, allí, luego de asentar el parecer de la jurisprudencia en torno a que la vocación del conflicto colectivo sólo corresponde a los trabajadores, por medio de la denuncia de la convención y concre-

tándose específicamente en el pliego de peticiones se dijo que "el Tribunal de arbitramento llamado a dirimir total ó parcialmente los temas que no hubieren sido solucionados directamente por las partes, está facultado para solucionar los asuntos que guarden consonancia con el pliego y no lo está para asumir la resolución de temas convencionales denunciados por el empleador que no coincidan con los del pliego" (énfasis agregado por nosotros, folio 30 del fallo). Se reconocieron, acorde con la jurisprudencia vigente, dos excepciones:

La primera, derivada de que "si durante la negociación colectiva el sindicato convino en discutir la denuncia del empleador, el objeto denunciado se torna controvertible, puede ser negociado directamente, y si no hay acuerdo, queda facultado el tribunal de arbitramento para resolverlo."

Y la segunda, proveniente de que la Ley 100 de 1993 en su artículo 11 "significó una apertura adicional que condujo a concebir el pronunciamiento arbitral sobre temas de dicha ley aunque a ellos solo se llegara en virtud de la denuncia patronal..." (ibídem).

Consecuente con este criterio, la Sala consideró que era del caso devolver el expediente al Tribunal de arbitramento, para obtener de éste el pronunciamiento sobre el "tema pensional", "como quiera que se trata de una materia regulada por la Ley 100 de 1993 y con cuyas disposiciones debe armonizar el régimen pensional de orden convencional..." (folio 33, ídem).

De manera que en el entendido cierto de que la excepción a que se concretaba el punto del fallo en referencia, era a la de la materia pensional de la Ley 100 de 1993, suscribimos el dicho proveído.

II. Independientemente de si ello es o no conveniente, a nuestro modo de ver no se remite a duda que el Régimen Legal Colombiano de Derecho Colectivo, no contempla siquiera la posibilidad de que la denuncia patronal de la convención colectiva, sea susceptible de ser sometida a la consideración del Tribunal de Arbitramento, sin la autorización expresa de los trabajadores mediante la suscripción de un convenio de compromiso, de manera que discrepamos abiertamente del actual criterio mayoritario de la Sala.

El nuevo punto de vista de la mayoría extiende sin miramientos la posibilidad de que los arbitradores se apliquen al estudio de todos los puntos de orden colectivo contenidos en la denuncia del empleador, no obstante se reitera que en parte alguna del Código Sustantivo del Trabajo o de las leyes y decretos que lo reglamentan o desarrollan, se faculta a los árbitros para tratar temas que no estuvieren relacionados o contemplados en el pliego de peticiones.

III. Una vez revisado el tema hemos llegado a la conclusión de que igualmente disentimos de la postura anterior de la Sala en cuanto enten-

día que aún contra la voluntad de los trabajadores, podía someterse la denuncia patronal a la decisión arbitral si durante la negociación colectiva el sindicato convino en discutirla. En efecto, esta postura condujo a que los representantes de los trabajadores asumieran un absurdo mutismo sobre el punto de vista patronal, que necesariamente afectó la fluidez de la negociación colectiva. Reiteramos que en nuestro sentir solo el Tribunal de Arbitramento voluntario, esto es acordado en virtud del convenio compromisorio expreso, podría conocer de la denuncia patronal.

IV. Estimamos que la única excepción legal a este planteamiento está en el artículo 11 de la Ley 100 de 1993 y que, aunque ello no aparece claro en la norma, debía explorarse la viabilidad de un arbitramento obligatorio, para el evento de que se den los supuestos de la teoría de la imprevisión, bien sea que ello sea declarado judicialmente o por reconocimiento de las mismas partes, cuando estas no logren ponerse de acuerdo acerca de la pertinente revisión del convenio.

V. La tesis mayoritaria pretende ser mortificada al aclarar que ella "no implica en manera alguna la obligación de los árbitros de desquiciar por simples razones de equidad alguno de los puntos convencionales por ser esa una atribución excepcional en casos de protuberante inequidad o cuando se hayan alterado de manera drástica y notoria las circunstancias económicas o sociales existentes al momento de convenirse un beneficio o cuando su manutención amenace de forma grave y evidente la vida de la empresa, la fuente de trabajo o la continuidad de sus actividades esenciales entre otras causas."

Con todo, estas razones no alteran el hecho de que la legislación vigente no contempla que los árbitros puedan resolver la denuncia patronal, fuera de que el concepto de "protuberante inequidad" tiende a ser subjetivo, de suerte que en últimas permitiría a los Tribunales de Arbitramento pronunciarse en su arbitrio acerca de temas que, por ausencia de atribución legal, tienen vedado."

Conforme con lo anterior, queda salvado mi voto.

Francisco Escobar Henríquez

SALVAMENTO DE VOTO
CONVENCION COLECTIVA
Denuncia

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral.-

Radicación No. 13540

Con sincera preocupación me aparto de la decisión mayoritaria que, contra los más caros postulados del Estado de Derecho, se permite ampliar por vía jurisprudencial la competencia de los árbitros.

El Estado Social de Derecho se distingue precisamente porque en él las competencias están taxativamente distribuidas, por lo que cuando el tribunal de arbitramento se pronuncia respecto de aquello que no está dentro de su competencia produce un acto nulo de nulidad insaneable; y ello es precisamente lo que está propiciando la posición mayoritaria de la Sala al devolver el expediente bajo la determinación de que deben los árbitros decidir intereses del empleador diferentes del tema de la seguridad social, que no han sido discutidos por las partes en la etapa de arreglo directo, ni se relacionan con el pliego de peticiones.

La contratación colectiva es un procedimiento previsto por la ley con el objeto específico de que los posibles contratantes lleguen a acordar estipulaciones que mejoren las condiciones establecidas legalmente para los trabajadores; sólo esa es la deducción correcta si se analiza el capítulo III del Código Sustantivo del Trabajo a la luz del postulado que establece el artículo 12 del mismo estatuto según el cual en éste se consagran el mínimo de derechos y garantías en favor de los trabajadores, susceptible de ampliarse por los mecanismos allí enunciados, siendo de entre ellos el más importante el del acuerdo colectivo.

A este último se llega como resultado del mutuo consentimiento después de largo proceso de negociación originado en la presentación del pliego de peticiones de los trabajadores. Constituye por tanto un acuerdo que implica obligaciones y derechos con vigencia hasta cuando se firme una nueva convención y que persiste aun cuando se disuelva el sindicato que la negoció (arts 474, 478, 479 numeral 2). Pugna a la razón y al derecho que pueda ser borrado de un solo plumazo, con sólo que lo pida el empleador, sin amago de concertación y por autoridad no competente.

Sólo porque es ajeno a la competencia del arbitramento es explicable que el laudo adolezca de vicio que lo haga inexecutable cuando su decisión afecte "derechos o facultades reconocidos por la Constitución, o por las leyes o por normas convencionales a cualquiera de las partes". (art. 142 del C.S.T.) Y no es admisible aquí la teoría de los derechos adquiridos en todo su rigor, tratando de desvirtuar esta prohibición legal con el prurito de que la mera expectativa del beneficio convencional sí es reformable y hasta suprimible por el arbitramento, con sólo que así lo pida el empleador al denunciar el contrato colectivo, aun cuando para nada se relacione con el pliego de peticiones que originó el conflicto.

Debe observarse que la norma no habla de derechos adquiridos sino de "derechos reconocidos", lo que bien puede interpretarse como "derechos consagrados" ó "derechos establecidos", pues no cabe aducir aquí lo concerniente a derechos y situaciones individuales porque el sujeto beneficiario es una colectividad que pertenece a la organización sindical o que simplemente tiene o llegue a tener vinculación con la empresa cuyo sindicato agrupa más de la tercera parte de sus trabajadores; y es ese precepto consagrador de derechos lo que está vedado a la competencia arbitral, sin consideración a los individuos que se hayan beneficiado o que puedan llegar a beneficiarse de él.

La revisión de las normas del acuerdo colectivo sólo puede llevarse a efecto "cuando quiera que sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica" y tiene establecido un procedimiento legal para ello en el artículo 480 del C.S.T. el cual le da competencia "a la justicia del trabajo" para "decidir sobre ellas" cuando al respecto no haya acuerdo entre las partes. La decisión mayoritaria de la Sala en este caso, sin asidero legal alguno, traslada esa competencia al tribunal de arbitramento, desquiciando de ese modo el derecho de la negociación colectiva tal y como ha sido concebido por el legislador, obrando la Corte en contravía del diálogo, de la concertación y del acuerdo, que fueron los presupuestos inspiradores del mandato que elevó ese reconocimiento a canon constitucional.

No creo que un pronunciamiento así contribuya a la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo, toda vez que los trabajadores van a dejar de acudir al mecanismo del arbitramento ante la deplorable realidad de que por este medio, así concebido, en lugar de logros, la negociación resulta brindándoles frustraciones, y el menoscabo indecible del derecho de asociación.

Me adhiero a las respetables observaciones de los Magistrados Francisco Escobar Henríquez y Jorge Iván Palacio Palacio en el salvamento de voto que presentaron a la sentencia del 8 de febrero de 1999 con radicación 11672 que sirve de sustento a la decisión actual, salvamento inspirado, aunque sin compartirla totalmente, en la tesis jurisprudencial anterior de que "el Tribunal de arbitramento llamado a dirimir total o parcialmente los temas que no hubieren sido solucionados directamente por las partes está facultado para solucionar los asuntos que guarden conso-

nancia con el pliego y no lo está para asumir la resolución de temas convencionales denunciados por el empleador que no coincidan con los del pliego": otrora reconociendo dos excepciones: la primera derivada de que "si durante la negociación colectiva el sindicato convino en discutir la denuncia del empleador, el objeto denunciado se torna controvertible, puede ser negociado directamente, y si no hay acuerdo, queda facultado el tribunal de arbitramento para resolverlo". Y la segunda, proveniente de que la Ley 100 de 1993 en su artículo 11 "significó una apertura adicional que condujo a concebir el pronunciamiento arbitral sobre temas de dicha ley aunque a ellos solo se llegara en virtud de la denuncia patronal...".

Pero debe advertirse que el salvamento en cita también se apartó de la invocada posición jurisprudencial en cuanto no aceptó por entero la primera de las salvedades, expresó:

"Una vez revisado el tema hemos llegado a la conclusión de que igualmente disuimos de la postura anterior de la Sala en cuanto entendía que aún contra la voluntad de los trabajadores, podía someterse la denuncia patronal a la decisión arbitral si durante la negociación colectiva el sindicato convino en discutirla. En efecto, esta postura condujo a que los representantes de los trabajadores asumieran un absurdo mutismo sobre el punto de vista patronal, que necesariamente afectó la fluidez de la negociación colectiva. Reiteramos que en nuestro sentir solo el Tribunal de Arbitramento voluntario, esto es acordado en virtud del convenio compromisorio explícito, podría conocer de la denuncia patronal.

"Estimamos que la única excepción legal a este planteamiento está en el artículo 11 de la Ley 100 de 1993 ..." (lo resultó).

Acertadamente indicaron los disidentes que " ...el Régimen Legal Colombiano de derecho Colectivo, no contempla siquiera la posibilidad de que la denuncia patronal de la convención colectiva, sea susceptible de ser sometida a la consideración del Tribunal de Arbitramento, sin la autorización expresa de los trabajadores mediante la suscripción de un convenio de compromiso...". (subrayo).

Con todo respecto,

Fecha ut supra,

Luis Gonzalo Toro Correa

INDEMNIZACION MORATORIA

No asume carácter objetivo, ni es de aplicación automática

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral.- Santa Fe de Bogotá, D. C., dieciocho (18) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: *Carlos Isaac Nader*

Radicación 11919

Acta 44

Decide la CORTE el recurso de casación interpuesto por el apoderado de José Joaquín Jiménez Cañas contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá D.C., el 30 de septiembre de 1998, dentro del proceso ordinario que adelantó contra la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero (Caja Agraria).

I. ANTECEDENTES

1. Con la finalidad de obtener la reliquidación de la 'prima de viáticos' correspondiente al último año de servicios "que le fue mal liquidada por la Caja Agraria, de conformidad con el artículo 34 de la Convención Colectiva de trabajo 1990-1992" y, a partir del reconocimiento de ese error, el reajuste de la pensión de jubilación, la cesantía definitiva, la prima de servicios de 1990, la prima escolar de 1991 y vacaciones, así como la indemnización moratoria porque a la terminación del contrato no le fueron pagados los salarios, prestaciones legales y extralegales que le corresponden legalmente, "aunado a la circunstancia de que aún hay valores pendientes por cubrir", demandó Jiménez Cañas a la hoy extinta entidad financiera.

Fundó sus pretensiones en los siguientes supuestos fácticos: 1) Que existió entre él y la Caja Agraria un vínculo laboral iniciado el 15 de junio de 1966 y liquidado el 29 de noviembre de 1990, para entrar a disfrutar de su pensión de jubilación; 2) que en su último año de servicios le cancelaron viáticos en cuantía de \$1.640.442, los cuales no fueron tenidos en cuenta por la empleadora al efectuar la liquidación de las prestaciones legales y extralegales adeudadas; 3) como respuesta a sus varias peticiones, el 14 de enero de 1993 la Caja Agraria procedió a realizar el reajuste solicitado, pero lo hizo de manera errada, dado que debiendo cancelarle por "prima semestral de viáticos" \$478.462,25 sólo reconoció \$457.500,65;

en consecuencia, los rubros prestacionales siguen siendo inferiores dada la base salarial menor tenida en cuenta al proceder como lo hizo en la fecha antes indicada; 4) como la Caja procedió en forma legal e injusta y no se ha puesto al día, debe ser condenada al pago de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949.

2. La demandada contestó la demanda y propuso las excepciones de prescripción, compensación, falta de causa y título para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas y cubro de lo no debido. Aceptó la existencia del vínculo laboral y sus extremos temporales, pero rechazó la forma como pretende el demandante liquidar la "prima de viáticos".

3. Tramitada la primera instancia, el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá, en audiencia del 12 de julio de 1996, desestimó las pretensiones de la demanda, absolvió a la demandada y condenó en costas al actor.

II. SENTENCIA RECURRIDA

Al resolver la alzada propuesta por el demandante, el Tribunal confirmó a plenitud la decisión del Juzgado.

Estimó el *ad quem*, con base en el entendimiento del artículo 34 de la Convención Colectiva 1990-1992 suscrita entre el Sindicato de la Caja Agraria y esta entidad, que ésta actuó ajustada a la norma citada, cuando procedió a reliquidar la prima semestral de viáticos de manera proporcional con base en lo devengado entre el 1º de enero y el 29 de noviembre de 1990, dado que así se había pactado. Carecía, entonces, de fundamento la pretensión principal deprecada, puesto que el demandante aspiraba a que se incluyeran también los viáticos de noviembre y diciembre del año anterior. Por lo mismo, denegó el consecuencial reajuste de las prestaciones legales y extralegales, por considerar que tenían como sustento la prosperidad de la primera pretensión.

En cuanto a la indemnización moratoria, el Tribunal consideró que según los hechos de la demanda ella se soportaba en la prosperidad, reconocimiento y reliquidación de la mencionada prima y reajuste de las demás prestaciones reclamadas, por lo que negadas todas ellas, igual suerte debía correr la sanción impetrada. Rechazó el argumento esgrimido por el apoderado del actor en su alegato de segunda instancia, en el cual extendió la petición indemnizatoria a la circunstancia de haber recibido el trabajador en forma tardía la reliquidación de las prestaciones sociales, por estimarlo un punto no aducido en el libelo y carecer el *ad quem* de atribuciones para fallar *extra petita*.

III. RECURSO DE CASACIÓN

Lo interpuso la parte actora y fue replicado en tiempo.

1. Pretende el recurrente que se case la sentencia del Tribunal y en sede de instancia se modifique el numeral primero de la parte resolutive

de la proferida por el *a quo*, "manteniéndose la absolución de las pretensiones indicadas en los puntos primero a cuarto de la demandada pero condenándose a la demandada de conformidad con la pretensión sobre indemnización moratoria contenido en el punto quinto de las citadas pretensiones, en el sentido de no haberle pagado al demandante a la terminación del contrato de trabajo, la totalidad de los salarios y prestaciones, proveyendo sobre costas como corresponde".

Al efecto, y con fundamento en la causal primera de casación laboral, propone el siguiente:

CARGO ÚNICO: Violación por vía indirecta, por aplicación indebida de los artículos 11 de la Ley 6ª de 1945, 1º del Decreto 797 de 1949 y 467 y 471 del Código Sustantivo del Trabajo.

Señala la comisión de varios errores manifiestos de hecho, así:

"1ª Dar por demostrado, sin estarlo, que la pretensión sobre indemnización moratoria se sustentó únicamente en la prosperidad, reconocimiento y reliquidación de las prestaciones reclamadas en los numerales primero a cuarto de las pretensiones de la demanda.

"2ª No dar por demostrado, estándolo, que la pretensión sobre indemnización moratoria contenida en el punto quinto de las pretensiones de la demanda, se formuló en dos sentidos: El primero en cuanto a que a la terminación del contrato no se le pagó al demandante la totalidad de los salarios y prestaciones adeudadas y el segundo, en cuanto a que dicha indemnización era procedente por la circunstancia de existir valores pendientes por cubrir.

"3ª Dar por demostrado, sin estarlo, que en los hechos de la demanda no se hizo referencia a una indemnización moratoria basada en la simple demora de la enjuiciada a pagar la totalidad de las prestaciones adeudadas, y no dar por demostrado, estándolo, que en el punto séptimo de los citados hechos se destacó claramente la demora de más de dos años en el pago de un reajuste de prestaciones sociales.

"4ª Dar por demostrado, sin estarlo, que la apelación de la parte demandante, en lo referente a indemnización moratoria, incluyó puntos nuevos no contemplados en la demanda y no dar por demostrado, estándolo, que dicha apelación se interpuso de acuerdo a las pretensiones y hechos de la demanda, en el sentido de que la indemnización moratoria tenía fundamento en dos aspectos: La circunstancia de adeudarse sumas por concepto de prestaciones sociales por una parte, y el simple hecho de la demora en el pago de la totalidad de las mismas, por la otra".

Relaciona como pruebas erróneamente apreciadas, dos: El escrito de demanda (folio 2 a 6) y el "de apelación contra la sentencia de primera instancia", de los cuales se desprende el exacto sentido de hacer soportar la indemnización moratoria no sólo en la falta de pago de los reajustes de las prestaciones, sino también en el pago tardío de las reconocidas por la Caja Agraria. Como dejadas de apreciar enlista 23 documentos, entre ellas

la orden de pago y contabilización de las prestaciones sociales (folios 21 y 151), así como los comprobantes de registro de operaciones varias (folios 17, 18, 147, 148), de los cuales, según el censor, se evidencia la demora en pagar la totalidad de lo adeudado por acreencias laborales definitivas, de acuerdo al reajuste hecho.

Concluye que si el Tribunal no hubiese cometido los protuberantes errores de hecho referidos, habría impuesto a la demandada la indemnización en cuantía de \$15.191,73 diarios, desde el 29 de noviembre de 1990 hasta el 14 de enero de 1993, fecha en que pagó el reajuste de acreencias laborales definitivas, descontándose los 90 días de gracia dispuestos en la ley.

2. La oposición, por su parte, rechaza la comisión de los errores atribuidos al Tribunal, pues la recta interpretación de la cláusula convencional fue la dada por esa Corporación y, siendo la indemnización moratoria de naturaleza accesorio, al no prosperar la reliquidación de la prima de viáticos, tampoco podía ordenarse la indemnización moratoria. De igual modo considera que la pretensión quinta de la demanda no tiene el doble sentido atribuido por el censor, pues allí no se dijo que ella se solicitaba tanto por el no pago de las prestaciones sociales al momento de la terminación del contrato, como por la demora en practicar directamente una anterior reliquidación.

Resalta como errores de técnica la contradicción al solicitar la anulación de la absolución por la indemnización moratoria, sin deprecuarla respecto de las demás decisiones de las cuales pendía, así como el no ataque de todas las probanzas tenidas en cuenta por el fallador de segundo grado.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. No son de recibo los reparos técnicos que la réplica le atribuye al libelo del recurso extraordinario, por cuanto la parte atacada del fallo gira en torno a los argumentos y probanzas tenidos en cuenta por el sentenciador de segunda instancia y, como se ve, éste hizo alusión, al tocar ese aspecto puntual, tanto a la demanda como al escrito de alegaciones, que fueron los dos documentos señalados en el cargo como erróneamente apreciados.

Por otro lado, el quid del reproche radica en la doble connotación que el casacionista pretende darle a la pretensión incorporada en la demanda, para hacerle derivar efectos no sólo respecto de las peticiones que le fueron negadas, sino también sobre una reliquidación de prestaciones acaecida antes de intentar la acción judicial que dio lugar a la presente actuación, razón por la cual funda su impugnación en una apreciación errada del contenido de aquel documento.

2. Debe precisar la CORTE, antes de adentrarse en la cuestión planteada, que el legislador le dio a la institución consagrada en el artículo 1º del

Decreto 797 de 1949 y en el 65 del Código Sustantivo del Trabajo el tratamiento literal de indemnización: sin embargo, además de establecer en forma predeterminada el valor del perjuicio o a forfati, adquiere un carácter sancionatorio, en tanto exige al trabajador de la carga de la prueba de la disminución patrimonial por él sufrida, constituyéndose, por virtud de la ley en una estimación anticipada de perjuicios.

La doble connotación de la indemnización moratoria por no pago de ciertas acreencias laborales, en tanto persigue imponer un castigo al empleador renuente a cancelar los salarios o las prestaciones del servidor, releva a éste de la demostración de la extensión del perjuicio y de su cuantía, pues si ninguna lesión ha sufrido, o no ha logrado comprobar, no tiene por qué ser favorecido con una condena que, de producirse, lo enriquecería sin justa causa. Y en nada afecta el hecho de que el beneficiario de la sanción sea un particular y no el Estado, porque no debe olvidarse que en toda relación contractual cabe la posibilidad de que las partes o la ley misma prevean la imposición de cargas al contratante incumplido, en favor del otro que sí cumplió o se allanó a cumplir. Así, por ejemplo, las cláusulas penales y las deducciones o acrecimientos en caso de rescisión de contratos, del derecho privado (artículos 1592 y 1948 del Código Civil), consagradas también en beneficio del particular y no de ninguna entidad pública.

El haberse condicionado la imposición de los "salarios caídos" a la conducta observada por el sujeto pasivo de ella, reafirma la naturaleza especial de esta indemnización; de suerte que, aun existiendo daño, si está demostrada la actitud no maliciosa del empleador, la absolución por dicho concepto se impone. Sólo que la ley laboral, por su naturaleza tuitiva, presume que la omisión o el retardo en la cancelación de las acreencias indicadas en ella obedece a una actitud injusta, correspondiendo al patrono la carga probatoria de su buena fe.

Dado este entendimiento, la moratoria de ninguna manera asume un carácter objetivo o, como comúnmente se dice, "automático". Es un imperativo del juez laboral, por lo tanto, examinar las circunstancias de modo, tiempo y lugar, en las cuales se desarrolló la conducta patronal antes de subvenir dicha sanción, lo que implica el análisis del acervo probatorio recaudado, de lo contrario ocurre el juzgador en un error jurídico.

Por otra parte, sólo cabe adentrarse al estudio de la exoneración de la pena, cuando ya se ha establecido la mora o el retardo del empleador en el pago de salarios, prestaciones, e indemnizaciones (en caso de trabajadores oficiales) que son los hechos típicos y constitutivos subsumidos en las dos normas sub examine. De aquí deriva, así mismo, el carácter dependiente de la prestación, respecto de lo cual huelga recordar lo dicho por el TRIBUNAL SUPLENTE DEL TRABAJO, en sentencia del 24 de marzo de 1956:

"El problema ya fue debatido y resuelto por la Corporación cuando afirmó que tal acción independiente no es posible, entre otras cosas, porque el espíritu del precepto no fue crear una fuente de enriquecimiento injusto, sino el de establecer un accate para que, al terminar el contrato de trabajo, el

asulariado pueda percibir íntegramente todo aquello a que tenga derecho o como consecuencia del contrato o por razón del mismo. No se trata de una nueva prestación, sino de una sanción, y no podría consagrarse, sin correr el imprudente riesgo de crear una fuente de abusos, el principio de que el trabajador puede escoger entre acciones por sus prestaciones insolutas con la sanción consiguiente o solamente por esta última, dejando de lado aquellas. Ello podría llevar a que el trabajador, a quien la ley ha querido proteger con tan drástica sanción patronal, dejara pasar voluntariamente el tiempo sin cobrar sus prestaciones, para que cuando el valor de la sanción fuere mayor, atenerse a esta con ánimo, por lo menos aparente, de las primeras. Eso no es lo que ha querido la ley y, por consecuencia, no puede consagrarse por vía jurisprudencial. Otra cosa es que, pagadas tardíamente las prestaciones sociales o los derechos provenientes del contrato, bien en razón de la fecha de terminación del mismo, o de la ejecutoria del fallo que las establece, el trabajador pueda promover la acción para el reconocimiento de la sanción moratoria. Tal acción es legal y moralmente posible y sería el único sentido en que puede afirmarse que hay independencia (relativa desde luego) entre la acción por el principal y la que tiene por objeto la sanción o derecho accesorio".

3. En este orden de ideas, cabe decir primeramente que, en el caso concreto, la censura pretende de manera independiente la indemnización, pero referida al retardo en el reconocimiento de una reliquidación de prestaciones sociales por él solicitada, por lo que en ese sentido no es injurídico el alcance del recurso, como arguye el opositor.

Sin embargo, para la Sala no constituye desacuerdo alguno el entendimiento dado por el Tribunal Superior a la demanda incoada por el apoderado de Jiménez Cañas, pues del tenor literal de ésta, tanto del capítulo de "Pretensiones", concretamente de su ordinal quinto, como del correspondiente a los "Hechos", se colige perfectamente que la pena allí solicitada se hizo depender exclusivamente de la nueva reliquidación de las prestaciones sociales (ordinales segundo a cuarto) que supuestamente derivarían del pretense reajuste de la "prima de viáticos" deprecada en el primer ordinal.

Para mayor claridad transcribese el único hecho de la demanda referido a los salarios caídos:

"15. Como la Caja en forma injusta e ilegal, y no obstante las reiteradas peticiones de mi asistido, las últimas de ellas el pasado 17 de junio y 1º de septiembre, no se ha puesto al día en el pago de los derechos laborales de mi asistido, sin razón valdadera para ello, debe ser condenada al pago de la indemnización moratoria consagrada en el Decreto 797 de 1949, artículo 1º, la cual solicito desde ahora, se liquide con el PROMEDIO base de liquidación".

Pues bien, ante la no reclamación expresa de la moratoria por el reajuste de prestaciones efectuado por la Caja Agraria el 14 de enero de 1993, es decir, más de dos años después del retiro de Jiménez Cañas, la

deducción de que la causa pretendi de la sanción estaba referida a la reintegración pretendida en la demanda y no, por obvia razón, a la ya efectuada en aquella oportunidad, lejos de constituir un desatino es lo que sin dudas se desprende con claridad del texto reproducido, si en cuenta se tiene la alusión a dos solicitudes elevadas en junio y septiembre, sin indicación del año correspondiente, pero en cuyas copias, anexas a la demanda y visibles a folios 15 y 16 del cuaderno principal, se observa que datan de 1993.

La sentencia expresa el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los asuntos laborales por analogía autorizada en el 145 del Código Procesal del Trabajo: "deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla..." (negritas fuera del texto). De allí que el haber dado por demostrado el Tribunal que la pretensión relativa a la sanción moratoria se sustentó en la prosperidad de las demás peticionadas en la demanda que dio curso al presente proceso, argumento central del recurso de casación, conforme a los hechos narrados por el libelista, no constituye, de ninguna manera error alguno.

Por tales consideraciones el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá D.C. el 30 de septiembre de 1998, dentro del proceso de José Joaquín Jiménez Cañas contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

Costas del recurso extraordinario a cargo del recurrente.

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

Carlos Isaac Nader, Francisco Escobar Henríquez, José Roberto Herrera Vergara, Rafael Méndez Arango, Luis Gonzalo Toro Correa, Germán G. Valdés Sánchez, (Aclaración de voto), Fernando Vásquez Botero.

Laura Margarita Manotas González, Secretaria

ACLARACION DE VOTO

INDEMNIZACION MORATORIA

La razón que me lleva a aclarar el voto estriba en que considero que en la sentencia se le da a la figura contemplada en el Artículo 1º, del Decreto 797 de 1949 y en el artículo 65 del C.S.T., la doble naturaleza de sanción y de indemnización, con lo cual se puede generar confusión respecto de su utilización y aplicación.

Estimo que la jurisprudencia de la Sala siempre le ha dado a la figura en cuestión el tratamiento de una pena o castigo, no solo porque los textos correspondientes así lo permiten, sino porque se la ha supeditado a la definición de la conducta de la empleadora en torno de la deuda, para solo imponer la condena cuando esa conducta es negativa o de mala fe.

No desconozco que la aplicación de la sanción moratoria desplaza la utilización de figuras de naturaleza indemnizatoria que tienden a resarcir el perjuicio generado al acreedor por la ausencia o tardanza de un pago al que tiene derecho, pero ello no convierte la carga moratoria en una indemnización sino simplemente en un rubro que por tener un contenido económico evita, pero no resarca, un perjuicio.

Soy consciente de que el tema da lugar a muchas otras consideraciones, pero como ellas no tendrían ninguna incidencia dentro de la decisión que ha adoptado ahora la Sala en este proceso, no considero pertinente profundizar en ellas y por ello limito mi aclaración a lo expresado anteriormente.

Fecha ut supra.

Germán G. Valdés Sánchez

VIOLACION DE LA LEY SUSTANCIAL

PENSIÓN DE JUBILACION

**Servicios prestados al Estado colombiano
y a otra entidad Competibilidad**

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral.- Santa Fe de Bogotá D.C., dieciocho (18) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Doctor José Roberto Herrera Vergara

Referencia: Expediente No. 1255G

Acta No. 46

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, contra la sentencia de fecha 16 de octubre de 1998, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, en el juicio seguido contra la recurrente por José Jesús Montoya Angel.

Se tiene como apoderado de José Luis Montoya Angel, al doctor Alvaro Díaz granados Goenaga, en los términos del memorial de sustitución que obra a folio 16.

I. ANTECEDENTES

José de Jesús Montoya Angel demandó a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero para que previo el trámite del proceso ordinario se le condenara al reconocimiento y pago de los valores descontados injustificadamente de la pensión de jubilación y los reajustes de la Ley 4ª de 1976.

Las afirmaciones del demandante en su libelo inicial se sintetizan así:

Laboró para la demandada por más de 20 años, lo cual le hizo acreedor al reconocimiento de pensión de jubilación a partir del 25 de febrero de 1971. Posteriormente se vinculó como docente en el colegio privado San Luis Gonzaga, por intermedio del cual cotizó 567 semanas y con tal soporte se le reconoció pensión de vejez a partir del 26 de agosto de 1982. Mediante resolución No. 3539 del 23 de noviembre de 1984, la demandada ordenó descontarle de la pensión que ella le reconocía el monto de la cubierta por el I.S.S., y solamente pagó la diferencia, proceder que sigue

ejecutando. De acuerdo con reiterada jurisprudencia tal actuar no se ajusta a derecho y por tanto se adeuda lo reclamado por no encontrarse en eventos de incompatibilidades.

La demandada dio respuesta en tiempo al libelo demandatorio aceptando como cierto el hecho relacionado con la calidad de pensionado del actor por esa entidad, se opuso a las pretensiones y exceptuó por pago, prescripción y buena fe.

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Tercero Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá, mediante fallo del 19 de mayo de 1998 condenó a la demandada a REINTEGRAR al actor el valor de la pensión descontado desde el 28 de abril de 1992, dispuso el reajuste legal anual, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y condenó en costas.

II. SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Por apelación de la parte demandada conoció el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, quien mediante sentencia del 16 de octubre de 1998, confirmó totalmente la del juzgado y condenó en costas a la demandada.

Fundamentó el *ad quem* su decisión en que el demandante fue pensionado por cuenta de la entidad demandada, a partir del 25 de febrero de 1971 y a partir del 11 de febrero de 1982 devengó pensión de vejez por el I.S.S., al haber cotizado 567 semanas a su último patrono, el colegio privado San Luis Gonzaga. Consideró, entonces, que el actor se hizo acreedor a dos pensiones soportadas en causas y durante dos lapsos de servicios totalmente diferentes, prestados a entidades distintas, por lo que no puede darse la subrogación pensional.

Adicionalmente, se apoyó en el criterio de esta Sala sentado en sentencia de enero 27 de 1995, para concluir que en el caso en estudio no es dable predicar la incompatibilidad de pensiones.

III. DEMANDA DE CASACIÓN

Inconforme la demandada interpuso el recurso de casación el cual una vez concedido por el Tribunal y admitido por esta Sala se procede a resolver, previo estudio del escrito de réplica.

Pretende el recurrente la casación parcial de la sentencia impugnada, en cuanto confirmó la condena a reintegrar y pagar la pensión de jubilación desde el 28 de abril de 1992, reajustada conforme a la ley. Que en sede de instancia la Corte revoque las condenas impartidas por el juzgado y en su lugar absuelva a la entidad demandada.

Para tal efecto formuló dos cargos.

Primer cargo.- Acusó la sentencia de violar la ley sustancial por vía directa, en el concepto de falta de aplicación de "...los artículos 64 de la Constitución Nacional de 1886 reformado por el Artículo 23 del acto legislativo No. 1 de 1936, hoy modificado por el artículo 128 de la Constitución

Nacional de 1991; Ley 57 de 1931; artículos 5, 6 y 8 del Decreto Ley 1050 de 1968; artículo 31 del Decreto Ley 3135 de 1968; artículos 1, 2, y 4 de la Ley 151 de 1969; artículo 32 del Decreto Ley 1042 de 1978; artículo 47 Decreto Ley 1850 de 1977, hoy modificado por el artículo 1 del decreto Ley 2148 de 1992; artículo 77 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969".

Lo sostenido por el recurrente al sustentar la acusación se resume así:

La violación de las normas se produjo porque constitucionalmente nadie puede percibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas e instituciones en que tenga parte principal el Estado; la Caja Agraria (hoy en liquidación) fue constituida por la Ley 57 de 1921 como ente autónomo con accionista mayoritario el Estado, razón por la cual no puede dejarse de lado la inaplicación de todas las disposiciones de 1968 en virtud de mandato constitucional, so pretexto de tener orígenes diferentes; porque ambos entes públicos coinciden con la asunción de la protección pensional: la Caja Agraria por los servicios prestados y el I.S.S. por las cotizaciones efectuadas a él.

Concluye predicando que conforme al mandato constitucional, el Decreto 3135 de 1968, las Leyes 90 de 1946 y 100 de 1993, en el caso en estudio se da la incompatibilidad de pensiones y por ende la decisión impugnada desconoce los preceptos en cita.

El opositor considera que el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo del I.S.S., no puso a recibir al actor más de una asignación del tesoro público, porque sin interesar el origen del empleador ni antes ni ahora el Estado aporta nada; lo que sucede es que ese fondo común de naturaleza pública administra las prestaciones sociales y servicios que presta; por tal razón la demandada no obró bien descontando del valor real de la pensión de jubilación lo cubierto por pensión de vejez del I.S.S., so pretexto de incompatibilidad de asignaciones.

Segundo Cargo.- Acusó la sentencia de violar la ley sustantiva por **INFRACCIÓN DIRECTA**, en el concepto de **FALTA DE APLICACIÓN** "...de los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, numerales 2 y 6 del artículo 9 y el artículo 27 de la misma ley, en concordancia con el artículo 11 del Acuerdo No. 224 del 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1966, en relación con el artículo 1º del Acuerdo 0129 de 1983, aprobado por el Decreto 1900 de 1983, en relación con los artículos 13, 14 y 18 del Decreto Ley 1650 de 1977".

Se resume así el sustento del cargo:

A partir de la Ley 90 de 1946 se creó en Colombia el sistema de subrogación de riesgos y prestaciones que hasta esa fecha estaban a cargo del patrono, que el artículo 76 de la ley en referencia señala que el seguro de vejez reemplazaría la pensión de jubilación, por tal motivo la ley en cita fue inaplicada o dejada de lado en el sub júdice. No se debe desconocer el carácter de unidad prestacional prevista en el régimen de seguridad social.

La oposición argumenta que conforme a la Ley 90 de 1946 y los decretos y acuerdos que la desarroflan, la compartibilidad de pensión de jubilación y vejez supone el cumplimiento de varios requisitos; que aquella fuese de índole legal y no convencional (como sucede aquí), que el favorecido con ella hubiese estado afiliado al I.S.S. por cuenta de quien la reconoció (lo que tampoco ocurrió acá) y que su otorgante hubiere seguido cotizando al I.S.S. en el riesgo de vejez hasta que el beneficiario cumpliera los requisitos (tampoco se dio). Concluye predicando que entonces el *ad quem* hizo bien al poner remedio a una situación anómala.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Por cuanto los dos cargos se han formulado por la vía directa, por el mismo concepto de violación y persiguen idéntico objetivo, es viable su estudio conjunto.

1.- *Al ser uno de los soportes medulares del fallo el criterio sentado por esta Sala de la Corte en uno de los pronunciamientos sobre el tema, el concepto de violación ha debido ser "interpretación errónea" de los textos legales analizados en su sentido y no "infracción directa en el concepto de falta de aplicación", como textualmente lo propone la recurrente. Lo anterior se refuerza, dado que la propia entidad impugnante, al sustentar su ataque, hace su propia hermenéutica de dichas disposiciones y manifiesta que no comparte "la tesis esbozada" en la sentencia de esta Sala en que se fincó el fallador de instancia.*

2.- Como ambos cargos vienen propuestos por la vía directa debe partirse del supuesto de la aceptación por parte de la censura de los fundamentos fácticos de la sentencia gravada, conforme a los cuales se dieron por ciertos los siguientes: a) La Caja Agraria reconoció pensión extralegal de jubilación vitalicia al actor, a partir del 25 de febrero de 1971; b) el ISS otorgó pensión de vejez a partir del 11 de febrero de 1982 por haber cotizado 567 semanas, siendo su último empleador el colegio privado San Luis Gonzaga.

El Tribunal consideró que:

"... Así las cosas, resulta obvio que el actor se hizo acreedor a dos pensiones en atención a los empleadores para los cuales laboró y durante dos lapsos (sic) totalmente diferentes. Luego, a juicio de la Sala, en el sub lite no se da la subrogación ni la sustitución pensional, pues mientras la Caja Agraria reconoció al actor una pensión, esta fue de carácter extralegal o convencional, con ocasión al tiempo de servicio prestado para ésta, mientras que la otorgada por el I.S.S. fue en razón a los servicios prestados para una empresa de carácter privado, sin ello (sic) desconocimiento alguno de las disposiciones legales, pues resulta obvio que las dos pensiones en la forma inicialmente otorgadas con (sic) compatibles, amén que se trata de lapsos diferentes y por servicios prestados a diferentes entidades de diferente naturaleza".

La Ley 90 de 1946 creó en Colombia un sistema de seguros sociales y consagró la figura de la subrogación de riesgos al Instituto de Seguros Sociales, pero conviene precisar que se trata de los de origen legal, según el tenor del artículo 72 *ibidem*: "las prestaciones reglamentadas en esta ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las haya asumido por haberse cumplido el aporte previo para cada caso...". Y el artículo 76 prescribió que "el seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta ley reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior...".

Por tanto, por la época de los hechos controvertidos en este juicio - a diferencia de lo que ocurrió posteriormente -, no existía disposición que previera la invocada subrogación de pensiones extra legales; de manera clara se determinó que las pensiones que asumiría el I.S.S. serían las previstas en la Ley 90 y que venían figurando a cargo de los patronos en la legislación anterior.

Posteriormente, el Acuerdo 224 de 1966 del I.S.S., aprobado por el Decreto 3041 de 1966, en los artículos 60 y 61 reguló la subrogación paulatina por el I.S.S. de la pensión de jubilación consagrada legalmente en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo.

La anterior situación se modificó parcialmente a partir de la vigencia del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, cuando de manera clara se estableció que el I.S.S. tan sólo compartiría las pensiones extra legales cuando se causaren con posterioridad a la vigencia del referido decreto aprobatorio del acuerdo, es decir el 17 de octubre de 1985 en adelante, si el empleador continuaba aportando al Instituto para el seguro de vejez, invalidez y muerte.

Como al actor se le reconoció pensión extra legal de jubilación a partir del 25 de febrero de 1971, por la Caja de Crédito Agrario, es decir con antelación a la vigencia de las normas que permiten la compatibilidad de las pensiones voluntarias, y además el empleador primigenio no cotizó al ISS durante el nexo laboral ni después de pensionar al demandante, sería inadmisibles desde todo punto de vista jurídico y social que el patrono que adeuda una pensión convencional, causada con anterioridad al 17 de octubre de 1985, reduzca unilateralmente el monto de su obligación, como consecuencia de cotizaciones efectuadas con posterioridad por el jubilado al I.S.S. como fruto de sus servicios a nuevos y diferentes empleadores del sector particular: es decir, sería permitir una subrogación de pensión extra legal sin causa, por cuanto las cotizaciones efectuadas al I.S.S. no tienen como origen de recaudo el vínculo con la acá demandada.

En consecuencia, para la época de los hechos, para la procedencia de la subrogación, era menester el cumplimiento por lo menos los siguientes requisitos:

1. Que pensión objeto de subrogación fuese de índole legal.

2. Que el pensionado hubiese estado afiliado al ISS, por cuenta de quien se la otorgó.

En conclusión, el Tribunal no transgredió los preceptos indicados en la proposición jurídica, por lo que los cargos no prosperan.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha dieciséis (16) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, en el juicio seguido por José Jesús Montoya Angel contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

Costas en el recurso extraordinario de casación a cargo de la parte demandada.

José Roberto Herrera Vergara, Francisco Escobar Henríquez, Carlos Isaac Nader, Rafael Méndez Arango, Luis Gonzalo Toro Correa, Germán G. Valdés Sánchez, Fernando Vásquez Botero.

Laura Margarita Mantas González, Secretaria

PENSION DE SOBREVIVIENTES

Requisitos cuando se trata de afiliados o pensionados - Convivencia del causante y su compañera posterior a la fecha en la cual aquél reunió los requisitos para pensionarse

CONDENA DE FUTURO

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral - Santa Fe de Bogotá, D.C. noviembre dieciocho (18) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Doctor Francisco Escobar Henríquez

Radicación N° 12566

Acta N° 44

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por el apoderado del Instituto de Seguros Sociales contra la sentencia proferida el 24 de marzo de 1999 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso promovido por María de Jesús Castro Ríos contra la recurrente.

ANTECEDENTES

María de Jesús Castro Ríos demandó al ISS a fin de que se le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes, así como las mesadas adicionales de junio y diciembre y las costas del proceso. Indicó que contrajo matrimonio civil el 22 de mayo de 1987 con el causante César Reinaldo Uribe Londoño, quien obtuvo de la entidad demandada su pensión por vejez a partir del 7 de abril del año citado y falleció el 5 de noviembre de 1994. Señaló además que el ISS negó el derecho aquí reclamado al aducir que a la fecha del reconocimiento de la pensión al señor Uribe Londoño no había contraído nupcias con la accionante; no obstante para su apoderado la pensión de vejez se había causado, era exigible, hacía parte de la sociedad conyugal y no le es aplicable el numeral 2° del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, sino el numeral 1°.

El apoderado del ISS se opuso a las pretensiones de la actora por considerar que muchos pensionados optaron por casarse con el fin de sustituir la pensión y "...con la idea de que el (sic) Estado hay que sacarle al máximo.", por ello indicó que se negó el derecho, puesto que no hubo vida marital al momento de recibir el causante su pensión; formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa.

El juzgado del conocimiento, el 3° Laboral del Circuito de Medellín, accedió a las pretensiones de la actora, en la sentencia proferida en la audiencia celebrada el 22 de febrero de 1999.

La impugnación interpuesta por el apoderado de la parte demandada fue resuelta mediante la sentencia acusada, que confirmó la del *a quo*, al concluir, con fundamento en una sentencia de esta Sala de la Corte (la de radicación 10406 del 17 de abril de 1998), que "...con el fin de morigerar la dureza de la norma y dar una interpretación de la misma, dedujo (la Corte) que para quienes habían contraído matrimonio con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 y para la fecha del matrimonio alguno de los cónyuges tenía la calidad de pensionado, o había llenado los requisitos para ello, (sic) lo eran las normas anteriores, ya que esa alta Corporación de Justicia consideró, "...que no resulta acomodado a derecho, que una nueva normación cambie las reglas del juego y de manera sorpresiva haga más exigencias a los presupuestos o adiciones otros que no existían al momento de consolidarse la condición de pensionado...". Por ello halló aplicables los arts. 25 y 26 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante Decreto 758 del mismo año y estimó acreditadas las exigencias allí consagradas para lograr la sustitución pensional.

RECURSO DE CASACIÓN

El apoderado del ISS pretende la casación del fallo impugnado y que en instancia se revoque el del *a quo* para en su lugar absolverlo de las pretensiones de la actora. En el único cargo formulado acusa por la causal primera de casación laboral, por la vía directa, la infracción directa "en la modalidad de falta de aplicación en la que también se traduce en casación laboral la infracción directa y doctrina reiterada al respecto" de los arts. 46, 47, 151 y 289 de la Ley 100 de 1993, en relación con el art. 16 del C. S. del T, que implicó la aplicación indebida de los arts. 6, 25 y 26 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, en relación con los arts. 72 y 76 de la Ley 90 de 1946 y 259 del C. S. del T.

En la demostración del cargo afirma que las razones jurídicas que llevaron al *ad quem* a aplicar el citado Acuerdo 049 no son válidas puesto que el art. 16 del C. S. del T. consagra el efecto general inmediato de las normas del trabajo, lo que implica que afectan incluso los contratos vigentes, pero respetando las situaciones definidas. Explica que el principio de la irretroactividad de las leyes equivale a mantener la seguridad jurídica y la confianza en las preceptivas que rigen a las personas y a su relación social.

Luego señala que los derechos adquiridos existen cuando se dan los requisitos exigidos en la correspondiente norma, en su vigencia, pero que si no se ha cumplido alguno de tales requisitos (bajo la vigencia del respectivo precepto) solo se está en presencia de una mera expectativa, con la posibilidad de que la norma pueda ser modificada aún haciendo más gravosas las condiciones de adquisición del derecho, sin que pueda afirmarse que hubo vulneración alguna.

Agrega que es indudable que el art. 25 del Acuerdo 049 de 1990 establecía como requisito de la pensión de sobrevivientes por muerte originada en riesgo común, que el asegurado falleciera con el derecho causado a la pensión de invalidez o vejez o disfrutándolo, pero que debe tenerse en cuenta que tales requisitos fueron modificados por el art. 47 de la Ley 100 de 1993 que estableció que el cónyuge o compañero supérstite, debe demostrar la convivencia con el causante desde que éste cumplió los requisitos para el derecho a la pensión de vejez o invalidez, hasta la muerte y la convivencia no menor a 2 años anteriores al fallecimiento, salvo que hubieran procreado uno o más hijos.

Afirma el censor que para la fecha de fallecimiento de César Reinaldo Uribe Londoño no hay duda que estaba en vigencia la mencionada Ley 100, según sus artículos 151 y 289 y por ello no podían aplicarse los preceptos del Acuerdo 049 de 1990:

Por último transcribe apartes de la sentencia de radicación 9526 de esta Sala proferida en abril 24 de 1997.

SE CONSIDERA

Es cierto como lo destaca el casacionista que en la sentencia que cita el cargo se estableció la falta de consagración, en la Ley 100 de 1993, de un régimen de transición para la pensión de sobrevivientes y la inaplicación de las normas anteriores en el caso del deceso del causante afiliado a la seguridad social, en vigencia de la mencionada normatividad, pues se explicó que en virtud del efecto retrospectivo de las normas del trabajo la nueva preceptiva modificó las anteriores sobre la materia. Sin embargo, este criterio fue posteriormente recogido por la Sala, entre otras en las sentencias 10406 del 17 de abril de 1998, 10771 del 30 de junio de 1998 y 12151 del 13 de octubre de 1999, para casos especiales, en los cuales se hizo necesaria la armonización de normatividades cuando la muerte del pensionado ocurrió en vigencia de la mencionada Ley 100 y la convivencia del causante y la demandante se inició con posterioridad a la fecha en la cual aquél reunió los requisitos para pensionarse, dada la consolidación de las condiciones específicas de transmisión del derecho adquirido.

Resulta pertinente transcribir el aparte correspondiente a la primera de las citadas sentencias, que definió el mismo aspecto que aquí se debate, en los siguientes términos:

"...Dentro del esquema normativo de la Ley 100 de 1993, y más concretamente en el régimen de prima media con beneficio definido, son diferentes los requisitos de la pensión de sobrevivientes, según se trate de un afiliado o de un pensionado. En efecto, el 'afiliado' necesita haber cotizado un mínimo de 26 semanas sufragadas ya bien al momento de la muerte (cotizante activo) o dentro del año inmediatamente anterior al fallecimiento (no cotizante activo); en cambio, en cuanto al 'pensionado' del sistema general de pensiones, basta que al momento del deceso tenga derecho a una pensión por vejez o invalidez por riesgo común. En ambos casos son beneficiarios las miembros del grupo familiar del fallecido.

El literal a) del artículo 47 en cuestión erige como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma ualida, al cónyuge o la compañera o compañero permanente superviviente y establece a continuación los requisitos que estas personas deben reunir a efectos de recibir ese beneficio en los siguientes términos:

En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente superviviente, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido'.

Aduce la censura al efecto que el artículo 47 de la Ley 100 no puede ser interpretado, sin consideración alguna a los principios generales que inspiran la referida normatividad y a la forma en que la Constitución Nacional y la Ley reconocen el derecho a la seguridad social y protegen el núcleo familiar.

El punto debatido por la censura gira en torno a si la exigencia que hace la nueva norma, de haber hecho vida marital el presunto beneficiario con el pensionado fallecido 'por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez', es o no extensible a los pensionados que antes de la vigencia de la ley habían conformado una convivencia permanente.

Independientemente de la conveniencia o inconveniencia de este requisito desde el punto de vista social, no ofrece discusión su aplicación inmediata frente a quienes se hayan pensionado o se pensionen a partir del 1 de abril de 1994, fecha en que empezó a regir la Ley 100 de 1993 en el sistema general de pensiones, o habiéndose pensionado antes inicien vida marital con posterioridad.

Sin embargo, resulta impropio entender que dicho precepto se aplica cuando, como en el sub lite, las condiciones de pensionado y de compañera permanente surgieron y se consolidaron con anterioridad a tal fecha, puesto que estas circunstancias estructuran para estos efectos un derecho adquirido, toda vez que a diferencia del simple afiliado - que no puede transmitir lo que no tiene causado en su favor -, el pensionado por vejez o invalidez que tuvo la condición de compañero permanente, adquirió un derecho (pensión) que ingresó a su patrimonio y por tanto está legalmente autorizado para transmitirlo en el mismo monto a los causahabientes que la Ley determine, una vez ocurra su deceso, sin que una nueva Ley pueda desconocerlo o conculcarlo mediante la variación de las reglas normativas existentes al momento de la consolidación de esos dos presupuestos.

Cabe recordar que con arreglo al artículo 25 del Acuerdo 049 de 1990 (aprobado por el Decreto 758 del mismo año) existe derecho a la pensión de sobrevivientes por riesgo común en los siguientes casos:

a) *Cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común, y*

b) *Cuando el asegurado fallecido estuviere disfrutando o tenga causado el derecho a la pensión de invalidez o de vejez según el presente reglamento.*

Nótese que a diferencia de la primera hipótesis (afiliados no pensionados), en la segunda (pensionados) no militan los requisitos de número y densidad de cotizaciones, pues para acceder a la pensión referida el requisito se circunscribe a la circunstancia de que el fallecido tuviere un derecho causado a la pensión de invalidez o vejez. Y esa misma distinción aparece en el artículo 46 de la Ley 100, el cual al señalar los requisitos de la pensión de sobrevivientes prescribe que tienen derecho a ella los integrantes del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común, sin adicionar otras condiciones, como sí lo hace respecto de los asegurados que fallecen sin haberse pensionado.

Así mismo, conforme al artículo 26 del Acuerdo 049 el derecho a la pensión de sobrevivientes se causa cuando se reúnen los requisitos establecidos en ese reglamento, y se reconoce y paga a partir de la fecha del fallecimiento del pensionado, con lo que se evidencia claramente la distinción normativa entre la causación del derecho y el momento en que debe reconocerse y pagarse.

De tal suerte que en el caso de los pensionados, la pensión de sobrevivientes susceptible de transmisión no configura un derecho nuevo en favor de los causahabientes, sino un derecho derivado, una verdadera "sustitución" pensional del mismo derecho adquirido a la pensión de vejez o invalidez causado en su favor. Jam es así que el propio artículo 48 de la Ley 100 establece que "El monto de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba".

En consecuencia, los pensionados antes de la vigencia de la nueva Ley, que tenían el período de convivencia permanente señalado en las disposiciones precedentes, consolidaron el derecho a transmitir la pensión que devengaban en favor de su cónyuge supérstite, compañero o compañera permanente o hijos con derecho, según el caso, en el mismo monto y condiciones establecidos en la Legislación vigente al momento en que se consolidaron las circunstancias mencionadas. Esos pensionados, al haberse definido antes de la Ley 100 una situación jurídica en su favor, originada en el derecho a la pensión y la convivencia permanente, tienen derecho a seguir amparados por la normatividad anterior.

No puede perderse de vista que ellos mantuvieron su fidelidad al ordenamiento de seguridad social imperante durante toda su relación laboral, hasta cuando dejaron de ostentar la condición de cotizante por haber logrado la finalidad suprema de todo afiliado al sistema cual es la de adquirir el derecho a una pensión por vejez, que acorde con las normas vigentes en ese momento, después de una prolongada y real convivencia

responsable, le conferían a su vez el derecho a que los integrantes de su grupo familiar pudieran gozar de la respectiva pensión, una vez ocurriera el fallecimiento.

Obviamente la pensión de sobrevivientes no se causa en vida del pensionado. Pero conviene recordar que hasta la vigencia de la Ley 100 de 1993 el denominado seguro I.V.M. era un todo integral, conformado por las contingencias de invalidez, vejez y sobrevivientes, de forma tal que alcanzada la meta de reconocimiento pensional en alguna de estas especies, y reunidos los presupuestos de matrimonio o convivencia permanente y la densidad de cotizaciones necesaria para la pensión de sobrevivientes, no resulta acomodado a derecho que una nueva normación cambie repentinamente las reglas de juego y de manera sorpresiva haga más exigentes los presupuestos o adicione otros que no existían al momento de consolidarse la condición de pensionado y compañero permanente.

Es que la relación jurídica que en materia de seguridad social, - para los efectos del seguro de invalidez, vejez y sobrevivientes - surge entre un afiliado y un ente de seguridad social, tiene como cometido esencial el que se obtenga el reconocimiento de la prestación respectiva una vez reunidos los requisitos exigidos por las disposiciones aplicables a estas contingencias, después de lo cual cesan las obligaciones de cotización para estos riesgos, y de ahí en adelante no puede despojarse al pensionado que cumplió con las reglas legales, del derecho a que sus beneficiarios perciban las prestaciones estatuidas en la normatividad entonces aplicable, porque precisamente satisfizo las condiciones que el propio régimen instituyó como indispensables para el efecto.

Es menester insistir en que en casos como el presente, a diferencia de cuando se trata de un simple afiliado, el monto de la pensión de sobrevivientes del cónyuge o compañero permanente equivale a un porcentaje en relación con la que devengaba el pensionado al momento de su deceso. Por ello en cuanto a los pensionados concierne, se transmite el mismo derecho. De suerte que si alcanzados los presupuestos de pensión y convivencia permanente la nueva normación hace más gravosa las condiciones de sus causahabientes está desconociendo su derecho a continuar regidos por la normatividad existente en ese momento.

Por todo lo dicho, ese derecho no puede restringirse al 65% del ingreso base de liquidación, como podría aparentemente entenderse del inciso final del artículo 48 de la Ley 100, que garantiza ese porcentaje cimentado en el derecho de los afiliados de "optar por una pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley... siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto". Como se ve claramente la propia Ley nueva prevé, aún en este caso, la aplicación de las condiciones establecidas en las disposiciones anteriores, sólo que para los pensionados, se reitera, no puede limitarse ese derecho al porcentaje indicado por este precepto, sino al 100% por tratarse de una sustitución pensional del mismo derecho.

Fortalecen todo lo expresado los principios jurídicos superiores, especialmente los instituidos en los textos 42, 48, 53 y 58 de la Constitución Política, que protegen al núcleo familiar, los derechos irrenunciables a la seguridad social, los derechos de los trabajadores y los derechos adquiridos. Ellos impiden la aplicación automática de la nueva exigencia a los pensionados anteriores, sin que ello suponga, en manera alguna, la creación de una excepción imprevista a la norma en cuestión, pues siendo principio de derecho universal el que los efectos emanados de una condición jurídica - para el caso concreto el status de pensionado - deban regirse por la Ley sustancial vigente cuando se consolidó (a) derecho, es ella, por tanto, la que debe hacerse obrar, por cuanto, además, así está expresamente consagrado en el artículo 11 de la propia Ley 100 de 1993, el cual para los efectos de aplicación del sistema general de pensiones dispone el respeto y conservación de los derechos nacidos conforme a normas anteriores, resaltando específicamente los que les asisten a 'quienes a la fecha de vigencia de esta Ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes . . . del Instituto de Seguros Sociales...'

Lo anterior guarda plena armonía con el artículo 272 de la misma Ley, con arreglo al cual 'El Sistema Integral de Seguridad Social establecido en la presente Ley, no tendrá, en ningún caso, aplicación cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores'.

De otro lado, como bien lo refiriera la oposición, lo que pretende el nuevo requisito introducido por la Ley 100 es evitar las convivencias precarias, fraudulentas o no inspiradas en los sólidos cimientos configurantes de un verdadero núcleo familiar, las que muchas veces surgen con el exclusivo designio de acceder a gozar de la pensión de quien está a punto de fallecer, mediante procedimientos reprobables desde todo punto de vista. Estas situaciones excepcionales, desde luego, no pueden quedar cobijadas legal ni jurisprudencialmente porque no encajan dentro de una auténtica noción de seguridad social. A diferencia de lo anterior, no puede cerrar los ojos la Corte ante la evidencia inculcable de que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se desarrollaron convivencias verdaderamente responsables y estables, acreditadas judicialmente de manera fehaciente, que aun cuando iniciadas después de la adquisición del status de pensionado, estaban protegidas por el ordenamiento jurídico entonces en vigor y tuvieron larga duración, como la del caso que ocupa la atención de la Sala de más de 11 años de vida marital, respecto de las cuales sería, además, manifiestamente inquitativo y apartado de los postulados que informan la Carta Política, la justicia, la seguridad social y el respeto de los derechos sociales consolidados antes de la vigencia de la Ley 100, desconocer la plena eficacia de los derechos de los causahabientes viudos o huérfanos desamparados por el deceso de quien era el soporte económico del núcleo familiar.

Adicionalmente, no puede hacerse abstracción del sentido mismo y finalidad de la institución de la pensión de sobrevivientes que busca pre-

disamente impedir que quien haya convivido permanente, responsable y efectivamente, y prestado apoyo afectivo a su pareja al momento de su muerte, se vea abocado a soportar aisladamente las cargas, tanto materiales como espirituales, que supone su desaparición.

Debe tenerse en cuenta que el vacío de la Ley respecto de un régimen expreso de transición de las pensiones de invalidez y sobrevivencia, no sirve de pretexto para concluir que la determinación del alcance de una disposición se apoye únicamente en la fórmula literal de un texto ambiguo, sino que debe necesariamente atender a una hermenéutica sistemática del contexto jurídico, al fin social perseguido en el momento de su elaboración y a los derechos surgidos antes de su imperio, por lo que no puede hacerse caso omiso del espíritu que orienta a las normas que rigen la pensión de sobrevivientes dentro del sistema de la Seguridad Social, en cuanto busca proteger a la persona que brindó compañía duradera y prestó asistencia al causante hasta el momento de su fallecimiento.

Finalmente, no le falta razón al magistrado del tribunal que salvó el voto de la sentencia recurrida, cuando estimó que sería absurdo que resultara más protegida legalmente la compañera permanente de un afiliado que con sólo dos años de vida marital y - agrega la Corte -, únicamente veintiséis semanas de cotización en el año anterior al deceso, que la cónyuge superviviente o la compañera permanente que antes de empezar a regir la Ley 100 hizo vida marital con el pensionado durante más de 11 años, 'habiéndolo recibido inválido y dedicándole los cuidados que necesitaba'."

Este criterio de la Sala es también aplicable al asunto analizado toda vez que las circunstancias especiales del caso así lo determinan, siendo patente que el hecho del matrimonio celebrado por la demandante y su cónyuge, el causante César Reinado Uribe Londoño, estuvo regido por una vocación de permanencia prolongada, seria y responsable.

Bajo estas consideraciones la conclusión del *ad quem* se encuentra acorde con la actual jurisprudencia de la Sala y por ello el cargo no prospera, sin embargo no se impondrán costas en el recurso puesto que no aparece constancia de que se causaran.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley NO CASA la sentencia de fecha 24 de marzo de 1999, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio seguido por María de Jesús Castro Ríos contra el Instituto de Seguros Sociales.

Sin costas.

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

Francisco Escobar Henríquez, José Roberto Herrera Vergara, Carlos Isaac Náder, Rafael Méndez Arango (Salvamento de voto); Luis Gonzalo Toro Correa, Germán G. Valdés Sánchez, Fernando Vásquez Botero.

Laura Margarita Manotas González, Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO

IMPERIO DE LA LEY

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral.

Radicación 12566

La sentencia paladinamente reconoce que es indiscutible el efecto general inmediato que tiene el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 respecto de quienes se pensionen después del 1º de abril de 1994, fecha en que entró en vigor el sistema general de pensiones creado por dicha ley, o de quienes habiéndose pensionado con anterioridad a su vigencia comienzan su relación como cónyuges o compañeros después de tal fecha; y aun que no es igualmente explícito el fallo sobre el punto, de su redacción se desprende que la mayoría de la Sala acepta que la Ley 100 de 1993 modificó las normas que antes de su vigencia regían, disponiendo hacia el futuro que si un pensionado se casa o convive con alguien de manera permanente su cónyuge o compañero no se beneficiará con la pensión de sobrevivientes.

Pero no obstante la claridad del texto legal, para la mayoría resulta impropio entender que el artículo 47 se aplica a casos en que el fallecimiento del pensionado ocurre en vigencia de la Ley 100 de 1993 y la convivencia conyugal o marital es anterior a la fecha en que empezó a regir, aduciendo "que estas circunstancias estructuraron para estos efectos un derecho adquirido" (página 8), conforme está textualmente dicho en el fallo del que me aparto, en el cual se hace la expresa aclaración de que "obviamente la pensión de sobrevivientes no se causa en vida del pensionado" (página 11).

Estas dos afirmaciones son contradictorias, pues si la sentencia que en este caso condena al Instituto de Seguros Sociales a pagar la pensión de sobrevivientes reconoce un "derecho adquirido" antes de la Ley 100 de 1993, la conclusión obvia, aunque vanamente se asienta en forma expresa lo contrario, es la de que la pensión de sobrevivientes se causó para la cónyuge en vida del pensionado, puesto que el fallo no resuelve sobre la pensión de la que disfrutó César Reinaldo Uribe Londoño desde el 7 de abril de 1987 hasta el 5 de noviembre de 1994, sino acerca de la que por haber muerto él va a comenzar a disfrutar María de Jesús Castro Ríos, con quien se casó hallándose ya pensionado.

En ese mismo párrafo donde se dice que "obviamente la pensión de sobrevivientes no se causa en vida del pensionado", se asevera que "... no resulta acomodado a derecho que una nueva normación cambie repentinamente las reglas de juego y de manera sorpresiva haga más exigentes los presupuestos o adicione otros que no existían al momento de consolidarse la condición de pensionado y compañera permanente..." (página 11).

Con franqueza debo manifestar que no entiendo cuál es el alcance y significado de esta consideración, y muchísimo menos cuál sería la disposición constitucional que impediría que una ley modifique la legislación anterior para establecer condiciones de causación de un derecho diferentes.

Dicha norma constitucional no existe, pues como tuve oportunidad de explicarlo en una aclaración de voto que hice a una sentencia en la que se afirmó que el artículo 53 de la Constitución Política consagra el denominado "principio de la condición más beneficiosa", la Corte Constitucional en la sentencia C-168/95 de 20 de abril de 1995 expresamente rechazó que el último inciso de dicho artículo estableciera algo diferente de la clásica y más que secular doctrina de los derechos adquiridos y la prohibición de que la ley los menoscabe. Para quienes defienden la tesis de que constitucionalmente se consagró la denominada "condición más beneficiosa", ello significaría que se estableció la prohibición para el legislador de cercenar las meras expectativas o simples esperanzas, que es lo único que se tiene mientras no pueda hablarse de un derecho adquirido por no haberse concretado una situación jurídica.

Es cierto que la sentencia no menciona expresamente la "condición más beneficiosa"; sin embargo, como ya antes lo dije, asienta que "... no resulta acomodado a derecho que una nueva normación cambie repentinamente las reglas de juego y de manera sorpresiva haga más exigentes los presupuestos o adicione otros que no existían al momento de consolidarse la condición de pensionado y compañera permanente...", argumentación que para mí no es más que una paráfrasis enderezada a mantener la tesis jurídica pero sin mencionar explícitamente la aludida condición; pues si no existe una norma constitucional que le impida a la ley anular o cercenar las simples expectativas, no entiendo cuál sería la razón que impediría que ella cambiara "las reglas de juego" mientras no se ha consolidado una situación que permita considerar que alguien adquirió un derecho, el cual, una vez adquirido, no puede ser desconocido o menoscabado por la nueva ley.

Como atrás lo manifesté, aquí no se discutió el derecho a la pensión que por ocho años recibió César Reinaldo Uribe Londoño, sino el derecho que le asistía a quien fue su esposa a recibir la pensión de sobrevivientes; pensión de sobrevivientes que no se establece en favor del afiliado asegurado o del pensionado, sino en favor de sus beneficiarios, y de acuerdo con los órdenes excluyentes que establece la propia ley. Por ello, mal podría decirse que el pensionado Uribe Londoño dejó causado el derecho a

la pensión de sobrevivientes en favor de su esposa, por la elemental razón de que él no era el titular de dicha pensión, pues, repito, sus titulares son los miembros del grupo familiar del pensionado o del afiliado señalados en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, según se trate de pensiones comprendidas dentro del llamado "régimen solidario de prima media con prestación definida" o del denominado "régimen de capitalización individual con solidaridad".

No debe pasarse por alto que el nacimiento de la pensión de sobrevivientes es inseparable del deceso del afiliado o pensionado, y que si bien la muerte es para éste un suceso cierto, o un plazo inexorable que ha de cumplirse, aunque indeterminado en el tiempo, para sus eventuales beneficiarios es una circunstancia que origina un derecho que podría no llegar a causarse si no lo sobreviven, o de no darse los demás requisitos que la ley exige para que puedan adquirir dicha pensión.

Aun cuando muchas son las razones que podría expresar para respaldar mi aserto de que antes de la muerte del pensionado la pensión de sobrevivientes es una mera expectativa para quienes se convierten en beneficiarios del pensionado una vez que éste fallece, y siempre que se hayan reunido las demás condiciones que la ley prevé, por lo que la pensión de sobrevivientes no es un derecho adquirido para quien con su muerte da vida al derecho que lo asiste a los beneficiarios de dicha pensión, es suficiente indicar una sola: si en verdad se tratara de un derecho adquirido por el pensionado --como se afirma en la sentencia de la que me aparto-- debería entonces ser legalmente posible pedir el reconocimiento del derecho con una condena de futuro, esto es, debería ser procedente que el pensionado (que según la sentencia es el titular del derecho, mas no su beneficiario) demandara la pensión de sobrevivientes para que fuera reconocida a sus eventuales beneficiarios después de su muerte, o que cualquiera de los beneficiarios (que de acuerdo con la sentencia no son los titulares del derecho) en vida del pensionado ejercitara la acción de pedir una condena a su favor para el caso de que él falleciera. Pero, como es apenas obvio, ambas pretensiones resultan manifiestamente infundadas e improcedentes. Este absurdo al que conduciría la tesis de la mayoría si se llevara hasta sus últimas consecuencias, me permite aseverar que se muestra ilógico el argumento construido en la sentencia para concluir contrariando lo que de manera explícita dispone el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, el cual establece que cuando la pensión de sobrevivencia se causa por la muerte del pensionado, la convivencia como cónyuges o compañeros permanentes debe ser anterior al momento en que éste cumple los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez o invalidez, y que ellos deben vivir juntos hasta cuando el pensionado muera.

Las consideraciones que hace la mayoría en la sentencia, según las cuales la ley tiene un vacío por no haber consagrado "un régimen expreso de transición de las pensiones de invalidez y sobrevivencia" (página 15), no constituyen argumento suficiente, y menos aún convincente, para de-

mostrar que judicialmente pueda llenarse ese supuesto vacío mediante el expediente de mantener en vigor una normatividad derogada por la Ley 100 de 1993.

Con el mayor respeto por la tesis jurídica de la mayoría, debo decir que está mal que esta Sala de la Corte Suprema de Justicia, que como tribunal de casación tiene el deber constitucional de defender la ley frente a fallos ilegales, argumente que como la Ley 100 de 1993 no consagró disposiciones que permitieran la supervivencia de las simples expectativas o esperanzas que tenían algunas de las personas que en las normas anteriores eran tenidas como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, hay entonces que acudir al criterio auxiliar de la equidad frente a lo expresamente dispuesto en dicha ley, aduciendo para ello que "...no puede cerrar los ojos la Corte ante la evidencia inocultable de que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se desarrollaron convivencias verdaderamente responsables y estables, acreditadas judicialmente de manera fehaciente, que aun cuando iniciadas después de la adquisición del status de pensionado, estaban protegidas por el ordenamiento jurídico entonces en vigor..." (página 14 -subrayo para destacar esta expresión-), para concluir aseverando que la nueva ley no puede desconocer "los derechos surgidos antes de su imperio" (página 15).

Me pregunto: ¿A cuáles derechos alude la sentencia de la que salvo el voto? ¿Acaso se refiere el fallo al derecho que disfrutó plenamente quien durante ocho años recibió la pensión de vejez? Si es al derecho a la pensión de vejez, es obvio que en el caso concreto de César Remaldo Uribe Londoño la Ley 100 de 1993 no le desconoció su derecho adquirido con anterioridad a su entrada en vigor, puesto que siguió recibiendo las mesadas correspondientes a su pensión hasta el 5 de noviembre de 1994 cuando falleció. Y si la sentencia se refiere al derecho adquirido de quien fuera su esposa, reitero que tal consideración resulta francamente equivocada, pues, como arriba lo explique, el derecho a ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de María de Jesús Castro Ríos sólo hubiera podido nacer a la vida jurídica a la muerte de quien fuera su esposo; pero como el deceso del pensionado Uribe Londoño se produjo en vigencia de la Ley 100 de 1993, se frustró la expectativa o esperanza de adquirir la pensión porque el caso quedó regulado por el artículo 47 de la misma, siendo por consiguiente manifestamente contraria la sentencia a lo que el legislador claramente dispuso en tal norma.

Los jueces deben siempre resolver según la ley y aplicar las normas jurídicas vigentes; por tal razón, y aunque se funden en tesis jurídicas muy respetables desde un punto de vista meramente teórico, no están autorizados para dejar de aplicar la ley por parecerles inconveniente o injusta, según su personal opinión. Para garantizar la seguridad jurídica los casos sometidos a la decisión de los jueces deben ser resueltos por éstos conforme al derecho vigente, sin que importe la propia opinión del magistrado acerca de la justicia o conveniencia de las leyes vigentes, ya que la equidad no puede aducirse como fundamento para desvirtuar el

derecho positivo vigente, so pretexto de suplir una laguna legal, pues es precisamente esa ley la que por ministerio de la Constitución Política están obligados los jueces a imponer. Este deber cobra especial importancia social cuando el juez es la Corte Suprema de Justicia, dada la repercusión que sus fallos tienen.

Conforme lo expliqué cuando se discutió el asunto, la decisión que aquí se adopta reproduce *in extenso* los criterios expresados en la sentencia de 17 de abril de 1998 (Rad. 10406), fallo respecto del cual salvé el voto. Y es por ello que, para ser consecuente con mi posición, y dado que no he variado el criterio, deba en esta ocasión repetir lo que antes dije.

Sin embargo, no está de más recordar que le he insistido a la mayoría que el asunto sea mirado a la luz de las normas de transición que trae la Ley 100 de 1993, para de esta manera, en cada caso, buscar si es o no posible entender que la situación se encuentra regulada por el régimen transitorio.

Rafael Méndez Arango.

SOCIO
CONTRATO DE TRABAJO
Inexistencia

LIBRE FORMACION DEL CONVENCIMIENTO

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral - Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Doctor *José Roberto Herrera Vergara*

Referencia: Expediente No. 12626

Acta No. 46

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Raúl Bernardo Trujillo Escobar contra la sentencia de fecha 13 de abril de 1999, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio seguido por el recurrente contra Tejidos Tecaltex Ltda. y Otro.

I. ANTECEDENTES

Ante el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín, Raúl Bernardo Trujillo Escobar demandó a Tejidos Tecaltex Ltda. y a Jorge Alonso Morales Gómez para que previos los trámites del proceso ordinario laboral de primera instancia, se les condenara a pagar solidariamente cesantías, intereses sobre cesantías, prima de servicios, vacaciones, sanciones por el no pago de prestaciones sociales e intereses a las cesantías, por la no consignación oportuna de las cesantías en un fondo, indexación y costas del proceso.

Las afirmaciones del actor en la demanda se sintetizan así:

Celebró con la sociedad demandada un contrato de trabajo a término indefinido el día 5 de noviembre de 1995, el cual terminó por renuncia suya el día 30 de abril de 1997; al momento de la terminación del contrato de trabajo desempeñaba el cargo de Gerente de Ventas con un horario de trabajo de 7.30 a.m. a 12.00 m y de 2.00 a 6.00 p.m.; el salario devengado durante toda la relación laboral fue de \$1.300.000,00 pesos mensuales; ni durante la relación laboral, ni a la terminación del contrato de trabajo, le fueron pagadas sus prestaciones sociales, ni sus vacaciones.

Los demandados en la contestación de la demanda, manifestaron que el demandante nunca fue trabajador de la empresa, fue socio con derecho a utilidades y por ello no existió relación laboral alguna, sino un vínculo contractual en calidad de socio, sin derecho a prestaciones sociales. En cuanto a los otros hechos solicitó su prueba por parte del demandante. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, y propuso las excepciones de carencia de competencia del juez laboral, inexistencia de la obligación, prescripción, mala fe, enriquecimiento ilícito.

El juzgado del conocimiento, mediante sentencia de fecha 3 de febrero de 1999, absolvió a los demandados de las pretensiones intentadas en la demanda y condenó en costas al demandante.

II.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Por consulta conoció el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, que mediante sentencia del 13 de abril de 1999, confirmó la del juzgado y no condenó en costas.

Consideró el tribunal que en la actuación quedó plenamente establecido que el libelista constituyó la sociedad demandada con el señor Jorge Alonso Morales G., quien figuraba como Gerente, mientras que el demandante lo hacía como Subgerente. Que es cierto que el actor desempeñó algunas labores en la demandada, pero que eran las propias de un socio, sin que en manera alguna hubiera estado subordinado a la demandada. Que las consignaciones, por el presunto salario, las hacía el mismo demandante, sin que se sepa si los cheques eran consignados por la demandada.

Con fundamento en esas breves consideraciones, concluyó, que no se acreditó la existencia de contrato de trabajo, y por consiguiente no hay lugar al reconocimiento de prestaciones sociales.

III.- RECURSO DE CASACIÓN

Inconforme el apoderado del demandante, interpuso recurso de casación, el cual, concedido por el tribunal y admitido por esta Sala se procede a resolver. No hubo escrito de réplica.

Pretende el recurrente se case totalmente la sentencia impugnada, y en sede de instancia se revoque la del juzgado acogiendo todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Para ello formuló un solo cargo así:

"ACUSO la sentencia de segunda instancia de ser violatoria por vía indirecta, de las siguientes normas de derecho sustancial: Artículos 36, 65, 186, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo; artículos 98 y 99 de la Ley 50 de 1990; artículo 1 de la Ley 52 de 1975; artículo 1, 2, 4, y 5 del D.R. 116/76, como consecuencia del evidente error de hecho en que incurrió el *ad quem* por la apreciación errónea de las pruebas de folios 97 al

103 que son las consignaciones en la cuenta corriente del demandante en Bancalcé de los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio y septiembre de 1996 y abril de 1997 y folio 41 que es la carta del demandante del 30 de marzo de 1997 dirigida al gerente de la demandada y por la falta de apreciación de las siguientes pruebas: folio 40 acta No. 7 de la sociedad demandada; folio 7 carta del 9 de abril de 1997 del gerente de la sociedad demandada al Banco Cafetero; folio 4 solicitud de vinculación para el demandante al ISS; folios 5 y 6 autoliquidación mensual de aportes al sistema de Seguridad Social Integral de la empresa demandada; folio 75 certificación del 22 de diciembre de 1998 del I.S.S., sobre afiliación del demandante; folios 79 al 96 extractos de la cuenta corriente del demandante; folios 56, 57 y 58 confesión de la parte demandada del día 25 de junio de 1996; respuesta al hecho segundo de la demanda: folios 28 al 37 escritura pública No. 5.504 del 6 de octubre de 1994 de la Notaría 4 de Medellín; folios 60, 61 y 62 testimonio del señor José María Ruiz Palacio; folios 63 y 64 testimonio del señor Oscar Cardona Osorio y folios 71 y 72 testimonio del señor Diego Antonio Agudelo".

En la demostración del cargo manifestó que las consignaciones visibles a folios 97 a 103 del expediente, son documentos auténticos, no tachados de falsos luego de haber sido puestos en conocimiento de las partes en legal forma, y en los cuales consta que el demandante recibía como salario la suma de \$1.300.000,00 pesos mensuales. Además, tampoco consta en dichos documentos que el actor hacía las consignaciones personalmente, pues solo en el folio 99 aparece "R. TRUJILLOS", pero en ninguna de las consignaciones figura como consignada por el señor Raúl Bernardo Trujillo; y en el supuesto caso de que así hubiera sido, es decir que el actor consignara directamente esos dineros, ello no desvirtúa que realizara labores en la sociedad demandada en cumplimiento de un contrato de trabajo, es decir bajo subordinación. Anotó, que tampoco se exigía que los cheques hubieran sido expedidos por la sociedad demandada, pues lo que realmente interesa, es saber si fueron entregados por la demandada como pago del salario del demandante, como efectivamente ocurrió y se demostró dentro del proceso. Como el Tribunal, dedujo de dichas pruebas que las labores eran las propias de un socio, y se demostraba la ausencia de subordinación, incurrió en un manifiesto error de hecho en su apreciación.

En cuanto al documento del folio 41 del expediente, la carta del demandante donde renuncia del cargo de Subgerente, señaló que la aprecia erróneamente, pues una cosa es la representación subsidiaria que tenía el actor como Subgerente de la sociedad, y otra muy distinta la calidad de trabajador de la misma, en el cargo de Gerente de Ventas, al cual no renunció; todo lo cual se encuentra corroborado por el acta No. 7 de la reunión extraordinaria de socios de la empresa demandada, del 21 de abril de 1997, en cuyo orden del día aparecían los temas de renuncia y nombramiento del suplente del gerente y la venta de las cuotas o partes de interés social, sin tomar para nada el tema laboral, en atención a no ser competencia de una junta extraordinaria de socios. Todo lo anterior lo

llevó a confundir la renuncia del cargo de suplente del gerente, con la renuncia verbal al trabajo que desempeñaba como Gerente de Ventas.

Incorre también el *ad quem* en protuberante error de hecho al no apreciar las siguientes pruebas: a) La carta de la empresa al Banco Cafetero, reconocida por el representante legal de la misma en el interrogatorio de parte, donde se manifiesta que el señor Raúl B. Trujillo E., trabaja en la empresa como Gerente de Ventas, con una asignación mensual de un millón trescientos mil pesos (\$1.300.000,00). b) Los documentos relacionados con la afiliación y autoliquidación mensual de aportes del actor al Seguro Social, no tachados de falsos y reconocidos en el Interrogatorio de parte por el representante legal de la sociedad demandada, en los cuales consta el vínculo laboral en el cargo de Gerente de Ventas; y todo lo anterior en armonía con la certificación expedida por el ISS, por solicitud que se le hiciera dentro del proceso, que posee la calidad de documento auténtico y no tachado de falso. c) Los documentos de los folios 79 a 96, los extractos de la cuenta corriente del demandante, que no fueron apreciados por el tribunal, y en los cuales se prueba el ingreso a su cuenta de la suma de \$1.300.000,00, que corresponde a su salario, como lo había reconocido la sociedad demandada en la carta de fecha 9 de abril de 1997; con lo que se acredita la existencia del vínculo laboral, el salario y la fecha de la desvinculación. d) Tampoco apreció la confesión del representante de la sociedad demandada, a pesar de cumplir con todos los requisitos legales para ser tenida en cuenta, donde se deja constancia de que las labores que desempeñaba el señor Trujillo no eran las propias de un socio, sino las de un verdadero trabajador que se encuentra subordinado, como las de vender, atender clientes, contestar llamadas, hacer facturas, estar pendiente de materias primas y empaquetar. Además si esas funciones eran propias de los socios o del subgerente, el actor debió desempeñarlas desde la constitución de la sociedad, esto es el 6 de octubre de 1994, época para la cual se encontraba trabajando en Eduardoño, a pesar de que figuraba como suplente del gerente, con un aporte en dinero, sin la obligación de contribuir con sus conocimientos, industria o esfuerzo personal, como consta en la escritura de constitución de la sociedad, documento tampoco apreciado por el fallador de segunda instancia, al igual que los estatutos de la misma donde aparecen las funciones del gerente, entre ellas las administrativas y dispositivas, las que siempre fueron desempeñadas por el señor Jorge Alonso Morales Gómez. En los mismos estatutos se reglamentó lo referente a utilidades y pérdidas, en la oportunidad, forma y cuantía que determine la junta de socios, organismo que no lo hizo en ningún momento o por lo menos no existe prueba de ello en el expediente; así lo reconoció la demandada en el interrogatorio de parte. De lo anterior se concluye que los pagos hechos al demandante no correspondían a reparto de utilidades sino a salario.

Por último, se refirió a los testimonios de José María Ruiz Palacio, Oscar Cardona Osorio y Diego Antonio Agudelo, de los cuales considera se desprende la actividad personal y la continua subordinación del de-

mandante, como elementos de una relación laboral, que no fueron apreciados por el tribunal en su fallo.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Sea lo primero señalar que esta Sala, de manera reiterada ha manifestado, que cuando un cargo en casación se formula por la vía del error de hecho, es deber ineludible del recurrente enunciar las equivocaciones que le atribuye al fallador; y en el presente caso el censor se limita a acusar la sentencia de ser violatoria por vía indirecta de normas de derecho sustancial, "...como consecuencia del evidente error de hecho en que incurrió el *ad quem* por la apreciación errónea de las pruebas..." (Folio 8 del cuaderno de la Corte). Es decir, no indica de manera precisa cuál fue el error de hecho que le atribuye al tribunal.

En cuanto a las pruebas que considera mal apreciadas el recurrente:

1.- Las consignaciones realizadas en la cuenta corriente del demandante. Por el solo hecho de que en una cuenta corriente durante un determinado tiempo se realicen unas consignaciones por igual cantidad, no significa de manera inobjetable que se trata del pago de un salario; pues como se dice en la sentencia acusada, no se sabe de manera cierta quién expedía o giraba dichos cheques. Por lo tanto, no es posible afirmar que se trate de un error con las características que exige la ley laboral, para casar una sentencia.

2.- En cuanto a la carta por medio de la cual el actor presentó renuncia del cargo de Subgerente, el tribunal no hizo otra cosa sino darle la interpretación natural y obvia que se desprende de su texto. En ella se lee "Aprovecho la oportunidad para presentar mi renuncia al cargo de subgerente que he venido desempeñando." (Folio 41 del expediente).- No tiene pues asidero en el expediente la argumentación de la censura en cuanto a que hubo dos renunciaciones, esa al cargo de subgerente, y otra verbal al cargo de gerente de ventas. No incurrió por consiguiente el *ad quem* en el error que se le endilga y mucho menos con el carácter de ostensible.

3.- En lo que concierne a la carta dirigida al Banco Cafetero, la afiliación al ISS, la autoliquidación mensual de aportes y la certificación del mismo instituto, si bien podría aceptarse que constituyen "indicios" de la existencia de la relación laboral, conviene precisar que como actualmente la vinculación a la seguridad social también puede darse respecto de los trabajadores autónomos o independientes, el hecho de la afiliación no conduce fatalmente a deducir un nexo contractual laboral, por sí misma, además de que la prueba indiciaria no es apta para fundar un desacierto evidente. Por el contrario, consta en el expediente la razón por la cual se hizo dicha afiliación, la de favorecer al demandante, quien ya con anterioridad había cotizado al sistema de seguridad social. Y la suma por la cual se cotizaba era por un millón de pesos (\$1.000.000,00), inferior a la que supuestamente se le pagaba por concepto de salario. No se puede entonces afirmar en un recurso extraordinario como el de casación que

parte de la presunción del acierto del fallo acusado, que los documentos mencionados per se acrediten de manera fehaciente el vínculo laboral.

4.- Consideró el censor como no apreciados los extractos de la cuenta corriente del actor, en los cuales figuran las consignaciones de las sumas de dinero correspondientes a los salarios. Lo mismo que se dijo en cuanto a los volantes de las consignaciones, se pudo aplicar a las presentes pruebas, en atención a que con ellas se demuestra ciertamente el movimiento de una cuenta corriente durante un determinado tiempo, sin que por ello se pueda deducir que se trata del pago de unos salarios y mucho menos que se trata de una relación de naturaleza laboral, que genere la obligación de pagar salarios y prestaciones sociales. Por lo tanto, si el tribunal no los tuvo en cuenta, por ello no incurrió en un error de hecho, al no ser prueba decisiva en la solución de la controversia.

5.- Igual reparo de falta de apreciación se le hace a la confesión del representante de la sociedad demandada, en el interrogatorio de parte. Desde la contestación de la demanda, los demandados negaron el carácter laboral de la relación con el actor, y siempre sostuvieron que se trataba de un socio de la sociedad. Aun cuando en el interrogatorio de parte no se reafirma con el mismo énfasis esa negativa, lo cierto es que en su contexto tampoco se advierte de modo manifiesto que se haya admitido o confesado la subordinación invocada por la parte actora.

6.- En cuanto a la escritura pública de constitución de la sociedad, no es cierto que el tribunal no la apreció, pues el fundamento básico del fallo atacado se encuentra precisamente en esa escritura cuando dijo: "En la actuación quedó plenamente establecido que el libelista, constituyó la sociedad demandada con el señor Jorge Alonso Morales G. quien ofició como Gerente de Tejidos Tecaltex Ltda. mientras que el libelista figuró con el cargo de Subgerente." (Folio 134 del expediente). De dicho hecho dedujo que el actor no había sido trabajador de la sociedad demandada, sino socio, y por consiguiente sus actividades tenían origen en el contrato de sociedad y no en un contrato de trabajo.

7.- Los estatutos, en especial el punto de retiro de utilidades, no son suficiente prueba de la naturaleza de los supuestos pagos hechos al demandante. La circunstancia de que sea la junta de socios la que determine la oportunidad, forma y cuantía del retiro de utilidades, no es determinante inexorable de naturaleza salarial del nexo que existió entre las partes o que éste necesariamente adquiriera por ese solo hecho obligada connotación de un contrato o relación de trabajo. Además, en principio el retiro de utilidades es indicativo de una sociedad.

8.- Le asiste razón al impugnante cuando afirma que la jurisprudencia ha permitido el examen de medios de convicción distintos al documento auténtico, confesión judicial o inspección ocular, cuando previamente se demuestra la ocurrencia del error manifiesto sobre las pruebas calificadas. Como ello aquí no ha ocurrido, la Sala se abstiene de entrar al estudio de los testimonios citados en el cargo.

Finalmente, cabe recordar, que es posible jurídicamente, que el socio de una sociedad, sea al mismo tiempo trabajador de ella, pero para que así sea se requiere que los elementos de una y otra vinculación se den de manera nítida e independiente, lo cual no ocurre en el sub examine, en el que razonablemente el tribunal descartó la existencia de una subordinación continuada entre las partes al darle prelación a unas pruebas sobre otras, para lo cual gozan legítimamente de facultades los juzgadores de instancia.

Por las consideraciones anteriores el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de fecha 13 de abril de 1999, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio seguido por Raúl Bernardo Trujillo Escobar contra Tejidos Tecaltex Ltda. y Otro.

Sin costas en el recurso.

Cópiense, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al Tribunal.

José Roberto Herrera Vergara, Francisco Escobar Henríquez, Carlos Isaac Náder, Rafael Méndez Arango, Luis Gonzalo Toro Correo, Germán G. Valdés Sánchez, Fernando Vásquez Botero.

Laura Margarita Manotas González, Secretaria

VIOLACION DE LA LEY SUSTANCIAL

REINTEGRO Inconveniencia

ERROR DE HECHO

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral. Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Germán G. Valtés Sánchez

Radicación No. 12715

Acta No. 46

Resuelve la Corte el recurso de casación que interpuso la Corporación Educativa Mayor del Desarrollo Simón Bolívar contra la sentencia del Tribunal de Barranquilla, dictada el 16 de abril de 1999 en el juicio ordinario laboral que promovió Carlos Eduardo Vargas Arias contra la Corporación recurrente.

ANTECEDENTES

Carlos Eduardo Vargas Arias demandó a la Corporación para obtener el reintegro, el pago de los salarios dejados de percibir y la declaración de continuidad del contrato. Demandó, en subsidio, reajuste de cesantía, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa e indemnización moratoria.

Para fundamentar las pretensiones afirmó que se vinculó mediante contrato de trabajo a término indefinido y prestó servicios desde el 1° de mayo de 1979 hasta el 15 de diciembre de 1992; que en el último año devengó un salario de \$136.130.00 mensuales, el salario promedio mensual fue de \$196.224.00, en tanto que la cesantía se liquidó con un salario de \$130.457.00; que fue despedido sin justa causa e ilegalmente, no cometió las faltas invocadas y no recibió el preaviso a pesar de que se invocaron las causales 9 y 10 del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965; y que estuvo afiliado al sindicato de profesores de la Universidad, por lo que tiene derecho a la aplicación de la convención colectiva.

La Corporación universitaria admitió parcialmente los hechos, se opuso a las pretensiones alegando que el contrato terminó por justa causa e

invocó las excepciones de cosa juzgada, inexistencia de la obligación, pago y prescripción.

El Juzgado Segundo Laboral de Barranquilla, mediante sentencia del 30 de mayo de 1995, condenó a la Corporación a reintegrar al demandante al cargo que desempeñaba al momento del despido y al pago de los salarios dejados de percibir, con los aumentos legales y convencionales; de otro lado, la autorizó a descontar la suma de \$213.224.00 y le impuso las costas.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Apeló la parte demandada y el Tribunal de Barranquilla, en la sentencia aquí acusada, confirmó la del Juzgado.

Dijo el Tribunal:

"El numeral 2° del artículo 22 del Decreto 2631 de 1991 dispone que 'Los documentos declarativos emanados de terceros se estimarán por el Juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contra la cual se aducen solicite su ratificación de manera expresa'. Mas esa disposición en ningún momento libera o releva a los documentos emanados de terceros del presupuesto de autenticidad, esto es, que lo que emana de tales documentos guarda correspondencia verdadera con la realidad. Certidumbre que sólo se adquiere cuando el juzgador tiene plena convicción respecto a la persona que ha elaborado, manuscrito o firmado tales documentos. Y esa certeza es predicable respecto de los documentos privados emanados de terceros solamente cuando se dan algunas de las circunstancias expresamente relacionadas en los cinco numerales del inciso dos del artículo 252 del C. de P.C., modificado por el Decreto 2282 de 1989, no es necesaria la ratificación de su contenido mediante las formalidades establecidas para la prueba de testigos como lo prevé el numeral 2° del artículo 277 ibídem, a menos que la parte contra la cual se aducen tales documentos lo solicite expresamente, por haber relevado el numeral 2° del Decreto 2651 de 1991 de la formalidad de la ratificación a los mencionados documentos.

"Si se examinan los documentos emanados de terceros que reposan a folios 24 a 76, aducidos al proceso por la parte demandada, se puede apreciar que ninguno de ellos fue reconocido ante juez o notario por las personas que aparecen suscribiéndolo, ni hay prueba en el proceso que acredite que judicialmente se haya ordenado tener los mismos por reconocidos por quienes aparecen firmándolos, o que quienes los suscriben hayan solicitado su inscripción en un registro público. Por lo que el juzgador no tiene certeza sobre la persona que los ha elaborado, manuscrito o firmado.

"Al no tener el carácter de auténtico los anteriores documentos privados emanados de terceros, carecen de valor probatorio. En consecuencia, no hacen fe de su otorgamiento, de su fecha, de las personas que aparecen suscribiéndolos, ni de su contenido (art. 279 del C. de P.C.)."

Más adelante dijo:

"Es más, del mismo texto de la Carta de despido aflora la injusticia del mismo, toda vez que los cargos que ahí se endilgan al actor no son concretos, claros y precisos en sus circunstancias de tiempo, modo y lugar como lo exige el recto entendimiento del párrafo del artículo 62 del C.S.T., modificado por el artículo 7° del Decreto Ley 2351 de 1965, cuando prevé que "La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no puede alegarse válidamente causales o motivos diferentes".

"En efecto en la carta de despido se señala que al actor se le cursaron numerosas llamadas de atención por escrito, con copia a su hoja de vida, en las cuales se le pedía dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales, sin que hubiésemos logrado de su parte una mejora en su comportamiento ni el acatamiento a las normas de la universidad y de sus directivas. Más, no se indican cuáles fueron esas llamadas de atención, ni cuándo se suscitaron, ni qué obligaciones contractuales fueron las desatendidas por el accionante, ni cuáles fueron las normas y directivas de la universidad que desacató el trabajador despedido.

"Se habla también en la carta de despido de que el trabajador demandante fue citado por el señor Decano de la Facultad, en varias ocasiones, a reuniones de orden académico, sin que las hubiese atendido sin causa justificada, pero no se especifican las reuniones académicas a la que fue citado el actor y tampoco se hace mención a cuándo se convocaron esas reuniones.

"Se manifiesta en la carta de despido que el demandante no hizo entrega de los documentos exigidos por la Oficina de Personal sin razones valederas, pero no se precisa cuáles fueron los documentos que no fueron entregados por aquél.

"Se le endilga al docente despedido que sin autorización procedió a dictar una asignatura totalmente diferente a la que la universidad le había asignado, sin embargo, no se expresa cuál fue la cátedra asignada a dicho profesor y mucho menos cuál fue la que efectivamente dictó éste.

"Asegura que el docente se dirigió en términos desobligantes e injuriosos a sus alumnos, sin determinar exactamente cuáles fueron esos términos.

"Finalmente, se sostiene que el actor en ocasiones suspendió a mutuo propio (sic) sus actividades de docente, pero no se indica la época en que ello ocurrió.

"(...)".

Sobre ese particular la sentencia hace un examen de los diferentes aspectos que contiene la comunicación de despido.

EL RECURSO DE CASACIÓN

Lo interpuso la parte demandada. Pretende de manera principal que la Corte case totalmente la sentencia impugnada y que en sede de instancia proceda en forma principal a revocar en todas sus partes la del *quo* y en consecuencia a absolver a la demandada. De manera subsidiaria aspira a que se le condene por la indemnización por la terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo y exclusivamente por ella.

Con ese propósito la Corporación recurrente presenta dos cargos contra la sentencia del Tribunal, que no fueron replicados.

Primer cargo.

Acusa al Tribunal por violar directamente por interpretación errónea el artículo 22, numeral 2° del Decreto 2651 de 1991, en relación con los artículos 25 del mismo Decreto 252, numeral 3° del CPC, modificado por el 1°, numeral 115 del Decreto 2282 de 1989, 277 del Código citado, modificado por el Decreto 2282 de 1989, reforma 124, y los Artículos 61 y 145 del CPL, violación que condujo a quebrantar por aplicación indebida los artículos 7° (literal a, numerales 5 y 6) y 8° del Decreto 2351 de 1965, así como los Artículos 58, numeral 1 y 60 numeral 5 del CST.

Para la demostración dice:

"Las pruebas documentales a las cuales, el *ad quem* les negó todo valor probatorio son las que aparecen a folios 26 a 76 del expediente.

"El error jurídico en que incurrió el *ad quem* lo dejó plasmado en su sentencia cuando afirmó: "... Si se examinan los documentos emanados de terceros que reposan a folio 26 a 76, aducidos al proceso por la parte demandada, se puede apreciar que ninguno de ellos fue reconocido ante Juez o Notario por las personas que aparecen suscribiéndolo, ni hay prueba en el proceso que acredite que judicialmente se haya ordenado tener los mismos por reconocidos por quienes aparecen firmándolos, o que quienes los suscriben hayan solicitado su inscripción en su registro público. Por lo que el juzgador no tiene certeza sobre la persona que los ha elaborado, manuscrito o firmado".

"Al no tener el carácter de auténtico los anteriores documentos privados emanados de terceros carecen de valor probatorio ..." (folio 278).

"En la anterior transcripción se observa con claridad meridiana el error jurídico que se le endilga al Tribunal al quitarle todo valor probatorio a la prueba documental arrimada por la parte demandada al expediente y que obran a folios 26 al 76, por carecer ella del requisito de autenticidad, requisito que en ninguna parte consagra el artículo 22 inciso 2°, del Decreto 2651 de 1991, antes por el contrario dicha disposición establece que los documentos declarativos se estimarán por el Juez sin necesidad de ratificar su contenido (subrayo), estimación que obviamente se refiere a su contenido y firma.

"No desconoció el Tribunal la prueba documental que obra a folios 26 al 76 del expediente, pero le quitó todo su valor probatorio porque según el Tribunal hacía falta el requisito del reconocimiento para que fuesen considerados o valorados dentro del proceso. Así, de esa manera, infringió en forma directa el numeral 2° del artículo 22 del Decreto 2651 de 1991, en relación con el artículo 25 del mismo decreto.

"Fue desacertada la actividad interpretativa del *ad quem* sobre la anterior norma, regulativa de la valoración de la prueba documental, toda vez que el numeral 2° del artículo 22 y el artículo 25 del Decreto 2651 de 1991 no consagran la necesidad de ratificación del contenido de la prueba documental arrimada a un proceso, ni la necesidad de autenticarlos pues, antes por el contrario, lo que prevén es la obligación perentoria del juez de estimarlos sin necesidad de ratificar su contenido, a menos que la parte contra la cual se aducen solicite su ratificación de manera expresa, hecho que no sucedió dentro del proceso, al decir o interpretar que: "... Mas esa disposición en ningún momento libera o releva a los documentos emanados de terceros del presupuesto de autenticidad ..." (folio 277 lo subrayado es mío), requisito este que por ninguna parte consagra la disposición interpretada erróneamente.

"Al respecto esa Honorable Corporación dijo: "... Hoy, en cambio, el principio rector de la 'buena fe' consagrado en el artículo 83 de la actual Constitución Política adquirió un sitial sobresaliente en el nuevo ordenamiento sustancial y procesal, y tuvo desarrollo fidedigno en el Decreto 2651 de 1991, inspirado además en la concepción de la imperiosa necesidad de descongestión judicial y armonizado con los postulados de lealtad y celeridad procesal, lo que se tradujo en la práctica, al menos en cuanto a los documentos emanados de las partes, en la eliminación en principio de esas ratificaciones o cotejos ejercidos por las diferentes autoridades y el traslado a las 'partes' de la facultad de aceptar o tachar esos documentos aportados en tales condiciones para su validez ...".

"El contenido de las normas traídas a colación enseña que a partir de 1991, en salvaguarda de los elevados valores y principios superiores, los documentos presentados por las partes en el proceso, sin distinción de si son originales o reproducciones mecánicas, se reputarán auténticos; porque así lo dice nitidamente el precepto legal aplicable y la 'salvedad o excepción' la refiere expresa y exclusivamente a dos eventos: a) los poderes otorgados a los representantes judiciales y b) los documentos emanados de terceros. Ello no es óbice para que la parte contra quien se hace valer, en el evento de no corresponder a la verdad o no estar seguro de su autoría o contenido, en ejercicio de los principios de contradicción y publicidad de la prueba, quede facultada para solicitar su cotejo con el original, o a falta de éste con una copia auténtica expedida con anterioridad a aquella ..." (Sentencia de Casación, marzo 8 de 1999, Radicación 11.010, Magistrado Ponente Dr. José Roberto Herrera Vergara).

"Fue de tal transcendencia el error en que incurrió el *ad quem* por no darle valor a la prueba documental que obra a folios 26 al 76 del expe-

diente, que lo llevaron a aplicar en su sentencia, indebidamente, las normas sustanciales citadas en el encabezamiento de la censura'.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La vía directa no es la adecuada para la formulación del cargo, pues si bien el Tribunal no le concedió eficacia probatoria alguna a los documentos de los folios 24 a 76 basado exclusivamente en el examen de normas jurídicas probatorias, también hizo una consideración de carácter puramente fáctico, como es la relacionada con la injusticia del despido que derivó de la propia comunicación mediante la cual la Universidad terminó unilateralmente el contrato.

En efecto el Tribunal, después de pronunciarse sobre la ineficacia de los citados documentos, dijo:

"Es más, del mismo texto de la Carta de despido aflora la injusticia del mismo, toda vez que los cargos que ahí se endilgan al actor no son concretos, claros y precisos en sus circunstancias de tiempo, modo y lugar como lo exige el recto entendimiento del párrafo del artículo 62 del C.S.T., modificado por el artículo 7° del Decreto Ley 2351 de 1965, (...)"

Dentro de un orden lógico, el primer examen de la cuestión litigiosa debe recaer sobre este tema de la comunicación del despido, puesto que si ella no cumple con lo dispuesto en el párrafo del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, sobra cualquier consideración respecto de los hechos que de manera genérica, y por lo mismo contraria al derecho de defensa, ha invocado el empleador. Esto significa que, como el soporte fundamental de la sentencia es la ilegalidad del despido por haber incumplido la Universidad el mandato legal citado, y ello tiene una esencia básicamente fáctica y probatoria, el otro apoyo de la decisión, relativo a la admisibilidad de la prueba de los hechos consignados en la carta de despido, que pretendieron demostrarse con los documentos de folios 24 a 76, apoyado según el texto de la sentencia en una consideración puramente jurídica y no probatoria, no podía plantearse en casación de manera independiente sin haber demostrado que el Tribunal incurrió en un error manifiesto al apreciar la comunicación de despido.

El cargo, por tanto, es ineficaz.

Segundo Cargo

Denuncia la violación indirecta por aplicación indebida del artículo 6° letra h), artículo 7° letra a) numeral 6° y párrafo final, artículo 8° numerales 4 y 5 del Decreto 2351/65 en relación con los artículos 61 y 145 del C.P.L., artículo 252 del C.P.C. modificado por el artículo 1° del Decreto 2282 de 1989, regla 267, artículo 277 C.P.C. modificado por el Decreto 2282/89 reforma 124, artículos 22 y 25 del Decreto 2651/91.

Afirma que la violación de la ley fue consecuencia de la comisión de los siguientes errores de hecho:

"1° No dar por demostrado, estándolo, que el contrato de trabajo terminó en forma unilateral pero con justa causa.

"2° No dar por demostrado, estándolo, que las faltas en que incurrió el trabajador constituyeron una violación grave de sus obligaciones y prohibiciones y por ende motivo de terminación del contrato de trabajo con justa causa.

"3° No dar por demostrado, estándolo, que las causas que originaron la cancelación del contrato de trabajo en forma unilateral pero con justa causa del señor Carlos Eduardo Vargas Arias fueron consignadas de manera precisa en la comunicación de fecha 15 de diciembre de 1992.

"4° No dar por demostrado, estándolo, que el trabajador conoció los motivos y causales por los cuales se le canceló su contrato de trabajo en forma unilateral pero con justa causa.

"5° No dar por demostrado, estándolo, que la empresa si probó las justas causas que originaron la cancelación del contrato trabajo del Doctor Carlos Eduardo Vargas Arias en forma unilateral pero con justa causa.

"6° No dar por demostrado, estándolo que existieron incompatibilidades entre las partes que hacen a todas luces desaconsejable el reintegro.

"7° Dar por demostrado, sin estarlo, que las documentales que obran a folios 24 a 76 del expediente provienen de terceros.

"8° No dar por demostrado, a pesar de estarlo, que las documentales que obran a folios 24 a 76 del expediente, emanan de la parte demandada y no de terceros".

Sostiene que los errores de hecho fueron consecuencia de la falta de apreciación de los documentos de folios 26 a 76 y de la errada apreciación de la carta de despido de folios 6 a 8.

Para la demostración del cargo dice:

"Incurrió el *ad quem* en error evidente de hecho cuando en su sentencia afirmó que:

"... Si se examinan los documentos emanados de terceros que reposan a folios 24 a 76, aducidos al proceso por la parte demandada; se puede preclar (sic) que ninguno de ellos fue reconocido ante juez o notario por las personas que aparecen suscribiéndolo, ni hay prueba en el proceso que acredite que judicialmente se haya ordenado tener los mismos por reconocido por quienes aparecen firmándolos, o que quienes los suscriben hayan solicitado suscripción en un registro público. Por lo que el juzgador no tiene certeza sobre la persona que los ha elaborado, manuscrito o firmado ...".

"El error del *ad quem* consistió en considerar que las documentales que obran a folios 24 a 76 del expediente eran documentos emanados de

terceros y si los hubiese aprehendido, habría encontrado que las documentales que obran a folios 24 a 25 del expediente contienen la carta de despido firmada por el Jefe de Personal de la Corporación; la documental que obra a folio 26 del expediente es la citación que la Corporación Educativa Mayor del Desarrollo Simón Bolívar le hace al Doctor Carlos Vargas para que acuda a la Comisión de Asuntos y Reclamos del Sindicato de Profesores; la que obra a folio 27 del expediente es un informe del Director y Secretario Ejecutivo de la Universidad, dirigido al Decano de la Facultad de Derecho, informándole la inasistencia del Doctor Carlos Vargas al Consultorio Jurídico de la Universidad; las documentales que obran a folios 28 a 45 del expediente son los controles de asistencia de los meses de agosto a octubre de 1992 de la Facultad de Derecho, Consultorio Jurídico; de la Corporación Educativa Mayor del Desarrollo Simón Bolívar, debidamente firmados por el Director y Secretario Jurídico del Consultorio Jurídico de dicha facultad y en donde consta la inasistencia del Doctor Carlos Vargas durante esos meses al Consultorio Jurídico de la Universidad. La documental que obra a folio 46 del expediente contiene una comunicación que el Director y Secretario Ejecutivo de la Universidad, le dirigen al Decano de la Facultad de Derecho de la Corporación Educativa Simón Bolívar. También estos mismos funcionarios de la Universidad Simón Bolívar suscribieron las documentales que obran a folios 54 y 57 del expediente, dirigidos al Decano de la Facultad de Derecho de la Corporación Educativa Mayor del Desarrollo Simón Bolívar, las documentales a folios 58 y 59 dirigidas al Doctor Carlos Vargas; la documental que obra a folio 49 del expediente contiene la carta que el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad le envía al Doctor Carlos Vargas recordándole la obligación contractual que tiene de asistir puntualmente a las labores académicas. En igual sentido y firmadas por el mismo Decano de la Facultad de Derecho de la Corporación Educativa Mayor del Desarrollo Simón Bolívar y dirigidas al Doctor Vargas, encontramos las documentales que obran a folios 50 a 53, 55, 56, 60, 61 y 63 a 68 del expediente. La documental que obra a folio 62 del expediente está firmada por el Jefe de Personal de la Corporación Educativa Mayor del Desarrollo Simón Bolívar y dirigida al Doctor Carlos Vargas y las documentales que obran a folios 69 a 76 del expediente, que contienen unas nóminas de empleados de la Universidad donde aparece el Doctor Carlos Vargas, están firmadas por el Síndico y el Revisor Fiscal de la Corporación. Es decir que no se trata de documentos emanados de terceros, sino que todos corresponden a documentos que provienen de la parte demandada y suscritos por funcionarios de la persona jurídica, documentos que además se encuentran debidamente autenticados, sin que dicho requisito sea necesario para su valoración y los cuales fueron aportados en el proceso al momento de contestarse la demanda y decretados en la primera instancia como pruebas documentales, que no fueron desconocidos ni tachados.

"Queda entonces demostrado que los documentos que dejó de apreciar el *ad quem* no provenían de terceros sino de parte, razón por la cual al dejarlos de apreciar, nuevamente el *ad quem* incurrió en los errores evidentes de hecho anotados, cuando dijo en su sentencia que "... Probado el hecho del despido por parte del trabajador demandante le correspondía al empleador demandado probar la justicia del mismo. Sin embargo, en el proceso no se acreditó por parte de la empresa demandada los hechos invocados en la carta de despido para romper el nexo laboral que la unía con el actor. Pues, si se trata del grueso de la documentación que reposa a folios 24 a 76, ya vimos que la misma no tiene alcance probatorio porque tales documentos no son auténticos. Consecuencialmente tal despido deviene como injusto ..." (folio 279 del expediente), y continúa afirmando erróneamente que: "... La generalidad, vaguedad y falta de claridad y precisión de los cargos imputados al actor no permiten a éste saber desde un principio cuáles son concretamente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se originaron las acusaciones que se le hacen, por lo que se dificulta su derecho a la defensa. Derecho Constitucional éste que se presenta solamente cuando el trabajador desde el mismo momento en que se le comunica su despido tiene absoluta claridad respecto de en qué contexto surgieron los hechos que motivaron la drástica decisión de su empleador de acabar la relación laboral, sin que haya posibilidad de que posteriormente se le imputen sucesos distintos de los invocados en la decisión de terminación unilateral del contrato de trabajo, así como que tampoco se le varíe el marco modal y que de los hechos invocados se señalaron en ese instante. De esta manera el trabajador sabe a qué atenerse y cómo defender sus derechos desde un principio, porque no podrá sorprenderse en el curso del juicio con la alegación de motivos que no se adujeron como justificativos de la terminación del contrato de trabajo ..." (folio 282 del expediente).

"El Tribunal no habría incurrido en los yerros fácticos si hubiese analizado correctamente la carta de terminación del contrato de trabajo que obra a folios 6 y 7 del expediente en donde claramente se le expresan al Doctor Carlos Vargas Arias las circunstancias de tiempo, modo y lugar que llevaron a la Corporación Educativa Mayor del Desarrollo Simón Bolívar a tomar la decisión, como lo fueron el hecho de no asistir a la reuniones de orden académico, la no entrega de documentos exigidos por la oficina de personal, dictar una asignatura totalmente diferente de la que la universidad le había asignado, las quejas que por escrito hicieron llegar a la Corporación Educativa Mayor del Desarrollo Simón Bolívar los estudiantes, la no asistencia a la ceremonia de descargos ante la Comisión de Reclamos de la Asociación Sindical de Profesores de la Universidad Simón Bolívar, a fin de que respondiera a los cargos que se le imputaron, suspender sus actividades de docente sin motivo justificado, no asistir al Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho de la Corporación Educativa Mayor del Desarrollo Simón Bolívar, hechos y afirmaciones todas estas debidamente corroboradas por las documentales que obran a folios 26 a 76 del expediente y que fueron dejadas de apreciar por el *ad*

quem por considerarlas que eran unos documentos de terceros, cuando ya quedó demostrado que son documentos que provienen de parte y que demuestran lo dicho en la carta de despido.

"La documental que obra a folio 26 del expediente, que es un documento de parte, demuestra que al trabajador se le citó a una diligencia de descargos para que respondiera por cuatro cargos concretos y no obstante haber recibido la citación, no se presentó el día 9 de diciembre de 1992 a las 4:00 P.M. a rendir su declaración.

"Obsérvese cómo dichos cuatro cargos aparecen relacionados en la carta de despido.

"Las documentales que obran a folios 28 a 45 del expediente demuestran la inasistencia del Doctor Vargas al Consultorio Jurídico de la Universidad y ellas prueban que en el mes de octubre de 1992 dejó de asistir once sesiones, en el mes de septiembre de 1992 no asistió durante todo el mes y de igual manera ocurrió en el mes de junio del año 1992. Es decir, como se anota en el folio 42 del expediente y que es un documento de parte y no de terceros, que el Doctor Carlos Vargas ARIAS desde que fue nombrado como asesor del Consultorio Jurídico nunca cumplió con su cátedra de derecho penal, obstaculizando así tanto las actividades académicas como administrativas.

"Si el *ad quem* hubiera analizado las documentales que obran a folios 47 y 48 del expediente habría encontrado que algunos alumnos se quejaban de la forma o manera como el Doctor Carlos Vargas Arias dictaba su cátedra; en las documentales 49 a 51 del expediente dejadas de apreciar, y que corresponden a documentos provenientes de parte en donde consta las llamadas de atención que se le hacen al Doctor Carlos Vargas Arias por el no cumplimiento del horario de clases, así como por la no asistencia al Consultorio Jurídico; en igual sentido se pronuncian los folios 52 a 55, y 58 del expediente y este último donde claramente se le asignan las funciones y el horario en el Consultorio Jurídico. A folio 60, que también es documento de parte, aparece la designación de la carga académica del Doctor Carlos Vargas Arias; en igual sentido encontramos la documental que obra a folio 80 del expediente que también fue dejada de analizar. Si el *ad quem* hubiera analizado estas documentales, que dejó de apreciar, habría encontrado que efectivamente el Doctor Carlos Vargas Arias sí conoció las causas o motivos que originaron la cancelación de su contrato de trabajo, así como que todas y cada una de esas causas estaban plenamente demostradas con la abundante prueba documental que respaldó la carta de despido.

"Fueron de tal transcendencia (sic) los errores en que incurrió el *ad quem* que en lugar de absolver a la demandada, la condenó a reintegrar al Doctor Carlos Vargas Arias al cargo de docente que venía desempeñando o a uno de superior categoría, y de no haber incurrido en los errores aquí anotados había (sic) llegado a la conclusión de que sí existió la justa cau-

sa que alegó la institución para cancelarle el contrato de trabajo en forma unilateral.

"Ahora bien, ya en sede de instancia, si la honorable Corporación y en gracia a la discusión, aceptase que no está plenamente probada la justa causa que originó el despido, tendrá que analizar la conveniencia o no del reintegro, circunstancia que el Tribunal de Barranquilla no estudió pues en su fallo simplemente se limitó a decir que "... Tampoco se encuentra acreditada en el juicio ninguna circunstancia que haga desaconsejable su reintegro, ...", cuando la prueba documental demuestra todo lo contrario, es decir, que el reintegro no es conveniente por las graves incompatibilidades que existen entre las partes, reflejadas en la actitud desobligante del Doctor Vargas, no solamente contra la institución sino también en contra de los alumnos, como son los hechos de negarse a rendir descargos a los cuales había sido previamente citado; su inasistencia al Consultorio Jurídico y el incumplimiento de sus funciones, perjudicando no solamente a la institución sino también a los alumnos; su actitud rebelde a cumplir con las órdenes impartidas por la Universidad para que cumpliera con el horario docente; negarse a enviar la documentación que le solicitaba la Jefatura de personal; negarse a dictar los programas académicos que le entregó la Universidad, hechos todos estos que demuestran que entre las partes sí existen grandes incompatibilidades en el evento de un nuevo reintegro".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La sentencia del Tribunal se apoya, por una parte, en que los documentos de los folios 24 a 76 provienen de un tercero y son ineficaces por carecer de autenticidad; y por la otra, en que la comunicación de despido no cumplió la exigencia que le impone la ley a la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo de manifestar la causal o motivo de esa determinación, por cuanto el número plural de hechos invocados no están determinados debidamente.

Dentro de un orden lógico el estudio debe recaer en primer término sobre el tema de la ilegalidad del despido por incumplimiento del párrafo del artículo 62 del CST, modificado por el 7° del Decreto 2351 de 1965.

La comunicación de despido, de fecha 15 de diciembre de 1992, dice (folios 6 y 7):

"En acatamiento a la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla, esta Corporación procedió a reintegrarlo al cargo de profesor catedrático de la Facultad de Derecho y a cancelarle las sumas de dineros ordenadas en dicho fallo.

"A partir de su reintegro su comportamiento laboral para esta Corporación no se ajustó nunca a la normalidad por cuanto reiteradamente incumplió sus obligaciones laborales, lo que dio lugar a haberle cursado

numerosas llamadas de atención por escrito, con copia a su hoja de vida, en las cuales se le pedía dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales, sin que hubiésemos logrado de su parte una mejora en su comportamiento ni el acatamiento a las normas de la Universidad y de sus Directivas. Tenemos casos como el de haber sido citado por el señor Decano de la Facultad, en varias ocasiones, a reuniones de orden académico, sin que las hubiese atendido sin justa causa justificada; la no entrega de los documentos exigidos por la Oficina de Personal sin razones valederas; sin autorización para hacerlo usted procedió a dictar una asignatura totalmente diferente de la que la Universidad le había asignado, lo que ocasionó las correspondientes quejas de parte de los estudiantes, por escrito, y ratificadas en reunión del Consejo de Gobierno, lo mismo que los términos desobligantes e injurias por usted proferidas contra sus alumnos cuando le hacían observaciones sobre el tema de su asignatura. Para cumplir con todo el procedimiento legal se le envió citación para oírlo en descargos ante la Comisión de Reclamos de la Asociación Sindical de Profesores de la Universidad Simón Bolívar, negándose usted a asistir a dicha reunión y devolviendo sin firma al señor Víctor González, mensajero de esta entidad, la respectiva comunicación de cita.

"Hubo ocasiones en que usted suspendió a mutuo propio (sic) sus actividades docente (sic), lo que motivó la necesidad de tener que asignar transitoriamente a otro catedrático para cumplir en las asignaturas a usted encomendadas, y, en el Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho su negativa a cumplir en sus obligaciones fue rotunda.

"(...)

"Por todo lo expuesto la Corporación Educativa Mayor del Desarrollo Simón Bolívar, por decisión de su Consejo de Gobierno, ha decidido dar por terminado con justa causa su contrato de trabajo con fundamento en las causales determinadas en los numerales 6º, 9º y 10º del artículo 7º del Decreto Ley 2351 de 1965, al igual que la estipulada en el numeral 5º del artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo"

Hecha la confrontación entre la comunicación de despido y la apreciación probatoria que de ella hizo el Tribunal, la Corte no encuentra en sus conclusiones fácticas un error con el carácter de manifiesto. Según lo acepta la propia recurrente en la contestación a la demanda inicial, el demandante fue reintegrado a la Universidad a mediados del año 1991 después de un juicio originado en un primer despido y su contrato fue nuevamente cancelado en diciembre de 1992. La comunicación de despido, que efectivamente no señala las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la ocurrencia de los hechos, contiene una secuencia de sucesos que, según la misma contestación de la demanda, se produjeron entre mayo de 1991 y diciembre de 1992, lo cual imponía hacer las necesarias precisiones, pues el tiempo transcurrido entre una y otra fecha es extenso.

Como efectivamente la comunicación de despido no ofrece una reseña detallada en cuanto a las circunstancias en que ocurrieron los hechos que consigna, no puede decirse que el Tribunal haya incurrido en error de hecho manifiesto.

Lo anterior es suficiente para no casar la sentencia del Tribunal en lo relativo al tema del despido sin justa causa, que quedaría apoyado en esa apreciación del Tribunal.

Pero el cargo también planteó que el Ad quem no dio por demostrado, estándolo, la existencia de circunstancias que hagan desaconsejable el reintegro, tema que debe ser estudiado, toda vez que, según el entendimiento que la Corte le ha dado al artículo 8° del Decreto 2351 de 1965, ellas pueden ser anteriores, simultáneas o posteriores al despido. Además, corresponde al alcance subsidiario de la impugnación.

Observa la Sala que dentro de las pruebas que el cargo señala como no apreciadas por el Tribunal, la del folio 52 contiene una nota manuscrita y firmada por el actor, a la que no se hizo referencia alguna por el Ad quem, pese a que tiene una indudable incidencia en la definición del pleito, por lo menos en lo atinente al estudio de las circunstancias que rodean la posibilidad de reintegro.

Como el Tribunal, al examinar la prueba de la causa del despido y las circunstancias que pudieran hacer desaconsejable el dicho reintegro, dijo que éstas últimas no aparecían demostradas incurrió en una deficiencia probatoria pues no estimó un medio demostrativo calificado que, de haber sido apreciado, ha debido generar un cambio en sus conclusiones fácticas, al menos sobre este aspecto.

Encuentra la Sala que el documento de folio 52 registra una expresión del demandante en nota manuscrita tratando de "avivato" al Decano de la Facultad de Derecho, lo cual, cuando menos, muestra una actitud de irrespeto que ha debido ser apreciada por el Tribunal, que además ignoró la circunstancia del pleito anterior entre las mismas partes que desembocó en un trivial reintegro.

Si el Tribunal concluyó que no se había acreditado "ninguna circunstancia que haga desaconsejable el reintegro", incurrió en error, pues las dos situaciones mencionadas muestran un distanciamiento y repellido enfrentamiento que evidentemente afectan el normal desarrollo de la relación proveniente del reintegro.

En consecuencia, el cargo prospera y debe anularse la sentencia del Tribunal en cuanto ordenó el reintegro, pues el hecho de que un profesor de derecho se dirija en términos irrespetuosos con sus superiores es circunstancia que hace desaconsejable su reincorporación en la Universidad.

Queda en esa forma resuelto el alcance subsidiario de la impugnación y en consecuencia, se revocará la sentencia del Juzgado, que tam-

bién ordenó el reintegro sin atender a la existencia de una circunstancia que lo tornara inadmisibile.

Para la decisión de instancia, se tiene en cuenta lo siguiente:

Como el Tribunal tuvo por demostrado que no existió justa causa para el despido y, según el examen de los cargos, ese soporte no fue infirmado con el recurso extraordinario (como sí lo fue el de las circunstancias de desaconsejabilidad del reintegro), se condenará a la Universidad al pago de la indemnización por despido, cuya cuantía es la de la demanda inicial del juicio, vale decir, \$2.495.900.00.

La compensación en dinero de las vacaciones no procede, pues la demanda inicial no da explicación alguna del porqué de su reclamación y el propio actor presentó la liquidación del folio 5 en donde se consigna, sin reparo, que fue cancelada.

El reajuste de la cesantía tampoco procede. El actor dijo en su demanda que ha debido utilizarse un salario promedio de \$196.224.00; pero ocurre que la única prueba de ese salario es el documento del folio 9, que a pesar de que presenta ese mismo valor, fue extendido el 10 de marzo de 1992, de manera que no puede corresponder al salario promedio del último año de servicios, como que el contrato terminó el 15 de diciembre de 1992.

Por lo mismo, se absolverá de la indemnización moratoria.

Dado el resultado del recurso y del litigio, no hay lugar a costas ni en casación ni en las instancias.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del Tribunal de Barranquilla, dictada el 16 de abril de 1999 en el juicio ordinario laboral que promovió Carlos Eduardo Vargas Arias contra la Corporación Educativa Mayor del Desarrollo Simón Bolívar en cuanto ordenó el reintegro del demandante y el pago de salarios dejados de percibir. En sede de instancia, REVOKA la sentencia del Juzgado de la primera instancia, en el mismo punto anulado. En su lugar, ABSUELVE del reintegro y pago de salarios dejados de percibir, y, en cambio, CONDENA a la demandada a pagar al actor \$2.495.900.00 por concepto de indemnización por despido sin justa causa. DE LAS DEMAS PETICIONES SUBSIDIARIAS, ABSUELVE.

Sin costas en casación. Sin costas en las instancia.

Cópiase, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Germán G. Valdés Sánchez, Francisco Escobar Henríquez, José Roberto Herrera Vergara, Carlos Isaac Nader, Rafael Méndez Arango, Luis Gonzalo Toro Correa, Fernando Vásquez Botero.

Laura Margarita Manotas González, Secretaria

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

APLICACION ANALOGICA

EXTRA Y ULTRA PETITA

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral. - Santa Fe de Bogotá D.C., diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: *Doctor Luis Gonzalo Toro Correa*

Radicación No. 12266

Acta No.46

Se resuelve por la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de Guillermo León Duque Rojas contra la sentencia del 16 de septiembre de 1998, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, en el juicio seguido por el recurrente contra Carlos Eduardo Correa Aristizábal.

ANTECEDENTES

Demandó el señor Duque Rojas al señor Correa Aristizábal, ante el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá, para que se le condenara a pagarle cesantías, intereses sobre cesantías, primas de servicio, "primas de vacaciones", indemnización por despido, indemnización moratoria e indexación. Funda sus pretensiones en que laboró para el demandado del 3 de septiembre de 1985 al 31 de enero de 1994, cuando se desvinculó por decisión unilateral del empleador sin justa causa; que el promedio mensual de salario en el último año fue de \$1'110.000,00 y que no se le pagaron durante la vinculación laboral ni al finalizar ésta los conceptos demandados. (fls 2 a 5 del primer cuaderno).

En la respuesta a la demanda el señor Correa niega que el actor hubiese estado vinculado con él laboralmente. Explica que entre ellos existió una relación de carácter comercial, sin subordinación, mediante la cual el demandante actuó como su representante de ventas y recibía comisiones en contraprestación. Se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de carencia de acción; falta de título; inexistencia de los derechos reclamados; inexistencia de las obligaciones; y prescripción. (fls 45 a 50).

Surtido el trámite de la primera instancia, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá proferió sentencia con fecha 3 de julio de 1998 totalmente absolutoria, no obstante que reconoce la existencia de "relación de carácter laboral" entre las partes, pero que no se demostraron ni sus extremos ni el salario; por ello gravó con las costas al accionante (fls 123 a 130). Apeló este último y el Tribunal, mediante el fallo recurrido en casación, confirmó el de primer grado e impuso al actor las costas de la segunda instancia. (fls 140 a 144)

Dijo el Tribunal:

"... el apicante sustenta su escrito de impugnación en cuanto que 'del libro de control de comisiones' reconocido por el demandado en la diligencia de inspección judicial, pueden tomarse los siguientes extremos: inicial 23 de septiembre / 85; y final el 22 de noviembre de 1993, datos que a esta altura del debate, modifican los hechos del libelo introductorio, que no fueron alterados en la oportunidad legal (-1ª audiencia de trámite - fl. 52 art. 28 C.P.L.), sin que pueda en consecuencia el Tribunal, sin violar el art. 50 del C.P.L., avocar el estudio, sobre hechos nuevos, lo que además resquebrajaría el derecho de defensa que le asiste al demandado, sino obsérvese que desde los umbrales de este debate, la parte actora estimó que el vínculo se inició el 3 de septiembre / 85, feneciendo el 31 de enero / 94 (fl.2), no siendo factible anunciar en la impugnación distintos hechos, los que solo pudo haber considerado el *a quo*, facultado para dar cabida al art. 50 C.P.L., condiciones que ha citado así la Sala de Casación Laboral en fallo del 27 de mayo/98 ..." (resalta la Corte).

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Lo interpuso el apoderado de la parte actora. Concedido por el Tribunal y admitido por esta Sala de la Corte, se procede a decidirlo, previo el estudio de la demanda correspondiente. No se presentó escrito de réplica.

ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Dice:

"...que la sentencia impugnada sea casada en su totalidad, con el fin de que esa honorable Corporación, constituida en sede de instancia, revoque el fallo del Juzgado y en su lugar condene al señor Carlos Eduardo Correa Aristizábal a pagar al señor Guillermo León Duque Rojas el valor de la cesantía, los intereses a la misma, la indemnización por despido injustificado, las primas de vacaciones, las primas de servicio, la indemnización moratoria y la indexación de los conceptos que admita esta figura jurídica.- En cuanto a las costas se provea como es de rigor." (fl 12 cuadernó de la Corte)

Para el efecto y con apoyo en la causal primera del recurso de casación laboral, la censura plantea dos cargos de los cuales y por razón de método la Corte comienza por el examen del segundo, así:

Segundo Cargo

Por la vía directa acusa el fallo del Tribunal por aplicación indebida del artículo 50 del C.P.L. "en relación con los artículos del Código Sustantivo del Trabajo, 5, 9, 13, 14, 16, 19, 22, 23 que fue subrogado por el artículo 1º de la Ley 50 de 1990, 24, 37, 38, 47, 54, 55, 65, 98, 127, 144, 193, 249, 253, 259, 306; artículo 1551 del Código Civil Colombiano, todo dentro de los parámetros contemplados en los artículos 4, 305 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1º, numeral 135, del Decreto 2282 de 1989 y el artículo 29 de la Constitución Nacional".

DEMOSTRACIÓN

"Dentro del proceso quedó plenamente demostrado que al demandante se le cancelaron comisiones desde el 23 de septiembre de 1985 y el 22 de noviembre de 1993, fechas estas comprendidas dentro las fechas que se pidian en la demanda como extremos de la relación laboral, es decir desde el 3 de septiembre de 1985 y el 31 de enero de 1994. Cuando en el recurso de apelación de las sentencia de primera instancia se le pide al Tribunal que tenga en cuenta esas fechas de los pagos de las comisiones que aparecen en el 'Libro de Control de Comisiones' reconocido por el demandado, no se le estaba pidiendo un fallo extra petita o ultra petita, sino que fuera consecuente con lo demostrado. Es decir que los extremos laborales que se deberían tener en cuenta era la de los extremos en los pagos de las comisiones. Pero ese hecho, no lo regula el artículo 50 del Código de Procedimiento Laboral, porque éste habla de los fallos extra y ultra petita del juez de primera instancia, cuando lo faculta para ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos cuando los hechos que lo originen hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que estas son inferiores a las que correspondan al trabajador.

"Cuando en la demanda se pidió hacer las declaraciones, en la primera se dijo:

"Que entre los señores CARLOS EDUARDO CORREA ARISTIZABAL y GUILLERMO LEON DUQUE ROJAS, existió una relación laboral contractual, desarrollada sin solución de continuidad entre el 3 de septiembre de 1985 y el 31 de enero de 1994".

Lo que se hizo fue limitar los extremos de la relación laboral, pero si con el transcurso del proceso se encontró probado que efectivamente las fechas límites fueron entre el 23 de septiembre de 1985 y 22 de noviembre de 1993, que encuadran perfectamente dentro los límites pedidos en la demanda, cuando en el recurso de apelación de la sentencia de primera instancia se pide que se tenga en cuenta esas fechas, no se puede hablar de un pedimento extra o ultra petita, sino de un fallo intra petita y congruente con los hechos y pruebas. Menos aún se trata de un hecho nuevo, porque con el libelo introductorio se puso en discusión los extremos de la relación laboral.

"Con ello, el Tribunal al fundamentar la sentencia en el artículo 50 de C.P.L., lo que hizo fue aplicar esa norma a un hecho debidamente probado como fue los extremos de la relación laboral, pero que en realidad no lo regula, - porque los extremos laborales probados no van más allá de lo pedido."

SE CONSIDERA

En efecto, le asiste razón al recurrente en su apreciación de que cuando durante el proceso se acredita un tiempo de vinculación laboral inferior al indicado en la demanda pero transcurrido dentro de este último lapso, la liquidación que se haya de los conceptos pedidos circunscritos a ese interregno no constituye un pronunciamiento extra ni ultra petita, sino que, por el contrario, está dentro de lo pedido; no agrede el principio de la congruencia puesto que no va más allá del objeto contemplado en la demanda, ni concede algo distinto de ello, ni se funda en causa diferente de la invocada por el accionante, sólo que lo pedido excede de lo probado y la decisión judicial se limita a lo último.

No existe norma que impida el pronunciamiento por menos de lo pedido, por el contrario, el inciso tercero del artículo 305 del C.P.C., aplicable por analogía al proceso laboral por previsión del artículo 145 del C.P.L., ordena que "si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último", de donde tiene razón el recurrente al reclamar la decisión en esas condiciones como un "deber del fallador".

La jurisprudencia transcrita en la sentencia recurrida (tanto la del 10 de marzo de 1998 con radicación No. 10439 como la del 27 de mayo del mismo año No. 10468), antes que servir de sustento para denegar las súplicas del actor bajo la invocación del Artículo 50 del C.P.L., ha debido ofrecer a la Sala de Instancia los argumentos para definir correctamente cuáles son los perfiles de las figuras extra y ultra petita e inferir que ellas no se presentan en este caso por lo que no era aplicable tal precepto legal. En la primera, enfatiza la Corte respecto de la consorcancia que debe guardar la decisión judicial con la causa invocada para el juicio; y en la segunda, se hace la diferenciación entre lo ultra y lo extra petita, ya que para ésta última deben observarse dos requisitos en la decisión judicial laboral a saber: "1) que los hechos que la originan se hayan discutido dentro del proceso y, 2) que tales hechos estén debidamente probados"; mientras que para el fallo ultra petita "es menester que confrontada por el juzgador la pretensión con la ley, deduzca que aquella es inferior a la que corresponde al trabajador, y no aparezca demostrado que el mayor valor no ha sido sufragado a su titular".

Lo anterior implica el quebranto del fallo recurrido sin que sea necesario el examen del primer cargo que persigue idéntico objetivo.

Para efectuar las consideraciones de instancia es menester que el Departamento Nacional de Estadística certifique sobre el índice de precios al consumidor a partir del mes de julio, inclusive, de 1992, con tal fin se dispondrá oficiar a dicha entidad.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia impugnada. En sede de instancia y para mejor proveer dispone que por la secretaría de la Sala se oficie al Departamento Nacional de Estadística "DANE" para que certifique sobre el índice de precios al consumidor desde el mes de julio, inclusive, de 1992. Evacuado lo anterior se proferirá el fallo de instancia.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese publíquese y cuando sea proferido el fallo de instancia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Gonzalo Toro Correa, Francisco Escobar Henríquez José Roberto Herrera Vergara, Carlos Isaac Náder, Rafael Méndez Arango, Germán G. Vuklës Sánchez, Fernando Vásquez Botero.

Laura Margarita Manotas González, Secretaria

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

APLICACION ANALOGICA

EXTRA Y ULTRA PETITA

Procede la Corte a las consideraciones de instancia así como a la pertinente decisión que se encuentra pendiente luego de resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de Guillermo León Duque Rojas contra la sentencia del 16 de septiembre de 1998, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, en el juicio seguido por el recurrente contra Carlos Eduardo Correa Aristizábal.

Fallo de Instancia

CONSIDERACIONES

Inicialmente se destaca que de los testimonios ofrecidos por Jaime Bernal Tirado (folios 64 al 69 C.1) y Ana María Jiménez Quintero (folios 80-85 C.1), sobre todo esta última que fue secretaria del demandado, se desprende que entre las partes sí existió subordinación.

A lo anterior se suma que, como bien lo expresa el sustento de la alzada, en la diligencia de inspección judicial el demandado reconoció la documentación de folios 7 a 37 como que corresponde al "registro de comisiones" pagadas al actor (f. 110). Por este medio también se logró concretar el servicio durante el lapso comprendido del 23 de septiembre de 1985 al 22 de noviembre de 1993, lo cual sin lugar a dudas evidencia la existencia de un contrato de trabajo, pues no deben dejarse de lado las aseveraciones de Tulio César Hoyos Escarria (folio 71 C.1) y la mencionada Jiménez Quintero (folio 81 C.1), en el sentido de que el actor disfrutaba de vacaciones anualmente.

Es claro entonces, que establecido que hubo contrato de trabajo y que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre el pago de las acreencias reclamadas, a que tiene derecho el demandante, se procederá de la siguiente manera:

De la relación de comisiones anotada, excluyendo algunos datos que son ilegibles (renglones 19 y 22 del folio 31 vto.; 24 del folio 32 vto.; 20 y 22 del folio 33; 23 y 25 del folio 33 vto.; 17 y 20 del folio 34; 21 y 22 del folio 35; 4 del folio 35 vto.; 19 del folio 36 vto.; 14, 18, 20 y 23 del folio 37), se establecen los siguientes promedios de salario mensual:

1992:

Primer semestre \$ 650.223

Segundo semestre \$ 1'295.600

Promedio mensual en el año \$ 972.911

1993:

Primer semestre \$ 839.215

Segundo semestre \$ 941.100

Promedio último año de servicio \$ 1'003.849

(Se entiende que el último año de servicios va del 22 de noviembre de 1992 al 22 de noviembre de 1993).

Sobre estas bases se efectúa el cálculo correspondiente a los siguientes conceptos:

Primas de servicio:

Segundo semestre/92 \$ 647.000

Primer semestre/93 \$ 419.607.50

Segundo semestre/93 (proporcional) .. \$ 370.950.25

CESANTIAS \$ 8'194.754

INTERESES:

A 31 de diciembre de 1992 \$ 1'066.745

A 22 de noviembre de 1993 \$ 879.297

INDEMNIZACION POR DESPIDO : \$ 6'301.829.40

El despido quedó acreditado con los testimonios de TULIO CESAR HOYOS y JAIME BERNAL, y no se halla en el plenario alguna prueba que demuestre la causa que justifique la determinación del empleador al fulminar de tal modo el contrato de trabajo.

Actualizadas las anteriores cifras, conforme a la certificación del DANE que se trajo a los autos, quedan como sigue:

Primas de servicio:

Segundo semestre de 1992 \$ 1'425.560

Primer semestre de 1993 868.000

Segundo semestre (proporcional)	\$ 786.781
Cesantías	\$ 16'278.879
Intereses:	
A 31 de diciembre de 1992	\$ 2'350.466
A 22 de noviembre de 1993	\$ 1'746.460
Indemnización por despido	\$ 12'516.694

Prospera la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada respecto de los derechos que se causaron e hicieron exigibles antes del primero de noviembre de 1992, toda vez que la demanda se presentó el primero de noviembre de 1995 interrumpiendo el fenómeno extintivo.

Para resolver sobre la sanción moratoria y teniendo en cuenta que la indemnización que establece el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no opera de plano sino en función de la buena fe del empleador, no pueden pasarse por alto las circunstancias muy especiales de la relación que existió entre las partes y que justifican la creencia del empleador de que no se trataba de un contrato de naturaleza laboral sino que era una relación de estirpe comercial; es por ello que no hay lugar a la aludida sanción.

De otro lado, por no tener respaldo legal alguno se niegan las primas de vacaciones reclamadas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, actuando como Tribunal de Instancia, REVOCA el fallo del 3 de julio de 1998 proferido por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá en cuanto absolvió de pagar las primas de servicio correspondientes al 2 semestre de 1992 y ambos semestres de 1993, cesantías, intereses causados en 1992 y 1993, e indemnización por despido. En consecuencia: a) CONDENA al demandado a pagar al señor Guillermo León Duque Rojas la suma \$ 3'080.341 por primas de servicio; \$16'278.879 por auxilio de cesantía; \$12'516.694 por indemnización por despido; \$4'096.926 por intereses sobre cesantía. b) Declara probada la excepción de prescripción con respecto a todos los conceptos que se causaron e hicieron exigibles antes del primero de noviembre de 1992. c) Absuelve de las demás pretensiones reclamadas. d) Impone al demandado las costas tanto de la primera como de la segunda instancia.

Cóptese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Gonzalo Toro Correa, Francisco Escobar Henríquez, José Roberto Herrera Vergara, Carlos Isaac Náder, Rafael Méndez Arango, Germán G. Valdés Sánchez, Fernando Vásquez Botero.

Laura Margarita Manolas González, Secretaria.

TECNICA DE CASACION
LIBRE FORMACION DEL CONVENCIMIENTO
COSA JUZGADA

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral. - Santa Fe de Bogotá, Distrito Capital, diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Doctor Rafael Méndez Arango

Radicación No. 12438

Acta 46

Se resuelve el recurso de casación de Evelto Franco Henao contra la sentencia dictada el 11 de marzo de 1999 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso que le sigue al Instituto de Seguros Sociales.

I. ANTECEDENTES

Para los efectos que interesan al recurso basta anular que el Tribunal revocó con la sentencia aquí acusada la proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín el 11 de diciembre de 1998, que había absuelto al demandado, para, en su lugar, de oficio declarar probada la excepción de cosa juzgada (folio 82).

El pleito lo inició Evelto Franco Henao al demandar al Instituto de Seguros Sociales para que lo reconociera y pagara la pensión de vejez desde el 10 de abril de 1987, con los reajustes de ley, "las sanciones legales que implican el pago no oportuno de la pensión de vejez" (folio 3) y "la indexación sobre los valores determinados, teniendo en cuenta factores como el índice de precios al consumidor nacional, la devaluación de la moneda y los elementos que afectan la economía del país" (ibídem), pues, según lo afirmó en la demanda, le trabajó desde 1963 hasta el 9 de abril de 1987, y aun cuando devenga una pensión del Municipio de Medellín, no son incompatibles de acuerdo con lo previsto en el artículo 128 de la Constitución Política.

En la demanda está textualmente dicho que "a pesar de haber existido un pleito entre las partes y por la misma razón, no se puede hablar de cosa juzgada ya que la definición de la justicia ordinaria del trabajo consideró que carecía de competencia y por ello no falló de fondo el asunto" (folio 4).

El Instituto de Seguros Sociales se opuso a las pretensiones aduciendo que el artículo 128 de la Constitución Política prohíbe expresamente recibir más de una asignación proveniente del tesoro público o de empresas o instituciones que tenga parte mayoritaria el Estado, por lo que pretender que el Decreto 1713 de 1989, invocado por el demandante, constituyera una excepción al mandato constitucional era "negarle todo valor normativo a la Constitución, que es una norma que tiene la virtualidad de derogar de plano todas las normas precedentes que le sean contrarias" (folio 17) y que, además, el artículo 49 del Decreto 758 de 1990 dispone expresamente que las pensiones e indemnizaciones sustitutivas que cubre, son incompatibles con las demás pensiones y asignaciones del sector público y con las pensiones de jubilación por aportes de que trata la Ley 71 de 1988.

II. EL RECURSO DE CASACIÓN

Conforme lo declara al fijar el alcance de la impugnación en la demanda con la que sustenta el recurso (folios 24 a 29), que fue replicada (folios 35 y 36), el recurrente pretende que la Corte case la sentencia del Tribunal, en instancia revoque la del Juzgado y condene al Instituto de Seguros Sociales a pagarle la pensión de vejez desde el 10 de abril de 1987 como lo pidió al promover el proceso.

Para ello le formula un cargo, aunque lo denomina primero, en el que por la vía directa la acusa de aplicar indebidamente los artículos 19 del Decreto 1653 de 1977, 12 del Acuerdo 49 de 1990 del Instituto de Seguros Sociales, aprobado por el Decreto 758 de 1990, "en relación con los arts. 32, 50, 145 del Código Procesal del trabajo; y los artículos 97, 332 y 333 del C.P.C., la Ley 362 de 1997 que modificó el artículo 2 del C.P.L., lo anterior en concordancia con lo dispuesto en los arts. 29, y 230 de la Constitución Política" (folio 26).

En suma, lo pertinente del alegato con el que el impugnante cree demostrar el cargo se reduce al aserto de no existir en el Código Procesal del Trabajo norma que regule el fenómeno de la cosa juzgada, por lo que es necesaria la remisión al Código de Procedimiento Civil, como efectivamente lo hizo el juez de alzada, el cual, sin embargo, se equivocó en su conclusión "pues la realidad es que la sentencia producida con anterioridad entre las partes, desde un punto de vista técnico jurídico no es una sentencia de fondo sino se trató de una decisión inhibitoria, pues no decidió el fondo del asunto y por tanto el Tribunal ha debido concluir que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 333 del C.P.C. no constituyen cosa juzgada: '4. Las que contengan una decisión inhibitoria sobre el mérito del asunto'" (folio 27).

Termina diciendo que "no se puede afirmar que en una situación como la que se estudia hubo una verdadera decisión sobre el fondo del asunto, pues para que ello hubiera ocurrido tendría que haberse determinado la existencia clara del derecho" (folio 27).

Para confutar el cargo en su réplica el opositor observa que el recurrente disiente de la consideración del Tribunal "según la cual entre las partes de este proceso se configuraba el fenómeno de la cosa juzgada" (folio 35), discrepancia fáctica entre la censura y el fallo acusado que impide a la Corte entrar al estudio de fondo de la acusación propuesta.

Y refiriéndose al argumento del impugnante lo califica de "confuso y contradictorio" (folio 35), y de no diferenciar dos motivos de violación directa, como son la interpretación errónea y la aplicación indebida, aparte de ser la conclusión del sentenciador inobjetable, pues, sin duda alguna, entre ellos hubo una controversia judicial anterior fundada en los mismos supuestos fácticos y en idénticas pretensiones, controversia que resultó desfavorable al demandante porque los juzgadores estimaron que estuvo vinculado con él como empleado público, "por lo cual le desestimaron su causa que estuvo fundamentada sobre una condición de trabajador oficial" (folio 36).

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Le asiste entera razón al opositor en el reproche que le hace el cargo de adolecer de insalvables deficiencias técnicas que imponen su rechazo, pues, no obstante que el ataque lo endereza por la "vía directa", discrepa de la conclusión sobre los hechos del proceso que sustentan la sentencia, al pretender desconocer que por razón del pleito anterior habido entre los hoy litigantes recayó un fallo de mérito con efectos de cosa juzgada.

Para formar su convencimiento sobre este hecho relevante del litigio el Tribunal se fundó en las copias de la anterior demanda y su contestación y de los fallos de primera y segunda instancia, concluyendo que las sentencias se habían dictado en un proceso tramitado por igual causa entre las mismas partes.

Para convenirse de ello basta leer el siguiente aparte de la sentencia del Tribunal, que a la letra dice:

"De folio 51 a 76 obran fotocopias de la demanda, respuesta y sentencias tanto de primera como de segunda instancia, correspondientes al proceso ordinario laboral de mayor cuantía tramitado entre las mismas partes y por la misma causa habiéndose proferido las respectivas decisiones de fondo y no como lo indica el accionante que no se resolvió de fondo por estimarse que se carecía de competencia" (folio 80).

Significa lo anterior que, además de mostrar disconformidad con los supuestos fácticos que dio por establecidos el fallador, lo que es suficiente para desestimar el ataque, ocurre que, como igualmente lo anota el replicante, la conclusión del Tribunal es trojetable porque es indudable que entre las partes hubo una controversia judicial anterior fundada sobre los mismos hechos y con idénticas pretensiones, proceso que fue fallado en favor del Instituto de Seguros Sociales, al haber sido absuelto por considerarse que Evelio Franco Henao estuvo vinculado como empleado público y no como

trabajador oficial, que fue la condición sobre la cual fundamentó sus pretensiones.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada el 13 de marzo de 1999 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso que Evelio Franco Hernao le sigue al Instituto de Seguros Sociales.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

Rafael Méndez Arango, Francisco Escobar Henríquez, José Roberto Herrera Vergara, Carlos Isaac Nader, Luis Gonzalo Toro Correa, Germán G. Valdés Sánchez, Fernando Vásquez Botero.

Laura Margarita Manotas González, Secretaria.

PENSION DE SOBREVIVIENTES
Compañera Permanente

VIA DIRECTA

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral.- Santa Fe de Bogotá, D.C., noviembre veintidós (22) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Doctor Fernando Vásquez Botero.

Radicación Nro. 12383

Acta Nro. 046

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el Instituto de Seguros Sociales contra la sentencia del 3 de marzo de 1999, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio promovido a la entidad recurrente por Rosa Elvira Salazar Noreña.

ANTECEDENTES

Rosa Elvira Salazar Noreña demandó al ISS en busca de la prosperidad de las siguientes pretensiones: que se condene a la demandada a pagarle "pensión de sobrevivientes a la conyuge (sic)" condición que ostenta; que como consecuencia de la mora en el pago, se condene a la reclamada a la sanción por mora; que se condene al ISS al pago de la indexación de las mesadas pensionales, en subsidio de la indemnización por mora, y que se impongan costas a la demandada.

Como fundamento de sus pretensiones expuso: que tiene derecho a la sustitución pensional, debido a que es cónyuge supérstite y sin medios de subsistencia; que la sustitución pensional la ha solicitado, "como se tiene la prueba del agotamiento de la vía gubernativa", "y como consecuencia se encuentra en mora del reconocimiento y pago de la pensión que se causa desde el fallecimiento, es decir, mes de febrero de 1996 y en adelante hasta que se cumpla con la obligación"; que se tiene entonces el derecho de una parte y la obligación no satisfecha de la otra; que las mesadas se han desvalorizado, por lo que es menester su indexación, en caso de no proceder la sanción por mora, debido a que se trata de una empresa del Estado; que lo anterior hace a la demandada merecedora de la condena en costas, y que los derechos afirmados devienen de la labor de su espo-

so, "siempre afiliada al ISS, entidad comprometida en los derechos que se le reclaman".

La entidad de seguridad social convocada al proceso contestó la demanda con oposición a sus pretensiones, y en relación con sus hechos expresó que no son tales sino afirmaciones de la demandante, y que específicamente el segundo de ellos no se sabe si es tal o una petición. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa "y cualquier otra que en juicio se probare".

Asimismo, alegó en su defensa el ISS que el Sr Francisco Restrepo Rendón falleció el 12 de febrero de 1996 y obtuvo su pensión de vejez desde el 20 de agosto de 1982, mientras contrajo matrimonio el 18 de abril de 1994, razón por la cual niega la pensión de sobrevivientes, pues la persona al momento de percibir la pensión de vejez no estaba casada; todo ello de conformidad con el artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

Durante la primera audiencia de trámite (fo 17), la demandante adicionó el introductorio afirmando que convivió con el fallecido Francisco Restrepo Rendón, de manera permanente y continua, desde 1976 y hasta su fallecimiento. Al respecto, la demandada guardó silencio.

El conflicto jurídico lo dirimió en primera instancia el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia del 29 de enero de 1999, condenó al ISS a reconocer y pagar a la accionante "la pensión de sobreviviente que en vida disfrutaba su difunto esposo señor Francisco Luis Restrepo Rendón". Recurrió en apelación el ente de seguridad social demandado y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, a través de sentencia del 2 de marzo de 1999, confirmó la de primer grado.

El *ad quem* argumentó en su fallo: que la seguridad protege a los trabajadores y a sus familias a través del ISS o de entidades que tienen la misma finalidad, mediante aportes a título de cotizaciones o ahorro individual; que en el caso de la pensión de sobrevivientes, el que se considere legitimado para reclamarla debe demostrar la calidad con la cual comparece al proceso, así como los requisitos exigidos legalmente para que se configure su derecho; que existe diferencia cuando el legitimado para reclamar la pensión actúa como cónyuge de un afiliado o de quien estaba pensionado, que es el caso que estudia; que la sustitución de la pensión por muerte de un pensionado está regulado por los artículos 47 literal a) de la Ley 100 de 1993 y 9 del D.R. 1889 de 1994; que de las normas en comento se colige que tres (3) son los requisitos para que se tenga derecho a una pensión como la que se estudia: convivencia con el pensionado al momento de su muerte, que se haya hecho vida marital desde que el pensionado fallecido tuvo derecho a la pensión, y que haya convivencia por lo menos dos (2) años continuos con anterioridad al fallecimiento, salvo que se haya procreado uno o más hijos con el fallecido; que en el anterior orden de ideas, para el caso del cónyuge superstite o compañero o compañera sin hijos, como en el sub examine, que aspire a la pensión,

debe acreditar la convivencia mínima de dos (2) años con su esposo, requisitos, que no obstante lo lacónica que es la demanda, se da a entender que se cumplen; que si se examinan los testimonios de Fabiola del Socorro Correa Cano y Luz Helena Martínez, los declarantes concuerdan en que la demandante y su esposo convivieron durante muchos años; que la Sra. Fabiola de J Correa afirma que antes de casarse, desde 1972, la accionante y su cónyuge comenzaron a vivir juntos, sin separarse; que la testigo Luz Helena Martínez afirmó que la actora vivía sola y que el pensionado permanecía con ella desde 1976, lo cual le consta, pues los frecuentaba; que con la prueba antes analizada se llega a la convicción que la demandante, desde muchos años atrás, hacía vida marital con el señor Francisco Luis Restrepo Rondón, situación que quedó legalizada con el matrimonio celebrado el 18 de abril de 1994, del que da cuenta el documento de folio 58, lo cual es suficiente para que se cumplan los requisitos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993; que la mencionada prueba no fue desvirtuada por la demandada; que no es atendible el argumento de acuerdo con el cual por no tener más de dos (2) años de matrimonio, la petente no tiene derecho a la pensión que suplica, pues está demostrado con la prueba testimonial "que dicha pareja convivió muchos años", primero como compañeros y después ligados por el matrimonio católico, y que dicha prueba está conforme a las exigencias del artículo 228 del C.P.C., en armonía con el artículo 61 del C.P.L.

EL RECURSO DE CASACIÓN

Fue propuesto por la parte demandada, concedido por el Tribunal respectivo, admitido por esta Corporación, que procede a resolverlo, previo estudio de la demanda que lo sustenta. No hubo réplica.

El alcance de la impugnación lo delimitó de la siguiente manera el casacionista:

"Pretendo que la Corte case parcialmente la sentencia impugnada en cuanto confirmó las condenas impuestas por el a quo en los numerales 1 y 2 de la parte resolutive de la sentencia de primer grado, para que una vez convertida en Tribunal de Instancia, revoque las dichas condenas dispuestas por el Juzgado Segundo Laboral de Medellín y en su lugar se le absuelva de todas y cada una de las pretensiones de la demanda inicial. Sobre costas decidirá lo pertinente."

Con fundamento en la causal primera de casación, el recurrente presentó contra la sentencia del Tribunal el siguiente

Cargo Único

Acusa la sentencia de violar por la vía indirecta, en la modalidad de aplicación indebida, los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993; 8 a 16 del Decreto 1889 de 1994; 49 del Decreto 1205 de 1994; 1, 2 y 3 de la Ley 54 de 1990; 228 del CPC y 61 y 145 del CPL.

La anterior violación normativa la atribuye el acusador a que el Tribunal incurrió en los siguientes errores manifiestos de hecho:

"1.- Dar por demostrado, sin estarlo, que la demandante hizo vida marital con el pensionado Francisco Luis Restrepo Rendón desde el momento en que éste adquirió el derecho a la pensión.

"2.- Como consecuencia de lo anterior, no dar por demostrado, pese a estarlo, que la demandante no acreditó haber reunido los requisitos legales exigidos para tener derecho a la pensión de sobrevivientes que reclama."

A juicio del censor los yerros fácticos a los que se refiere se originaron en la falta de apreciación de la adición de la demanda (folios 17 y 18), del certificado de supervivencia de la cónyuge del pensionado fallecido (folio 39), y del registro civil del matrimonio celebrado entre Francisco Luis Restrepo Rendón y Ana Esperanza Berrío.

Además, se hace depender los yerros de hecho de la apreciación equivocada de la resolución de folios 37 y 38, y de los testimonios de Fabiola de J. Correa, Luz Helana Martínez y María Nohelia Montoya.

DEMOSTRACIÓN DEL CARGO

En dirección de fundamentar su acusación, argumentó el impugnante: que de haber advertido el Tribunal que la demanda se adicionó en la primera audiencia de trámite, habría notado que la demandante alegó que desde 1976, continua y permanentemente, hizo vida marital con Francisco Luis Restrepo Rendón, hasta la muerte de éste, debiendo haber encausado sus consideraciones desde tal supuesto fáctico; que si el *ad quem* hubiese apreciado correctamente la resolución del ISS que le concedió la pensión de vejez al citado señor, habría deducido que la prestación fue reconocida a partir del 3 de febrero de 1982; que si el juzgador hubiera observado la fecha de expedición de dicha resolución -el 20 de agosto de 1982-, y el texto de la misma en su integridad, habría concluido que como cónyuge del pensionado figuraba Esperanza Berrío de Restrepo, razón por la cual se le incrementó el monto de su pensión de vejez; que todo lo anterior lo habría ratificado el *ad quem* si hubiera apreciado el certificado de supervivencia de la señora Berrío y el certificado de registro civil de matrimonio de los cónyuges Restrepo y Berrío, que fueron expedidos el 25 de enero de 1982; que de no haber sido por la indebida valoración probatoria que hizo el *ad quem* de los aludidos documentos, tendría que haber inferido que el derecho a la pensión de vejez lo adquirió Restrepo Rendón el 3 de febrero de 1982 y que en tal fecha tenía un vínculo matrimonial vigente con la señora Esperanza Berrío, tanto así que le sirvió para incrementar su pensión, lo cual refleja que ambos esposos hacían vida en común; que si tales conclusiones emergen nítidamente de los documentos examinados, mal puede el Tribunal sostener, como lo hizo, que la demandante hacía vida marital con el pensionado causante desde el momento en que este tuvo derecho a la pensión, pues aunque materialmente ello pudo

ocurrir, a la luz del derecho tal situación no le podía representar ventaja alguna a la accionante, pues en 1982 los eventuales conflictos de intereses entre cónyuge y compañera permanente, relacionados con la sustitución pensional, eran generalmente resueltos a favor de la primera y excepcionalmente en beneficio de la segunda, en caso de que faltara la esposa; que frente a estas situaciones fácticas no es posible decir que en el momento en que Francisco Luis Restrepo Rendón adquirió el derecho a la pensión de vejez, tenía un vínculo matrimonial vigente con la señora Berrio y simultáneamente una unión marital de hecho con la accionante.

Asimismo, el censor en sustento del cargo expresó: que estando evidenciado que el Tribunal incurrió en los anotados yerros de valoración probatoria, procede el estudio de los testimonios apreciados en la segunda sentencia de instancia, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala; que los testimonios de Fabiola del Socorro Correa Cano y Luz Helena Martínez debieron haber sido desechados por la inconsistencia de su contenido en cuanto al momento en que comenzó la convivencia de la demandante con el pensionado fallecido, y en relación con la permanencia y continuidad de la misma; que en la declaración de María Nohelia Salazar de Montoya, hermana de la actora, se expresa con claridad que aún cuando la demandante y el señor Restrepo Rendón tenían una relación amorosa, aseguró que el pensionado era casado y que solamente cuando enviudó fue que empezó a llevar una relación permanente con la accionante; que del anterior material probatorio surge como verdad incontrastable que en el momento en que Restrepo Rendón adquirió el derecho a la pensión de vejez, el 3 de febrero de 1982, tenía un vínculo matrimonial vigente, que le permitió, por la existencia de su cónyuge, obtener un incremento en el valor de su pensión pensional, que indica que los esposos hacían vida mutua, lo cual está ratificado por la hermana de la petente, de donde al Tribunal no le quedaba otra conclusión acertada que determinar que para el 3 de febrero de 1982, la accionante no hacía vida marital con el pensionado, circunstancia que no le otorga vocación para tener derecho a la pensión de sobrevivientes que reclama.

SE CONSIDERA

La controversia en el recurso extraordinario se concreta en determinar si la demandante tiene derecho a percibir la pensión de sobrevivientes de su cónyuge, quien fuera pensionado del ISS, por el hecho de haber contraído matrimonio con él en abril 8 de 1994, después de haber convivido desde 1976, como aquella lo afirma y lo acepta el *ad quem*, o si no está legalmente habilitada para acceder al disfrute de dicho crédito pensional, como lo sostiene el recurrente, en razón de que la actora tenía menos de 2 años de matrimonio con el causante cuando éste falleció y, además, porque no puede afirmarse que estuvo haciendo vida marital con él, por lo menos desde cuando cumplió los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez, debido a que para esa data el hoy occiso tenía un vínculo matrimonial vigente.

Auscultada la sentencia que desató la segunda instancia, se colige que el *ad quem* avaló el pedimento pensional de la accionante, con fundamento en la demanda, los testimonios de Fabiola del Socorro Correa Cano, Luz Helena Martínez y María Nohelia Salazar de Montoya, y el documento de folio 58 relativo al certificado del registro civil del matrimonio de la actora con el pensionado fallecido.

A juicio de la Corte, de la pieza procesal en comento y de las probanzas mencionadas, extrajo el Tribunal el aserto fundamental de su proveído, según el cual:

"La mencionada prueba no fue desvirtuada por la parte demandada, sin que sirva la aseveración de que por no tener más de dos años de matrimonio, no se hacía merecedora a la pensión, como se da a entender en la sustentación del recurso; pues está demostrado que la prueba testimonial es clara y coherente en cuanto que dicha pareja convivió muchos años: en principio como compañeros y luego ligados por el matrimonio católico". (fo 65)

Ahora bien, examinado el cargo en perspectiva de la crítica probatoria que contiene, concluye la Sala que la adición a la demanda, como pieza procesal, los certificados relativos a la supervivencia de la señora Restrepo de Barrio del 25 de enero de 1982 y el registro civil del matrimonio de esta con el causante, celebrado el 29 de junio de 1941, como la resolución del 20 de agosto de 1982 en que se le reconoció a este la pensión de vejez, que consta a folios 37 al 40, no desvirtúan la aludida conclusión fáctica central sobre la cual está anclado el proveído gravado, es decir, que la actora convivió durante muchos años con el pensionado fallecido "en principio como compañeros y luego ligados por el matrimonio católico".

Lo anterior, por cuanto objetivamente es constatable en la realidad de la vida social y, en particular, de la familia, que física y materialmente es posible que no obstante la vigencia de un vínculo matrimonial, uno de los cónyuges o ambos convivan con otra persona y constituyan núcleo familiar con ella, de donde emerge que a priori no puede asumirse, como lo sostiene el cargo, que la simple noticia probatoria de un vínculo matrimonial anterior del pensionado fallecido, impida que se tenga por demostrado que él, con interrelación al matrimonio con ella, hizo vida marital con la demandante, como lo dedujo sin dilate el ad quem, a partir del contenido de los testimonios de Fabiola del Socorro Correa Cano y Luz Helena Montoya; declaraciones que en razón a esa circunstancia no puede afirmarse fueron equivocadamente apreciadas por el ad quem.

De ahí que sea dable aseverar que el juzgador no incurrió en error protuberante, capaz de anular su proveído, cuando coligió que la actora y el de cujus, primero convivieron como compañeros y después como cónyuges, en el marco del matrimonio católico, pues tal conclusión es racional extraerla de los medios de convicción a que hizo referencia. Es de anotar que el hecho de que el Tribunal haya privilegiado en la solución del conflicto la apreciación de la demanda, el certificado del registro de

matrimonio de la actora y el causante y de los testimonios de Fabiola del Socorro Correa Cano, Luz Helena Martínez y María Nohelia Salazar de Montoya, en desmedro de la documental a que alude el recurrente, no da pábulo a imputarle falencia de valoración probatoria, ni error fáctico alguno, pues tal actividad del juzgador está dentro del fuero que le otorga el artículo 61 del CPL, que válidamente él reivindicó en la parte final de su providencia (fls 65 y 66), y que la Corte, como se sabe, no puede desconocer.

De otra parte, no sobra agregar que si la discusión no es en torno a la existencia de la convivencia entre el causante y la actora, con antelación a su matrimonio verificado el 18 de abril de 1994, sino alimiente a su validez para el otorgamiento de la pensión que se discute, en perspectiva del matrimonio que tenía vigente el actor en 1982, cuando reunió los requisitos pensionales y le fue otorgada la prestación por el ISS, como también da lugar a inferirlo el ataque, entonces la controversia es esencialmente jurídica y no fáctica, radicada en la lectura que el Tribunal otorgó al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual es predicable que en tal aspecto el cargo está enderezado por la vía que técnicamente no corresponde.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

A pesar que el recurso no sale adelante, no se impondrán costas por el mismo por cuanto la parte que resultaría favorecida con las mismas ninguna intervención tuvo en su trámite.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del 2 de marzo de 1999, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, en el juicio promovido por Rosa Elvira Salazar Norcía al Instituto de Seguros Sociales.

Sin costas por el recurso.

Cópiase, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Fernando Vásquez Botero, Francisco Escobar Henríquez, José Roberto Herrera Vergara, Carlos Isaac Nader, Rafael Méndez Arango. (Aclaración de voto); *Luis Gonzalo Toro Correa, Germán G. Valdés Sánchez.*

Laura Margarita Manotas González, Secretaria.

ACLARACION DE VOTO

VIA INDIRECTA

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral.

Radicación 12383

Como el Tribunal de Medellín consideró irrelevante que Francisco Restrepo Rondón estuviera legalmente casado con Esperanza Berrio de Restrepo y conviviera maritalmente, según el juez de apelación, con Rosa Elvira Salazar Noreña, con quien contrajo matrimonio al enviudar, debo compartir la solución que se da al asunto en el recurso de casación, pues si se acepta -como lo admite el instituto recurrente- que "material y físicamente" pudo ocurrir que hicieran vida marital el pensionado Restrepo y la demandante, a pesar de hallarse él casado, dilucidar si "a la luz del mundo jurídico" dicha convivencia le podía representar a ella alguna ventaja al ser dable considerarla como "compañera permanente", es cuestión eminentemente jurídica y no fáctica.

Sin embargo, considero que la sentencia resulta contraria a derecho, pues si bien la Constitución Política de 1991 expresamente dispone que la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, "por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla", dicho precepto constitucional no puede entenderse como la autorización para que irresponsablemente alguien de manera simultánea constituya dos familias. Pues si la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, como lo proclama el artículo 42 de la Constitución, el recto entendimiento de la ley obliga a descartar como válida una interpretación de ella que permita la anómala situación de una convivencia simultánea con el cónyuge y con un "compañero" o "compañera" permanente.

La voluntad responsable de conformar una familia mediante vínculos naturales está condicionada, para que ella pueda tener efectos jurídicos patrimoniales amparados por la ley, a la circunstancia de que quienes toman la decisión de convivir no tengan impedimento alguno para contraer matrimonio.

Esto resulta, en mi criterio, de lo establecido en la Ley 54 de 1990, por la cual fueron definidas "las uniones maritales de hecho y [el] régimen patrimonial entre compañeros permanentes".

Es cierto que esta es una ley para regular los efectos de la "sociedad patrimonial" entre compañeros permanentes; pero en el artículo 3º de la Ley 54 de 1990 expresamente se dispone que "el patrimonio o capital producto del trabajo, ayuda y socorro mutuos pertenecen por partes iguales a ambos compañeros permanentes", por lo que no parece descabellado considerar que las prescripciones de dicha ley deben ser tomadas en cuenta por los jueces del trabajo cuando deban resolver los asuntos de su competencia; y ocurre que en el artículo 2º de ella se establece como una condición para que haya lugar a declarar judicialmente la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, que la "unión marital de hecho", además de haber existido por un lapso no inferior a dos años, lo haya sido "entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio"; y para el caso de que exista impedimento legal de los compañeros para contraer matrimonio, se hace necesario que "la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho".

Como lo he manifestado en otros casos en los que he salvado el voto o lo he aclarado frente a este punto de derecho, no debe pasarse por alto que antes de expedirse la Constitución de 1991, la Ley 45 de 1936 reconocía paladinamente la "familia natural" y que por medio de la Ley 54 de 1990 se reguló la situación jurídica de quienes convivían maritalmente sin estar legalmente casados.

De estas normas, anteriores a la Constitución Política en vigor, y que muestran palmariaente que antes de 1991 estaba legalmente regulada la "familia natural" (por lo que no se trata de ninguna invención de la asamblea constitucional de ese año), es forzoso concluir, según yo lo entiendo, que aun cuando existe la opción de formar una familia mediante el vínculo jurídico del matrimonio o por la decisión libre de convivir responsablemente, en principio quienes conforman esta unión marital de hecho son solteros; pero si no lo son, la sociedad o sociedades conyugales que uno o ambos integrantes de la pareja tenían antes de convertirse en compañeros permanentes, deben haberse disuelto y liquidado, por lo menos un año antes de la convivencia marital, para que sea procedente declarar judicialmente "esa sociedad patrimonial entre compañeros permanentes", de cuyo haber hace parte "el patrimonio o capital producto del trabajo".

Mas como antes lo dije, constituye una cuestión de derecho y no de hecho determinar si la situación de quien "material y físicamente" hizo vida marital con alguien que estaba pensionado y legítimamente casado, le puede representar alguna ventaja "a la luz del mundo jurídico", motivo por el cual comparto la apreciación de ser una controversia esencialmente jurídica y no fáctica, la que, desde luego, no es dable resolver por la vía que se escogió para formular el cargo.

Rafael Méndez Arango.

TESTIMONIO
PRUEBA CALIFICADA
REINTEGRO
Inconveniencia

ERROR DE HECHO

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral - Santa Fe de Bogotá, D.C., noviembre veintidós (22) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Doctor Fernando Vásquez Botero.

Radicación Nro. 12559

Acta Nro. 046

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Banco Cafetero contra la sentencia proferida el 19 de marzo de 1999 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, en el juicio que le sigue Germán Urueña Tautiva.

ANTECEDENTES

Mediante demanda que instauró Germán Urueña Tautiva al Banco Cafetero, cuyo conocimiento en primera instancia le correspondió al Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá, solicita, como pretensión principal, el reintegro, en las mismas condiciones de empleo, con el pago, incluyendo los aumentos, de los salarios dejados de percibir entre el despido y la fecha en que se efectúe el reintegro y que se declare la no solución de continuidad en la relación contractual para todos los efectos.

Subsidiariamente reclama que se condene a la entidad demandada a pagarle: el valor de la indemnización convencional por despido ilegal y sin justa causa; la pensión sanción; la indemnización moratoria, o, en su defecto, la indexación; las costas procesales.

Los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones formuladas, se pueden sintetizar así: que el demandante prestó sus servicios personales, subordinados, remunerados y en forma continua al Banco Cafetero, desde el 1º de agosto de 1972 hasta el 17 de enero de 1994, fecha en la cual la entidad demandada le comunicó la decisión de dar por terminado

el contrato de trabajo de duración indefinida; que el Banco dio por terminado el contrato de trabajo, sin que real ni jurídicamente existiera una justa causa, pues le imputó hechos no ciertos, derivados de una retaliación de personas insatisfechas por el cumplimiento estricto de sus deberes en materia de créditos como gerente de la agencia de Acacias, Meta, cargo que desempeñaba al momento del despido; que devengaba un salario mensual promedio de \$722.000.00, el cual se tomó por la entidad como base para la liquidación definitiva de las prestaciones sociales; que en forma mensual y periódica, hasta la terminación del contrato de trabajo, y en cumplimiento de la ley, el Banco dedujo de su salario el valor de la cuota de beneficio convencional con destino a la Unión Nacional de Empleados Bancarios (UNEB); que por ser beneficiario de la contratación colectiva de trabajo existente entre el Banco y sus trabajadores, en lo pertinente aquél le aplicó dicha convención; que el 8 de febrero de 1994 el demandado recibió el original de una reclamación laboral suscrita por el accionante y dirigida al doctor Gilberto Gómez Arango, en la que le pedía lo mismo que pretende con esta demanda, recibiendo respuesta negativa el 25 del mismo mes.

La entidad convocada al proceso al contestar la demanda manifestó su oposición a las pretensiones, tanto las principales como las subsidia-rias, y aceptó los hechos relativos con la relación contractual, sus extre-mos, el cargo desempeñado y la terminación unilateral del contrato, pero alegó que para esa determinación medió justa causa, que el Director de Recursos Humanos le dio a conocer mediante oficio N° DAP - dal-0136 de 17 de enero de 1994.

Previo el trámite de la primera instancia, mediante sentencia de fe-cha 31 de julio de 1998 el juzgado de conocimiento culminó condena con-tra el Banco Cafetero, ordenando el reintegro del actor en las mismas condiciones de empleo que gozaba al momento del despido y el pago de los salarios dejados de percibir, con los aumentos convencionales o arbitrarios causados hasta el reintegro efectivo, tomando como base la suma de \$382.592.00 mensuales, a partir del 18 de enero de 1994. Le impuso ade-más las costas de la instancia.

Impugnada la refenda providencia, la Sala laboral del Tribunal Supe-rior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá la CONFIRMÓ por senten-cia de 19 de marzo de 1999, imponiendo además las costas de la instan-cia a la parte demandada.

Señaló la Corporación respecto del punto controvertido -la termina-ción unilateral de contrato de trabajo-, que al Banco demandado le com-petía demostrar la justeza del despido y las razones expuestas en el oficio No DAP, dal 0136 de 17 de enero de 1994, suscrito por el Director de Re-cursos Humanos y que no lo hizo.

Respecto de la primera causa del despido, esto es, la irregular nego-ciación de venta de arroz, sin autorización previa por parte de la dirección general, con los señores Laim Gonzalo Romero Pardo y Uriel Pardo, con-cluyó la Sala lo siguiente:

A las anteriores se circunscribe la prueba allegada a los autos, por la primera causa, sin que se hubiera anexado la prueba documental aludida en la carta de despido, prueba que no permite llegar al convencimiento a la Sala, sobre la ocurrencia del hecho achacado al demandante, pues no aparece en forma clara y precisa que éste hubiera tenido relaciones comerciales con las sociedades mencionadas en la carta de terminación del contrato de trabajo, pues un hecho de tal trascendencia en el campo laboral, terminación del contrato de trabajo después de veinte años de servicios, merece especial atención y no debe quedar duda que el trabajador cometió una o unas faltas graves, así calificadas en el reglamento interno de trabajo, para que tenga que imponerse esa medida (...).

Sobre el segundo motivo invocado en la comunicación aludida - permitirle el demandante a la trabajadora Sara Rocío Betancourt Moreno desempeñar labores en su tiempo libre en las instalaciones del Banco, dijo la Sala que:

"(...) No se probó este hecho, solo obra lo declarado por el accionante en los descargos de donde no se puede concluir que la mencionada empleada hubiera laborado antes de ser nombrada, cuestión que es corroborada con la documental de folio 209 a 210, pues lo realmente sucedido fue que la citada empleada antes de la vinculación al banco, en forma esporádica concurría a la entidad a cerciorarse de las eventuales funciones, pero no en la forma que pudiera deducirse existencia de un contrato de trabajo."

En virtud de las anteriores premisas, concluye el Tribunal, que al no existir justa causa para terminar el contrato de trabajo al accionante, se impone el reintegro al cargo que desempeñaba al momento del despido, en la forma prevista en el artículo 21 cláusula 10ª de la convención colectiva de trabajo suscrita el 26 de junio de 1972, ratificada en la convención suscrita el 23 de mayo de 1978, la cual se encontraba vigente a la finalización de la relación contractual laboral, por lo expresado en el artículo 16 del acuerdo convencional de junio 16 de 1992, toda vez que no existe motivo que lo haga incompatible o desaconsejable, al no aparecer dentro del expediente hecho que así lo determine. Que por el contrario, dada la antigüedad y experiencia del demandante, ello hace que en últimas el Banco demandado sea quien resulte beneficiado con el reintegro ordenado.

EL RECURSO DE CASACIÓN

Fue interpuesto por la parte demandada, concedido por el Tribunal y admitido por esta Corporación, que se procede a decidirlo, previo el estudio de la demanda que lo sustenta y su réplica.

A la impugnación el recurrente le imprimió el siguiente alcance:

"Con el presente recurso extraordinario de casación se pretende que la H. Corte Suprema de Justicia CASE TOTALMENTE la sentencia de segunda instancia.

Una vez constituida en sede de instancia, se servirá la H. Corte, de manera principal, REVOCAR la sentencia del *a quo* y en su lugar ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

En subsidio, se servirá REVOCAR la providencia del *a quo* para ABSOLVER del reintegro con todas sus consecuencias y CONDENAR al pago de la indemnización convencional por despido sin justa causa.

Con apoyo en la causal primera de casación, la censura le hace a la sentencia de segunda instancia dos cargos, que se estudiarán independientemente.

Primer cargo.

"Acuso la sentencia por la causal primera de casación contenida en el artículo 60 del decreto Ley 528 de 1964, esto es, por violar en forma indirecta y por indebida aplicación los artículos 49 de la Ley 6 de 1945; 19, 28, 29, 30, 31, 34, 47, 48 del Decreto 2127 de 1945; 467 a 471 del C.S.T.; artículos 6, 51, 60, 61 y 145 del C.F.L.; artículos 174, 175, 177, 184, 195, 200, 213, 244 a 246, 251, 255, 258, 264, 268, 276, 279 del C.F.C."

Anota la recurrente que esas violaciones tuvieron origen en los siguientes errores manifiestos de hecho en que incurrió el *ad quem*:

1. No tener por demostrado, a pesar de estarlo, que el reglamento interno de la demandada calificó como falta grave el "hacer negocios con los mismos (clientes o solicitantes de crédito de la institución) sin autorización previa de la Dirección General" (fols. 138 a 183, particularmente el 167).

2. No tener por demostrado, a pesar de estarlo, que el reglamento interno de trabajo de la demandada calificó como falta grave el "excederse en las atribuciones otorgadas, sin previa autorización del superior competente" (folios 136 a 183, particularmente el 167).

3. No tener por demostrado, a pesar de estarlo, que la Convención Colectiva de Trabajo consagra como justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por parte del Banco Cafetero "Cualquier falta grave, calificada como tal en convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos de trabajo" (folios 313 a 346, especialmente el 332).

4. No tener por demostrado, a pesar de estarlo, que el demandante realizó negocios con los clientes y/o solicitantes de crédito de la institución bancaria, que se mencionan en la carta de terminación de su contrato de trabajo.

5. Tener por demostrado, a pesar de no estarlo, que "no aparece en forma clara y precisa que éste (el demandante) hubiera tenido relaciones comerciales con las sociedades mencionadas en la carta de terminación del contrato de trabajo" (folio 298).

6. No tener por demostrado, a pesar de estarlo, que el demandante no probó haber obtenido de la Dirección General del Banco "autorización previa" para hacer los negocios con clientes y/o solicitantes de crédito, que dieron lugar a su despido.

7. No tener por demostrado, a pesar de estarlo, que el demandante se excedió en el ejercicio de las atribuciones otorgadas, al permitir que la señorita Sandra Rocio Betancourt Moreno prestara servicios al Banco desde el 26 de junio de 1991 hasta el 2 de septiembre de 1991, "sin previa autorización del superior competente".

8. No tener por demostrado, a pesar de estarlo, que el demandante incurrió en faltas de las calificadas en la empresa demandada como graves.

9. No tener por demostrado, a pesar de estarlo, que las faltas calificadas como graves, en que incurrió el trabajador, justificaron su despido".

Sostiene la censura que esos errores manifiestos de hecho, a su turno, fueron originados en una equivocada apreciación de las siguientes pruebas: documento DAP, dal 0136 (fls. 39 a 41); documento DAP, dal 3020 (fls. 42 a 47); Documento contentivo de la diligencia de descargos efectuada al demandante (fls. 48 a 61 y 211 a 224); Testimonios de los señores Uriel Pardo Moreno (fls. 78 a 84); Laín Gonzalo Romero Pardo (fls. 84 a 89); Carlos Enrique Moshamer Hernández (fls. 103 a 104); y Marco Antonio Torres E. (fls. 103 a 104); reglamento interno de trabajo de la demandada (fls. 138 a 183); Certificación suscrita por la señora María del Carmen Díaz de Nieto y otros empleados del Banco Cafetero (fls. 209 a 210); Convenciones Colectivas de Trabajo (fls. 1 a 17 y 313 a 346).

Así mismo, el recurrente denuncia como pruebas no apreciadas las siguientes: documento contentivo de las funciones de gerente en el Banco Cafetero (fls. 130 y 131); documentos relacionados con la empresa Industria Arrocería Superior Ltda., números 01425 y 01721 (fls. 186 a 188); documentos contentivos de solicitudes de préstamo agropecuario por Industria Arrocería Superior Ltda., (fls. 189 y 190); documento contentivo de la "liquidación cartera de crédito" de Industria Arrocería Superior Ltda., documentos contentivos de solicitudes de préstamo agropecuario Molino Arroces del Llano Ltda. (fls. 192 y 193); documento contentivo de comunicación suscrita por el demandante, fechada 12 de abril de 1993 (fls. 200 y 202); documento contentivo del acta de junta de socios de la Industria Arrocería Superior Ltda. (fl. 203); comunicación distinguida con el número 1586 de abril 16 de 1993 (fl. 205); comunicación DPF-1290 (fls. 206 y 207); acta de conciliación extrajudicial laboral (fl. 241).

DEMOSTRACIÓN DEL CARGO

Para fundamentar la acusación expresa el recurrente: que en el proceso ni en la sentencia impugnada se discute la existencia en la entidad

demandada, de un reglamento interno de trabajo y de una convención colectiva de trabajo, como tampoco la calidad de sometido o amparado del demandante a cada una de dichas fuentes; que la Convención Colectiva de Trabajo en el artículo 21, cláusula 5ª, vigente en la fecha de desvinculación del actor, reconoce como justa causa de despido cualquier falta calificada como grave, entre otros en el reglamento interno de trabajo; que una correcta apreciación del art. 66, numeral 2º de dicho Reglamento, habría llevado al *ad quem* a concluir que por haber realizado el demandante negocios con clientes y/o solicitantes de crédito del Banco, sin autorización previa de la Dirección General, constituía una de las justas causas de despido aducidas, y que por haberse excedido en sus atribuciones sin previa autorización del superior, se configuraba la otra justa causa: que esos negocios los reconoció el actor en la diligencia de descargos y el carácter de clientes y/o solicitantes de crédito de tales sociedades aparecen ratificados en los documentos que el *ad quem* ni siquiera apreció (numerales 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 del aparte "falta de apreciación de pruebas" referido en el cargo en comento; que la discusión sobre los móviles determinantes de los negocios en citas, que prolijamente realiza el *ad quem* en la sentencia, no resulta relevante a la luz del tenor literal del art. 66, numeral 2º del Reglamento Interno de Trabajo, cuyo texto no puede ser desconocido por el fallador so pretexto de calificar él la gravedad de las conductas allí descritas, como lo enseña la jurisprudencia de esta Sala; que dado que las negaciones indefinidas, según la teoría de la prueba, debe demostrarlas quien pretende liberarse de las consecuencias de la omisión, en este caso, al actor, no lo hizo, razón por la cual resulta inapropiada la conclusión del Tribunal al expresar que "es a la demandada a quien compete demostrar la justeza del despido..."; que el art. 66, numeral 3º del Reglamento en citas califica como falta grave del trabajador excederse en las atribuciones otorgadas, sin previa autorización del superior y que el documento obrante a fols 130 y 131 precisa las funciones de los gerentes del Banco demandado, dentro de las cuales no figura la de vincular personal o autorizar la prestación de servicios, poniendo en riesgo al Banco, como lo hizo el demandante al permitir la prestación de servicios a la señorita Betancourt Moreno como se demuestra con el documento de folios 209 y 210 erróneamente apreciado por el *ad quem* y con el que obra a fo. 241 que ni siquiera mencionó la Sala; que de no haberse presentado esos errores de hecho manifiestos y ostensibles el *ad quem* habría absuelto a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

LA RÉPLICA

Destaca el opositor: que los errores de hecho deben ser manifiestos y protuberantes, y que en este caso corresponde al recurrente la carga de desvirtuar la presunción de legalidad y acierto que ampara la decisión impugnada, estando obligado a comprobar el desacierto, poniendo de presente, que es ostensible y demostrando que la decisión del sentenciador surge de sus deficiencias por la errónea apreciación o por la falta de apre-

ciación de las pruebas; que la apreciación errónea se da respecto de un documento auténtico, de una confesión judicial o de una inspección judicial, con lo cual se excluyeron legalmente los distintos medios de prueba; que es evidente que la sentencia del *ad quem* se apoya en la prueba testimonial fundamentalmente para llegar a la conclusión de la no existencia de una justa causa por parte del empleador para dar por terminado el contrato de trabajo, y que por esa circunstancia no es procedente la sustentación del recurso con respaldo en dicho medio probatorio; que además no se concreta, en cuanto a la prueba no calificada, la errónea apreciación.

SE CONSIDERA

El Tribunal para examinar lo relativo a la terminación del contrato de trabajo empieza por transcribir los motivos que adujo la demandada para tomar esa determinación, y seguidamente entra a referirse a los testimonios de Carlos Enrique Moshamer Hernández y Marco Antonio Torres, como también a lo expresado por el demandante con respecto a dos mil bultos de arroz paddy que dejó guardados en el Molino Arroces del Llano, para finalmente concluir:

'A las anteriores se circunscribe la prueba allegada a los autos, por la primera causa, sin se que hubiera anexado la prueba documental aludida en la carta de despido, prueba que no permite llegar al convencimiento a la Sala, sobre la ocurrencia del hecho achacado al demandante, pues no aparece en forma clara y precisa que éste hubiera tenido relaciones comerciales con las sociedades mencionadas en la carta de terminación del contrato de trabajo, pues un hecho de tal trascendencia en el campo laboral, terminación del contrato de trabajo después de veinte años de servicios, merece especial atención y no debe quedar duda que el trabajador cometió una o unas faltas graves, así calificadas en el reglamento interno de trabajo para que tenga que imponerse esa medida. Nótese cómo los testigos son vagos en sus declaraciones, hasta referir al señor Pardo Moreno, cuando indica que 'él me llama a mí que no tengo nada que decir, debía llamar a mi hermano que fue el que tuvo tratos más directos en cuanto a relaciones comerciales, porque era el gerente de Arroces del Llano, Molinos Arroces del Llano Ltda.' (sic) (f. 81), de donde se infiere que no tiene conocimiento personal de la situación declarada'

Así mismo, el *ad quem* también expresó:

'Sobre el segundo motivo, invocado en la comunicación del 17 de enero de 1994, a cerca de la situación de la trabajadora Sara Rocío Betancourt Moreno, de permitirle el demandante 'desempeñar labores en sus tiempos libres en las instalaciones del Banco' no se probó este hecho, solo obra lo declarado por el accionante en los descargos de donde no se puede concluir que la mencionada empleada hubiera laborado antes de ser nombrada, cuestión que es corroborada por la documental de folio 209 a 210, pues lo realmente sucedido fue que la citada empleada antes de la vin-

culación al banco, en forma esporádica concurría a la entidad a cerciorarse de las eventuales funciones, pero no en la forma que pudiera deducirse de un contrato de trabajo"

Planteadas la situación así, encuentra la Sala, en primer término, que al sentenciador de segundo grado no puede imputársele un error evidente en razón a un desvío estimativo de las pruebas que tuvo en cuenta como sustento de su fallo, ya que los medios probatorios a los que remitió con tal fin, y para finalmente acceder pretensiones de la demanda, objetivamente no indican una conclusión fáctica diferente a la que dio por acreditada. Así se asevera por lo siguiente:

1. El documento que señala la censura como "DAP-dal 0136", visible a folios 39 a 41, relacionado con la carta de despido enviada al demandante, lo que demuestra no es la veracidad en la ocurrencia de aquellas imputaciones que se hacen al promotor del proceso, sino simple y llanamente que la iniciativa del finiquito contractual provino de la entidad bancaria demandada y que las causas que allí se enuncian fueron las que motivaron la decisión adoptada. Eso fue lo que dedujo el Tribunal del susodicho documento.

2. El pliego de cargos que el empleador le formuló al demandante y los descargos que éste presentó, que constan de folios 42 a 61, tampoco permiten concluir que existió la causal o motivo aducido por la convocada al proceso en la determinación que a la postre adoptó. Esto porque, contrario a lo que esgrime la censura, el actor no aceptó haber incurrido en alguno de los hechos que se le imputaron, especialmente el que atañe con la existencia de negocios particulares realizados con la Industria Arrocería Superior Ltda y Molino Arroces del Llano, referidos en el desarrollo del cargo. De tales documentos no es posible inferir, entonces, confesión al no darse los supuestos que exige el artículo 195 del Código Procedimiento Civil.

3. La certificación que se atribuye a algunos empleados del Banco, visible a folio 209 a 210, es un documento proveniente de terceros que como lo ha señalado la jurisprudencia se equipara al testimonio, prueba que es sabido no es calificada para demostrar un error de hecho en casación. Pero, además, el Tribunal no le puso a decir nada diferente a lo que allí aparece consignado, esto es, que Sara Rocío Betancourt Moreno antes de vincularse laboralmente al Banco, concurría a la entidad a cerciorarse de las eventuales funciones; pero de sus términos no puede deducirse la existencia de un contrato de trabajo.

4. Mal pudo incurrir el juzgador en la incorrecta apreciación que denuncia el recurrente de la convención colectiva de trabajo y el Reglamento Interno de Trabajo, ya que no afirmó ni negó que los motivos aducidos para romper el contrato estuviesen consagrados en esas dos codificaciones como justas causas para tomar esa determinación, silencio que no es sino obvia consecuencia de su conclusión en el sentido que aquellos no estaban plenamente acreditados, pues ello hacía innecesario entrar a ese análisis.

Y en lo que hace a la prueba testimonial denunciada como erróneamente valorada, que sería la que pudiera comprometer al demandante en las conductas reprochadas en la carta de despido, especialmente en cuanto hace relación a los nexos comerciales de éste con las sociedades arroceras clientes del Banco, ya se dijo que tal elemento probatorio no es calificado en casación, y si bien la Corte ha admitido su examen, también lo es, que ello solo procede cuando el yerro fáctico se acredita con prueba que tenga esa connotación; situación que no se presenta en el asunto que es objeto de estudio.

De otra parte, en lo que respecta a las pruebas denunciadas por su no apreciación en la providencia recurrida, se tiene que el examen tanto individual como conjunto de ellas, no es posible extraer una deducción contraria a la que llegó el Tribunal para que de esa forma se amerite la infirmación del fallo cuestionado en el asunto puntual objeto de acusación. Y es que ninguno de esos medios probatorios dan noticia del comportamiento irregular por parte del demandante en el otorgamiento de créditos, ni de la existencia de negocios particulares entre el actor y las empresas arroceras que allí se indican o en general de haber incurrido en los hechos que le imputa la demandada como motivantes para la terminación unilateral del contrato de trabajo.

En conclusión el cargo no prospera.

Segundo Cargo

"Acuso la sentencia por la causal primera de casación contenida en el artículo 60 del Decreto Ley 528 de 1964, esto es, por violar en forma indirecta y por indebida aplicación, los artículos 49 de la Ley 6 de 1945; 19, 28, 29, 30, 31, 34, 47, 48 del Decreto 2127 de 1945; 467 a 471 del C.S.T.; artículos 6, 51, 60, 61 y 145 del C.P.L.; artículos 174, 175, 177, 194, 195, 200, 213, 244 a 246, 251, 255, 258, 264, 268, 276, 279 del C.P.C."

Alega el censor que la infracción de la ley se produjo en forma indirecta porque el *ad quem* aplicó indebidamente las normas mencionadas para confirmar la decisión de primer grado que condena al reintegro del demandante.

Resalta, además, que la referida violación es consecuencia de errores manifiestos y ostensibles que contiene la sentencia acusada, como son:

1. No tener por demostrada, a pesar de estarlo, la existencia de circunstancias que desaconsejan el reintegro del demandante a la entidad demandada.
2. Tener por demostrado, a pesar de no estarlo, que "(...) no aparece dentro del expediente hecho que lo haga (el reintegro) incompatible o desaconsejable".

A su turno sostiene el impugnante, que los relacionados errores de hecho fueron el producto de una equivocada apreciación de: los documentos DAP, dal distinguidos con los números 0444, 0136 y 3020 (fls 8, 39

a 41, 42 a 47); del documento contentivo de la diligencia de descargos del demandante (fls. 48 a 61); de los testimonios de Uriel Pardo Romero y Laín Gonzalo Romero Pardo (fls. 78 a 89); reglamento interno de trabajo de la demandada (fls. 138 a 183); certificación suscrita por la señora María del Carmen Díaz de Nielo "y otros empleados del Banco Cafetero" (fls. 209 a 210); Convenciones Colectivas de Trabajo (fls. 1 a 17 y 313 a 346 del anexo).

Así mismo, se señalan como no apreciadas las mismas pruebas a las que se les atribuye igual falencia probatoria en el primer cargo y que ya fueron relacionadas.

DEMOSTRACIÓN DEL CARGO

La censura acepta que si bien las faltas cometidas por el demandante no tuvieron la entidad suficiente para configurar justas causas de despido, sí está claro que para el desempeño de cargos como el de gerente u otros de superior jerarquía, se requiere de un grado de confianza y responsabilidad que es imposible depositar y encontrar en alguien, que como el actor, ostentó frente a las Empresas Industria Arrocería Superior Ltda y Molina Arroces del Llano Ltda; representante del Banco Cafetero, otorgante de créditos y otros beneficios financieros, y persona natural, ejerciendo actividades comerciales, conducta que, a su juicio, puede llegar a lesionar altamente los intereses del Banco y los de sus clientes, amén de la relación que estableció en nombre del Banco con la señorita Sara Rocío Betancourt, mostrando de esa manera una incapacidad para decidir correctamente sobre asuntos administrativos cotidianos puramente objetivos. Que esa grave incidencia de que un gerente confunda esa clase de roles se ve ratificada en la prohibición que sobre el particular contiene el Reglamento Interno de Trabajo; que por esa razón y por lo que demuestran los documentos en comento, el *ad quem* debió concluir que no era prudente el reintegro; que en tal virtud, si el primero de los cargos no prospera, debe hacerlo éste, CASANDO TOTALMENTE la sentencia, a fin de que, en sede de instancia, se decida de conformidad con la pretensión subsidiaria del alcance de la impugnación (fls 21 a 24).

LA RÉPLICA

Señala que en este cargo se indican 9 clases de prueba equivocadamente apreciadas por el *ad quem*, y 10 por falta de apreciación, pero que en la demostración del cargo, el censor no hace el análisis individual de cada una, siendo por ende, deficiente su demostración, y la Corte no puede asumirla de oficio.

Con respecto al estudio de la ex empleada Sara Rocío Betancourt, anota que no puede decirse que fue mal apreciada la documental de fl. 209 porque allí se dice que iba a ser nombrada como empleada y que sobre el particular recibió algunas instrucciones y que luego llegó el nombramiento, lo cual en su sentir no puede calificarse como justa causa para despedir a una persona con más de 10 años de servicios; que las mismas razones pueden darse respecto de la documental de folio 241.

SE CONSIDERA

El ataque que hace el censor a través del presente cargo se encuentra íntimamente relacionado con el alcance subsidiario que le imprimió a la impugnación, en la medida en que el único punto de discrepancia con la sentencia recurrida, gira en dirección a que contrario a lo deducido por el Tribunal sí existen circunstancias que desaconsejan el reintegro ordenado. De ahí que tanto los errores de hecho denunciados como el esfuerzo dialéctico del impugnante en su demostración, apuntan a tal finalidad, en cuanto afirma: "Se acepta, de manera hipotética y para efectos de este cargo, que no existieron justas causas para el despido del demandante".

Para dilucidar el aludido aspecto que genera inconformidad en el recurrente, debe recordar la Corte que aun cuando no se acredite la justa causa aducida por el empleador para el fenecimiento del contrato de trabajo, ello no impide analizar si la reanudación del vínculo contractual laboral resulta o no aconsejable, para lo cual puede y debe tenerse en cuenta los mismos hechos invocados en sustento del despido u otros distintos, ya sean anteriores, concomitantes o posteriores a esa determinación.

Planteadas la situación así, encuentra la Sala que del examen a las pruebas acusadas de enérgicamente apreciadas, específicamente de la misma carta de terminación del contrato de trabajo de folio 39 a 41; el pliego de cargos de folio 42 a 47 y la diligencia de descargos surtida con el promotor del proceso, se evidencia, contrario a lo sostenido por el Tribunal, que sí existen circunstancias que no aconsejan la reanudación del vínculo contractual laboral, pese a que las fallas imputadas al trabajador no lograron ser acreditadas en el curso del proceso.

Así se afirma por que si bien el hecho relacionado con la venta de arroz por parte del actor con clientes de la entidad bancaria no fue demostrado en los términos en que se le imputó, también lo es que aceptándose las explicaciones que con relación al mismo dño en la diligencia de descargos, lo que él denomina que lo dejó "a guindar", es indudable que constituye una vinculación con un usuario de la entidad bancaria que crea unos nexos que a la postre pueden dar lugar a equívocos y deteriorar los lazos netamente comerciales entre institución y cliente, que es indudablemente lo que busca evitar el reglamento interno de trabajo al exigir que para "hacer negocios" con clientes se obtenga la autorización de la dirección general.

Para la Sala la precitada circunstancia es de por sí suficiente para deducir de ella la pérdida de confianza de la demandada en la importante y delicada gestión que le compete a quien dirige los destinos de la entidad bancaria en una de sus sucursales o agencias, al posibilitar una duda razonable sobre el buen comportamiento del demandante, la que no puede pasarse por alto, se repite, debido a la posición jerárquica que éste ostentaba al servicio del banco.

Es por lo anterior, entonces, que para la Corte el Tribunal en efecto incurrió en el error que denuncia el recurrente, al no tener por establecido, a

pesar de estarlo, la existencia de circunstancias que desaconsejan el reintegro del demandante a la demandada, por lo que el cargo habrá de prosperar.

Aunque lo anterior no obsta para agregar que de la prueba relacionada en el cargo se coligen otras situaciones que tampoco hacían aconsejable el reintegro del actor: sus desavenencias con algunos clientes del Banco, que inclusive llevaron a éstos a presentar las denuncias puntualizadas en la carta de despido, y las que son indicativas del deterioro de la buena imagen que debe tener quien dirige una entidad de la naturaleza de la demandada; los epítetos que el demandante utiliza frente al funcionario que adelantó la investigación interna del Banco (deshonesto, paralizado, mal intencionado y de mala fe), que muestran el resquebrajamiento en sus relaciones con otros servidores de la empleadora, que nada bueno deja en bien de la óptima marcha de aquélla, y que puede constituirse en un obstáculo para el desarrollo equilibrado y armonioso de la vinculación contractual laboral. Así se expresó el demandante en la diligencia de descargos contra el funcionario que investigó las denuncias: "Observo, con preocupación la directriz unilateral con que el funcionario Gentil Charry Donilla, abogado de la dirección de seguridad, maneja la investigación, no solamente dejando de lado la averiguación y análisis de los hechos que desvinculaban mi participación sino que además en forma maliciosa y tendenciosa analizó pruebas dándoles el significado y las palabras que nunca tuvieron, como se verá oportunamente (...). Lo que afirma el investigador es una falsedad que no requiere mayor análisis y que muestra desde un principio la parcialidad o quizás la deshonestidad que lo enfilaron en la investigación". (subrayas fuera de texto). (folio 215 y 216)

Prospera, entonces, el cargo.

No se impondrán costas en el recurso extraordinario dada la prosperidad parcial de la acusación.

Ahora bien, como la decisión de primera instancia, que ordenó el reintegro, en sede de instancia, habrá de revocarse, para mejor proveer, se dispone que por la Secretaría se libre oficio al Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE-, para que expida certificación sobre la variación del índice de precios al consumidor desde enero de 1994, mes en que el actor fue despedido, y hasta la fecha de la misma.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del 19 de marzo de 1999, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, en cuanto prohibió la decisión del a quo de ordenar a la entidad bancaria demandada a reintegrar al actor al cargo que desempeñaba al momento del despido con el pago de los salarios dejados de percibir.

En sede de instancia, para mejor proveer, se dispone que la Secretaría libre oficio conforme a lo ordenado en la parte motiva.

Cópiese y notifíquese

Fernando Vásquez Botero, Francisco Escobar Henríquez, Carlos Isaac Náder, Rafael Méndez Arango, Luis Gonzalo Toro Correa, Germán G. Valdés Sánchez

Laura Margarita Manotas González, Secretaria

PENSION DE SOBREVIVIENTES
Aplicación del acuerdo 049 de 1990

PENSION DE SOBREVIVIENTES

PRINCIPIO DE LA CONDICION MAS BENEFICIOSA

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral. Santa Fe de Bogotá, D.C., noviembre veintidós (22) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: *Fernando Vázquez Bolero.*

Radicación Nro. 12627

Acta Nro. 046

Resuelve la Corte el recurso de casación que interpuso el Instituto de Seguros Sociales contra la sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dictada el 26 de marzo de 1999 en el juicio ordinario laboral que promovió Lucía del Socorro Aguilar contra el recurrente.

ANTECEDENTES

Lucía del Socorro Aguilar demandó al Seguro Social para que se declare que le asiste derecho a la pensión de sobrevivientes en razón de la muerte de su compañero Oscar de Jesús Sierra Aguilar y para que, en consecuencia, se condene al Seguro a pagarle la dicha pensión con sus mesadas adicionales y la sanción por pago inoportuno o indexación.

Para fundamentar las pretensiones afirmó que solicitó al Seguro Social el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes o la indemnización sustitutiva como compañera permanente del señor Oscar Sierra Aguilar, quien falleció el 10 de febrero de 1996; que mediante Resolución 012829 del 28 de octubre de 1997 le negaron la pensión y le concedieron la indemnización sustitutiva; que recurrió la citada resolución con base en que optaba por la pensión de sobrevivientes prevista en el régimen reglamentario del Seguro y conforme al artículo 48 de la Ley 100 de 1993, más favorable que el consagrado en la nueva ley de seguridad social, pese a lo cual la decisión fue confirmada.

El Seguro Social se opuso alegando que en el momento en que falleció el compañero de la demandante "no se encontraba cotizando al sistema y

a pesar de acreditar aportes durante 414 semanas, ninguna de ellas fue cotizada durante el año inmediatamente anterior a su deceso"; consideró que la demandante no reunía los requisitos exigidos por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, por lo que concedió la indemnización sustitutiva de acuerdo con el artículo 49 *ibidem*; y rechazó la aplicación del acuerdo 049 de 1990 al estimar que la situación contemplada en el inciso 4° del artículo 46 de la citada ley se refería a la circunstancia de que se cumplieran los requisitos de los dos regímenes para que se pudiera acceder al monto de la pensión previsto en el sistema anterior.

El Juzgado 6° Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia del 18 de septiembre de 1998, condenó al Seguro a pagar a la actora la pensión de sobrevivientes desde el mes de enero de 1995 y lo absolvió de lo demás.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Apeló el Seguro Social y el Tribunal de Medellín, en la sentencia aquí acusada, confirmó la del Juzgado.

El Tribunal tuvo por demostrado que Oscar de Jesús Sierra Aguilar falleció el 10 de febrero de 1996 por una causa no profesional, que estuvo afiliado al Seguro Social para el cual cotizó 414 semanas en los riesgos de invalidez, vejez y muerte, y que su compañera, la demandante, acudió al Seguro en demanda de la pensión de sobrevivientes, que le fue negada.

El Tribunal estudió los artículos 6 y 25 del Decreto 758 de 1990, así como el 11 de la Ley 100 de 1993 y concluyó que a la demandante le asistía el derecho a la pensión de sobrevivientes.

Al respecto dijo:

"Si realmente el asegurado fallecido había logrado acumular 414 semanas, cotizadas durante toda su vida laboral y en vigencia de las normas que se acaban de reproducir, para nada incidía el contenido del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 frente a la prestación económica reclamada, como acertadamente lo dedujo la juez *a quo*, apoyada en reciente jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, cuya transcripción hizo en la sentencia que ahora se revisa".

EL RECURSO DE CASACIÓN

Lo interpuso la parte demandada. Con él pretende que la Corte case parcialmente la sentencia impugnada en cuanto confirmó la condena impuesta por el Juzgado al Seguro Social de pagar la pensión de sobrevivientes a la actora, para que, una vez convertida en Tribunal de instancia, revoque la dicha condena dispuesta en primer grado por el Juzgado del conocimiento y, en su lugar, lo absuelva de la pensión reseñada.

Con ese propósito formula un cargo a la sentencia del Tribunal, que fue replicado.

El cargo acusa al Tribunal por violar directamente, "por infracción directa (en la modalidad de falta de aplicación en la que también se traduce en casación laboral la infracción directa según la jurisprudencia y doctrina reiterada al respecto) los artículos 46, 151 y 289 de la Ley 100 de 1993, en relación con el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, lo que implicó la aplicación indebida de los artículos 6, 25 y 27 (en cuanto este precepto consagra como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, a la compañera permanente) del Acuerdo 049 de 1990 (Acuerdo que fue aprobado por el artículo 1 del Decreto 758 de 1990) y 11 y 47 (que también, entre otros, consagra como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a la compañera permanente) de la Ley 100 de 1993, en relación con los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946 y 259 del Código Sustantivo del Trabajo".

Para demostrar la violación de la ley, afirma:

"Para resolver el asunto sometido a su consideración, el Tribunal concluyó que las disposiciones aplicables al presente caso eran 'los artículos 6 y 25 del Decreto 0758 de 1990 (sic), aprobatorio del Acuerdo 049 del mismo año' en armonía con el artículo 11 de la Ley 100 de 1993.

"No obstante, el Tribunal no advirtió que las normas aplicables al presente caso eran las pertinentes de la Ley 100 de 1993 que regulan los requisitos exigidos para acceder a la pensión de sobrevivientes, y no las que consagran idéntica prestación en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

"Las razones jurídicas que llevaron al *ad quem* a concluir de la manera como lo plantea en la sentencia (ver folio 131, C. de instancia) no son válidas por lo siguiente:

"El artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo establece perentoriamente que dada su naturaleza de orden público las normas sobre trabajo producen efecto general inmediato, lo que significa que deben aplicarse desde el mismo momento en que empiezan a regir, afectando inclusive a los contratos de trabajo que estén vigentes o en curso en ese instante, pero respetando las situaciones definidas o consumadas.

"El efecto general inmediato de las normas sobre trabajo se concreta en que deben regular las situaciones que se presenten con posterioridad a su vigencia. Y el carácter de no retroactividad de las leyes como principio general de derecho, equivale a mantener la seguridad jurídica y la confianza de las personas hacia las normas que rigen su vida y su relación social en todos sus aspectos.

"Las normas que consagran los derechos individuales de las personas condicionan su adquisición o su causación a los supuestos fácticos que ellas exigen. De ahí que sólo cuando se cumplan los requisitos exigidos por una norma (y en vigencia de ésta) para acceder a un beneficio, se puede decir que existe un derecho adquirido. Este derecho adquirido no puede ser desconocido por norma posterior alguna, y en ello la filosofía

del artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo corresponde plenamente con el ordenamiento jurídico que ha venido rigiendo en nuestro país.

"Más cuando alguno (o algunos) de los requisitos exigidos para adquirir o causar un derecho no ha sido cumplido bajo la vigencia de la norma que lo consagra, se está entonces en presencia de una mera expectativa, que se traduce en una simple espera o en la posibilidad de adquirir ese derecho cuando los hechos o las situaciones que falten tengan ocurrencia.

"Pero mientras exista para la persona esa mera expectativa o posibilidad de adquirir un derecho, la norma que lo consagra puede ser modificada en cuanto a los requisitos y cuando ello sucede, aún haciendo más gravosas las condiciones para su adquisición o causación, jamás podría decirse que se ha vulnerado derecho alguno, pues no se ha causado ni adquirido el que consagraba el precepto anterior.

"Es indudable que el artículo 6 del Acuerdo 049 de 1990, Acuerdo que fue aprobado por el artículo 1 del Decreto 758 del mismo año, establecía como requisitos para la pensión de invalidez de origen común que el afiliado fuera declarado inválido permanente total, inválido permanente o gran inválido, y que hubiera cotizado para el seguro de invalidez, vejez y muerte, 150 semanas dentro de los seis años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o 300 semanas, en cualquier época con anterioridad a dicho estado. De la misma manera el artículo 25 ibídem, literal a), prescribió que había lugar a la pensión de sobrevivientes por muerte por riesgo común "Cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común".

"Pero dichos requisitos fueron modificados por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, que prescribió que el derecho a la pensión de sobrevivientes se causa por la ocurrencia de una de las dos siguientes situaciones:

"a) Que el afiliado esté cotizando al régimen y hubiera, cotizado por lo menos 26 semanas al momento de producirse el estado de invalidez, o

"b) Que habiendo dejado de cotizar al régimen, hubiere efectuado aportes de 26 semanas, por lo menos, dentro del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte

"Si se tiene en cuenta que el causante Oscar de Jesús Sierra Aguilar falleció el 10 de febrero de 1996, no hay duda alguna que en esa precisa fecha las disposiciones de la Ley 100 de 1993 ya estaban en plena vigencia, conforme se desprende de sus artículos 151 y 289, por lo que de acuerdo con las anteriores consideraciones, es sumamente claro que los preceptos que debían aplicarse en el presente caso eran los de la dicha Ley y no los del Acuerdo 049 de 1990 que fueron los que aplicó de manera indebida el Tribunal".

La entidad recurrente transcribe la sentencia de casación del 24 de abril de 1997, radicación 9526, y concluye diciendo que el principio de

universalidad no permite eludir el cumplimiento de los requisitos legales exigidos para adquirir los derechos conferidos a los afiliados cotizantes al sistema.

La demandante opositora solicita, a su vez, que se mantenga la sentencia acusada y para ello invoca jurisprudencia de la Corte.

SE CONSIDERA

El estudio de la acusación permite concluir que la tesis central desde la que se controvierte la sentencia del *ad quem*, consiste en que el pedimento pensional de la demandante debe ser estudiado en el marco del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, que es la norma que contiene los "requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes", y que estaba vigente cuando el asegurado causante falleció.

Empero, examinada la sentencia cuestionada, halla la Corte que a la acusación no le asiste razón al endilgarle a la sentencia el concepto de violación de la ley que denuncia: "infracción directa" (en la modalidad de falta de aplicación (...)). Esto porque como puede constatarse a folios 130 y 131 del cuaderno de instancias, el precepto antes citado sí fue aplicado por dicho juzgador para dirimir la contención, toda vez que con dicha finalidad lo interpretó en concordancia con los artículos 11 del estatuto del sistema de seguridad social integral, y 6 y 25 del Decreto 758 de 1990, aprobatorio del acuerdo 049 del mismo año, emanado del ISS.

Para la Corporación no es de poca monta la precisión que se le apunta a la impugnación si se tiene presente, se enfatiza, que en fin de cuentas el censor defiende la tesis de que la norma sustancial que gobierna la situación pensional de la accionante, a través de la cual debe decidirse su reclamación, es precisamente el artículo 46 *ibidem*, motivo por el cual es afirmable que tal argumento sería suficiente para desestimar el ataque.

De todas maneras, lo anterior no obsta para que la Sala exprese que aún si se hiciera a un lado lo antes puntualizado, el cargo no podría prosperar, por estas razones:

Tal como lo reconoce el propio acusador (folios 27 - 28 *cdno cas*), "No fueron materia de controversia en las instancias los siguientes hechos que dio por demostrados el Tribunal así: Que el señor Oscar Sierra Aguilar falleció en la ciudad de Medellín el 10 de febrero de 1996 por causas de origen no profesional; que estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales Seccional Antioquia; que logró cotizar durante toda su vida laboral 414 semanas para los riesgos de vejez, invalidez y muerte (...)".

Así las cosas, hallándose establecidos en el proceso tales supuestos de hecho, pero fundamentalmente el que indica la totalidad de las semanas cotizadas por el causante al sistema de seguridad social, a juicio de la Sala no es afirmable que el *ad quem* haya incurrido en distorsión de apreciación jurídica alguno, pues su provido se sujeta a los postulados pro-

ectores del derecho del trabajo y de la seguridad social, a los principios de equidad y proporcionalidad, e interpreta cabalmente los objetivos de la Ley 100 de 1993, que desarrolla el artículo 48 superior.

Así se ha pronunciado la Sala en diversos fallos sobre el mismo tema, reiterando su tesis del 13 de agosto de 1997. Por ejemplo en providencia del 2 de diciembre de 1998, radicación 11083, dijo:

"La Corte, en decisión citada por el Tribunal en la sentencia recurrida, dejó sentado su criterio sobre el alcance de las normas que se acusan como violadas por el ad quem. A pesar de que el recurrente en la parte final de su recurso solicita 'el nuevo examen de los textos sustanciales acusados en la vía y modalidad escogida frente a los hechos demostrados en el proceso' no encuentra la Sala motivos suficientes que lleven a cambiar su posición, que en el fallo de Agosto 13 de 1997 dejó fundamentada de la siguiente manera:

"Uno de los objetivos de la Ley 100 de 1993, en desarrollo del principio constitucional de garantizar a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social -art. 48-, y en aras de lograr una mayor cobertura de beneficiarios frente a la más grave calamidad que puede sufrir el ser humano (la muerte), consistió en disminuir los requisitos prescritos en los reglamentos para que los integrantes del grupo familiar afectado con las traumáticas consecuencias económicas que ella genera no quedaran desamparados.

"De otra parte, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 al referirse a las características del sistema general de pensiones, garantizó la eficacia de las cotizaciones efectuadas con antelación a su vigencia, así:

"(...) f. Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquiera caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo del servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio.

"g. Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualquiera de ellas".

"Además cabe resaltar que mientras los artículos 6 y 25 del Acuerdo 49 de 1990 señalaron como requisitos de aportes para la pensión de sobrevivientes de origen común reunir 150 semanas de cotización sufragadas en los 6 años anteriores a la muerte o 300 en cualquier tiempo, el nuevo ordenamiento legal de prima media con prestación definida de la Ley 100 redujo las semanas a sólo 26 en cualquier tiempo para quienes estuvieran afiliados al momento de la muerte, y para quienes dejaron de cotizar al sistema introdujo la condición de que las mismas 26 hubiesen sido sufragadas dentro del año inmediatamente anterior al fallecimiento, por lo que ante tal realidad y en atención al postulado protector propio del derecho del trabajo y de la seguridad social, se actualiza por excelencia en el caso objeto de estudio, el

principio de la condición más beneficiosa, contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política.

"En consecuencia, sería violatorio de tal postulado y del principio constitucional de la proporcionalidad, entender que dentro del nuevo régimen de la Ley 100 que redujo drásticamente el requisito de intensidad de semanas, quedaron abolidas las prerrogativas de los derechohabientes originadas por afiliados que durante su vinculación como sujetos activos de la seguridad social habían cumplido todas las cotizaciones exigidas en el reglamento aplicable y antes de entrar a regir la nueva ley se desafiliaron del sistema al considerar fundadamente que por faltarles únicamente el requisito del fallecimiento sus familiares podrían reclamar la respectiva prestación al momento de su deceso.

"Por lo anterior, la circunstancia de no haber cotizado el causante ninguna semana al ISS, en el año inmediatamente anterior a su fallecimiento, en manera alguna aparea la ineficacia de sus aportes durante más de 20 años (más de 1.200 semanas), porque esa condición más beneficiosa establecida en el régimen del Acuerdo 049 está amparada por el artículo 53 supralegal y por ende tiene efectos después del 1º de abril de 1994, para la eficacia del cubrimiento del seguro de invalidez, vejez y muerte, dado que el mínimo de semanas requerido estaba más que satisfecho; es más, era tal la densidad de ellas que superaba las exigidas para la pensión de vejez (artículo 12 del mismo Acuerdo).

"Así mismo, no escapa a la Sala que ante una contradicción tan evidente, impone el sentido común el imperio de una solución cimentada en una interpretación y aplicación sistemática de normas y en el espíritu de las mismas, consultando los principios de equidad y proporcionalidad. Y en tal orden de ideas se apartaría de estos postulados la decisión jurisdiccional que sin ningún análisis contextual aplicara al caso el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, y so pretexto de haberse producido el deceso a los 3 meses y 23 días de entrar en vigencia el nuevo régimen de seguridad social y de no tener cotizadas el causante 26 semanas en el año anterior al fallecimiento, se negase a sus derechohabientes la pensión de sobrevivientes, que edificó el afiliado durante más de 20 años, las que le daban derecho a causar no sólo pensión de sobrevivientes sino aun a estructurar el requisito de aportes para la pensión de vejez.

"Si se acogiera tal solución fría y extremadamente exigética se llegaría al absurdo que un mínimo de cotizaciones efectuadas durante solo 6 meses anteriores a la muerte dan más derecho que el esfuerzo de aportes durante toda una vida laboral efectuado por quien cumplió con todos los cánones establecidos en los reglamentos vigentes durante su condición de afiliado, lo cual no solamente atenta contra los principios más elementales de la seguridad social, sino también contra la lógica y la equidad.

"Por tanto, siendo indiscutible el cumplimiento de todas las cotizaciones estatuidas por el régimen vigente durante la vinculación de Saúl Darío Mesa Rodríguez al seguro de invalidez, vejez y muerte, luego de lo cual se produjo

su muerte y ante la presencia de dos sistemas normativos de seguridad social de posible aplicación razonable, a juicio de la Corte, como son el Acuerdo 049 Decreto 0758 de 1990 y la Ley 100 de 1993, debe inclinarse el juzgador, con arreglo al texto 53 supralegal por la norma de seguridad social vigente al momento de culminación de la afiliación, esto es el primero de los estantitos mencionados, por ser el régimen más favorable a quien en vida cumplió en desarrollo de su labor con el sistema de seguridad social, para su protección y la de su familia." (sentencia del 30 de abril de 1998, Radicación 10552).

Por lo expuesto, es entonces evidente que la sentencia acusada no podría ser anulada, pues, como se expresó con antelación, consulta el espíritu y la finalidad del sistema de seguridad social integral, y se atiene a los principios rectores del derecho social.

El cargo, entonces, no prospera.

Costas a cargo del impugnante, pues su acusación no salió adelante y fue replicada por la contraparte.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del 26 de marzo de 1999, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio promovido por Lucía del Socorro Aguilar Aguilar al Instituto de Seguros Sociales.

Costas en el recurso extraordinario a cargo del impugnante.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Fernando Vásquez Botero, Francisco Escobar Henríquez, José Roberto Herrera Vergara, Carlos Isaac Nader, Rafael Méndez Arango, (Salvamento de voto); Luis Gonzalo Toro Correa y Germán G. Valdés Sánchez, (Salvamento de voto);

Laura Margarita Manotas González, Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA

Por corresponder a las mismas circunstancias fácticas y jurídicas, para explicar mi salvamento de voto, me remito al que expresé frente a la sentencia dictada en el expediente 11.112:

"El tema debatido en el proceso corresponde al de la petición de la pensión de sobrevivientes por parte de quienes derivan la misma del fallecimiento dentro de la vigencia de la Ley 100 de 1993 de quien es el causante.

"El problema radica en que, por tratarse de la pensión mencionada, particularmente cuando se trata del fallecimiento de un afiliado al sistema (no de un pensionado), la muerte representa el elemento último de causación del derecho y por ello éste se rige por la ley vigente al momento de la ocurrencia de aquélla, por lo que resultan exigibles los requisitos de tal ley, en especial porque para este derecho no se contempló un régimen de transición que permitiera la subsistencia de los requisitos previstos en la ley anterior para algunas específicas situaciones.

"Por considerar que la ausencia de ese régimen de tránsito genera situaciones que rifien con el equilibrio de un sistema contributivo, pues en algunas situaciones a pesar de haberse alcanzado una densidad de cotizaciones suficiente para lograr el derecho dentro de lo normado en la anterior ley, no se materializa el beneficio por no reunirse un número de cotizaciones suficiente dentro del sistema de la nueva ley, aunque éste sea menos exigente, lo cual entraña una situación paradójica, he llegado a aceptar que el derecho se puede tener por debidamente consolidado en los casos en que el causante superó las mil cotizaciones, por tratarse del requisito más exigente para cualquier clase de pensión, tanto en la ley anterior como en la nueva.

"Como en el presente caso no se cumple con este requisito, no puedo compartir la decisión de la mayoría, la cual se remite a una sentencia dictada por la Sala el 13 de agosto de 1997, a la cual me sumé pero por que en ese caso sí se alcanzaba esa densidad máxima de cotizaciones correspondiente a mil semanas.

"Debo agregar que no comparto que se busque apoyo para la actual sentencia, en una decisión en la que las circunstancias no son idénticas,

pues no es lo mismo el caso de quien ha cotizado mil semanas que el de quien no alcanzó ese límite, dado que, como ya lo indiqué, ese tope es el más alto de los señalados, tanto por la ley anterior como por la nueva, para configurar el derecho pensional más exigente que es el de vejez. Incluso, es el requisito que debe haber llenado dentro de la nueva ley el pensionado cuya muerte da lugar también a la pensión de sobrevivientes.

"No descarto que puede admitirse con alguna flexibilidad, la posibilidad de incluir dentro de ese entendimiento amplio, los casos en los que el fallecido hubiera alcanzado una densidad de cotizaciones equivalente a quince años, por encontrar un respaldo en lo preceptuado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero de momento sigo considerando que es más ajustado a la ley lo anteriormente anulado sobre la densidad máxima de cotizaciones, que por no cumplirse en el presente caso, me obliga de nuevo a apartarme de la decisión mayoritaria.

En consecuencia el cargo, a mi juicio, ha debido prosperar.

Fecha *ut supra*.

Germán G. Valdés Sánchez,

SALVAMENTO DE VOTO

INDENIZACION SUSTITUTIVA

Radicación 12627

Considero que el criterio expresado en la sentencia del 13 de agosto de 1997 no puede ser aducido razonablemente con un precedente jurisprudencial para fundar la decisión de la cual me aparto, por cuanto los hechos del proceso resuelto en esa ocasión eran totalmente diferentes a los que se ventilaron en este juicio, pues mientras que en aquel caso se trató de alguien que cotizó 1.230 semanas, en este se está ante quien apenas alcanzó a cotizar 414 semanas. Ninguna de las cotizaciones corresponde al año inmediatamente anterior a la muerte de Oscar de Jesús Sierra Aguilar.

Aun cuando en este momento se sostenga que otras fueron las razones para llegar a la solución que se adoptó en la sentencia de 13 de agosto de 1997, es lo cierto que el argumento que logró congrega las diferentes opiniones hasta lograr un consenso en la decisión, fue la circunstancia de haber sobrepasado las mil semanas de cotizaciones quien estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales. Y como en el régimen regulado por los acuerdos del seguro social anteriores a la Ley 100 de 1993 y en el régimen legal actualmente vigente este número de cotizaciones otorga la plenitud de los derechos a los afiliados al régimen de seguridad y a sus beneficiarios, todos los integrantes de la Sala estuvimos en ese momento de acuerdo en considerar que resultaba inícua una interpretación de las normas que desprotegera a los beneficiarios de alguien que tenía razones fundadas para considerarse cubierto de todas las contingencias que ampara la seguridad social.

Creo pertinente recordar que el criterio que se adoptó en el fallo de 13 de agosto de 1997 estuvo animado con el propósito de no dejar desamparados a los beneficiarios de aquellos afiliados que con anterioridad a la Ley 100 de 1993 habían alcanzado las mil semanas de cotizaciones, o, como sucedió en ese asunto, habían superado con creces tal número de cotizaciones.

Empero, juzgo equivocado haber extendido ese criterio hasta cobijar en él la situación de Lucía del Socorro Aguilar pues, como aparece establecido en el proceso, su compañero Oscar de Jesús Sierra Aguilar únicamente cotizó 414 semanas, habiendo dejado de cotizar el 31 de diciembre

de 1994, y su muerte ocurrió el 10 de febrero de 1996. Adicionalmente, conforme lo confesó en la demanda inicial, a ella se le reconoció la indemnización sustitutiva.

Que la razón primordial que motivó la sentencia de 13 de agosto de 1997 fue el hecho de haber sobrepasado el causahabiente las mil semanas, lo que aparece dicho claramente en el párrafo que a continuación me permito recordar en este salvamento de voto, y el cual, a mi juicio, se pasó por alto en esta oportunidad, o se modificó sin expresar el porqué de tan inusitado cambio de criterio.

Así se dijo en dicho fallo:

"... La circunstancia de no haber cotizado el causante ninguna semana al ISS, en el año inmediatamente anterior a su fallecimiento, en manera alguna aparea la ineficacia de sus aportes durante más de veinte años (más de 1.200 semanas), porque esa condición más beneficiosa estatuida en el régimen del Acuerdo 049 está amparada por el artículo 53 suprallegal y por ende tiene efectos después del 1º de abril de 1994, para la eficacia del cubrimiento del seguro de invalidez, vejez y muerte, dado que el mínimo de semanas requerido estaba más que satisfecho; es más, era tal la densidad de ellas que superaba las exigidas para la pensión de vejez (artículo 12 del mismo Acuerdo)".

"Así mismo, no escapa a la Sala que ante una contradicción tan evidente, impone el sentido común el imperio de una solución cimentada en una interpretación y aplicación sistemática de normas y en el espíritu de las mismas, consultando los principios de equidad y proporcionalidad. Y en tal orden de ideas se apartaría de estos postulados la decisión jurisdiccional que sin ningún análisis contextual aplicara al caso el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, y so pretexto de haberse producido el deceso a los 3 meses y 23 días de entrar en vigencia el nuevo régimen de seguridad social y de no tener cotizadas el causante 26 semanas en el año anterior al fallecimiento, se negase a sus derecho-habientes la pensión de sobrevivientes, que edificó el afiliado durante más de 20 años, las que le daban el derecho a causar no sólo pensión de sobrevivientes sino aun a estructurar el requisito de aportes para la pensión de vejez..."

Me parece que lo transcrito habla por sí solo, y especialmente son dicentes los fragmentos que destaco mediante las negrillas, pues si bien es indudable que en la sentencia de 13 de agosto de 1997 se menciona la "condición más beneficiosa", diciendo que ella está amparada por el artículo 53 de la Constitución Política, e igualmente se habla de "los principios de equidad y proporcionalidad", la razón fundamental que se expresó como argumento concluyente fue la de haber "edificado el afiliado durante más de 20 años" el derecho a la pensión de sobrevivientes que se reconoció a sus beneficiarios, ya que la circunstancia de no haber cotizado el causante ninguna semana al Instituto de Seguros Sociales en el año inmediatamente anterior "en manera alguna aparea la ineficacia de sus aportes durante más de 20 años (más de 1.200 semanas)".

Respecto de la denominada "condición más beneficiosa", principio supuestamente consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, estimo pertinente insistir en que la Corte Constitucional al interpretar dicha norma rechazó categóricamente que ello fuera así en la sentencia C-168/95 de 20 de abril de 1995, en la que refiriéndose al último inciso de dicho artículo explicó que esa norma se limita a establecer la más secular doctrina de los derechos adquiridos y la prohibición de que la ley los desconozca. Garantía que, no está demás recordarlo, ha sido consagrada en todas las Constituciones que nos han regido desde 1810. Por ello, es perfectamente posible y procedente que la nueva ley cercene las meras expectativas o simples esperanzas, que es lo único que en realidad se tiene mientras no pueda hablarse de un derecho adquirido por no haberse concretado una situación jurídica en vigencia de la norma modificada o derogada.

Como lo he expresado en algunas aclaraciones de voto, queriendo aproximarme al criterio de la mayoría le planteé a la Sala la tesis de buscar apoyo en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y el cual reglamenta y desarrolla el Decreto 813 de 1994, pues aun cuando esa norma legal y las disposiciones reglamentarias expresamente se refieren a la pensión de vejez, para mí es razonable deducir que también para los sobrevivientes de quienes tengan por lo menos 15 años de servicios cotizados, sin importar su sexo, o las mujeres que tengan ya cumplidos 35 años de edad y hombres que cuenten 40 años de edad, continuará en vigor el régimen pensional al cual sus causahabientes se encontraban anteriormente afiliados, vale decir que para los sobrevivientes de las personas que conservan el régimen pensional anterior al creado en la Ley 100 de 1993, subsiste la antigua normatividad, siempre y cuando que en el momento de entrar en vigor la ley el afiliado no haya tomado la decisión de acogerse al denominado régimen de ahorro individual con solidaridad.

Ocorre, empero, que esta tesis jurídica no es aplicable en este caso, pues si Oscar de Jesús Sierra Aguilar no se encontraba en alguna de las hipótesis previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o en el Decreto 813 de 1994 que lo reglamenta, es para mí forzoso concluir que por haber muerto el 10 de febrero de 1996, resulta imperativo aplicar el artículo 46 de dicha ley, el cual establece que los miembros del grupo familiar de quien al fallecer había dejado de cotizar al sistema únicamente tienen derecho a la pensión de sobrevivientes si en el año inmediatamente anterior a su muerte efectuó aportes durante por lo menos 26 semanas; y como Sierra Aguilar hizo su última cotización el 31 de julio de 1986, resulta palmario que no se cumplió este supuesto de hecho.

Soy el primero en aceptar que la solución legislativa pueda ser criticable; pero la sola circunstancia de que desde un punto de vista meramente teórico pueda criticarse una disposición legal no es razón suficiente para dejar de aplicarla. Además, considero que no debe pasarse por alto que cuando no procede el reconocimiento de la pensión de sobrevi-

vientes el beneficiario que la reclama recibe una indemnización que sustituye la prestación periódica. Esta última es la solución para tal hipótesis de la ley.

Como lo he expresado, en otros salvamentos de voto, los jueces deben resolver los asuntos sometidos a su decisión siguiendo los criterios que de manera imperativa señala el legislador y someterse a las normas jurídicas vigentes, pues no están autorizados para dejar de aplicar la ley por parecerles inconveniente o injusta, según su personal opinión. Ello porque de manera terminante y clara el artículo 230 de la Constitución Política dispone que los jueces están sometidos al imperio de la ley. Por tal motivo ningún criterio auxiliar de los que menciona dicha norma constitucional puede aducirse como fundamento para desvirtuar el derecho positivo vigente, so pretexto de suplir una laguna legal o de mejorar la voluntad expresa del legislador, pues por mandato constitucional los jueces están obligados a imponer la ley; y por esta razón, con el mayor respeto, quiero insistir en que este mandato constitucional de sometimiento a la ley cobra especial importancia social tratándose de la Corte Suprema de Justicia, debido a la innegable repercusión que sus fallos tienen en las decisiones de los demás jueces.

En segundo lugar, y para finalizar, quiero llamar la atención sobre un punto que no fue resuelto en la sentencia de la que me aparto, y que es el hecho plenamente probado en el proceso de haber recibido los demandantes la indemnización en sustitución de la pensión de sobrevivientes. Como mediante el fallo se les reconoció la pensión pero no se dispuso que devolvieran la suma que les había sido pagada en vez de dicha prestación, ellos terminaron recibiendo simultáneamente el valor de la indemnización y lo que de aquí en adelante percibirán por la pensión.

Hago esta observación porque si bien el Tribunal de Medellín, anotó en la consideración de su sentencia que "al prosperar la pensión de sobrevivientes reclamada queda sin piso legal el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva" (folio 132), es cierto que confirmó el fallo de su inferior, sin modificación alguna, por lo que nada dispuso en la parte resolutive de la providencia respecto de dicha indemnización.

Los motivos anteriores hacen que deba separarme de la decisión, y poner a salvo mi voto.

Rafael Méndez Arango.

PENSION DE SOBREVIVIENTES

Se requiere demostrar dependencia económica con el afiliado
para su reconocimiento

REFORMATIO IN PEJUS

Infraacción

PRUEBA CALIFICADA

Ley 16 de 1969 art. 7º

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral.- Santa Fe de Bogotá, D. C., veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado ponente: *Dr. Francisco Escobar Henríquez*

Radicación N° 12441

Acta N° 46

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por el apoderado de María Esperanza Londoño de Vega contra la sentencia proferida el 9 de marzo de 1999 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso promovido por la recurrente contra el Instituto de Seguros Sociales.

ANTECEDENTES

La demandante invocó su condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del causante José Luis Vega Londoño, hijo del cual dijo dependía económicamente y quien falleció el 27 de noviembre de 1995. Señaló además que el I.S.S. le negó ese derecho bajo el argumento de no haber demostrado que dependiera del afiliado.

Adicionalmente al citado derecho pensional reclamó las mesadas de junio y diciembre, la sanción por falta de pago oportuno de la pensión o la indexación de las mesadas no percibidas.

Al responder la demanda, la apoderada de la entidad accionada expuso que la investigación administrativa efectuada por el I.S.S. llevó a establecer que la accionante no dependía económicamente del causante afiliado a la seguridad social, pues ella trabajaba y su cónyuge Jesús Emilio Vega devenga un salario y es quien sostiene el hogar; agregó que el

causante "...ayudaba al sostenimiento de la casa de sus padres, pero estos reciben salarios por sus diferentes actividades laborales..." y además el asegurado no contaba con 26 semanas "...del año inmediatamente anterior a su fallecimiento...".

En la audiencia pública de juzgamiento el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín profirió fallo inhibitorio.

DECISIÓN ACUSADA

Al desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la actora, el tribunal consideró que, contrario a la conclusión del *a quo*, en este caso es que no había lugar a integrar un litisconsorcio necesario por activa en tanto el cónyuge de la accionante puede reclamar por separado el derecho a la pensión de sobrevivientes. Fue así como el *ad quem* definió el fondo del asunto, al invocar el inciso final del art. 357 del C. de P. C., absolviendo a la demandada luego de considerar que el art. 16 del Decreto 1889 de 1994 establece una presunción legal respecto a que la dependencia económica, para efectos de la pensión de sobrevivientes, se da cuando la persona que pretende tal derecho derivaba su subsistencia del causante, sin que tuviera ingresos o que teniéndolos, fueran inferiores a la mitad de un salario mínimo legal; adujo que no se satisfacen las exigencias del citado precepto pues según las declaraciones de Lucides de Jesús Hoyos Rodríguez y Alberto Ossa Acevedo, la demandante no dependía económicamente del causante José Luis Vega, sino que éste solo colaboraba con el sostenimiento de su progenitora, quien además tiene ingresos equivalentes a la mitad del salario mínimo legal, los cuales provienen de su cónyuge, dada "...la sociedad que tiene conformada con este señor...", quien "...se encuentra afiliado al seguro social con un salario equivalente al mínimo legal..." (folios 63-66) y siendo que ella, la demandante, cotizó al régimen de pensiones con el mínimo legal hasta el 31 de diciembre de 1994 (folio 70).

RECURSO DE CASACIÓN

Se formuló por el apoderado de la demandante con el propósito de obtener la anulación del fallo del *ad quem* y que en instancia sea revocado el del *a quo*, para que se acceda a las súplicas de la demanda inicial. Propone 3 cargos, que no tuvieron réplica.

Primer cargo.

Acusa la aplicación indebida de los arts. 1, 11, 31, 46 a 48, 50 y 142 de la Ley 100 de 1993; 16 del Decreto 1889 de 1994; 1, 5, 25 y 50 del Decreto 758 de 1990; 1 al 5, 48 y 53 de la C. N, así como los arts. 197, 250 y 251 del Decreto 2282 de 1989; infracción legal que atribuye a los siguientes errores que califica como 'EVIDENTES DE HECHO':

"NO DAR POR DEMOSTRADO ESTÁNDOLO QUE LA DEMANDANTE DEPENDIA ECONOMICAMENTE DE SU HIJO FALLECIDO Y QUE TENIA INGRESOS INFERIORES A MEDIO SALARIO MINIMO LEGAL MENSUAL.

TENER POR DEMOSTRADO SIN ESTARLO QUE LA MADRE DEL ASEGURADO FALLECIDO NO DEPENDIA ECONOMICAMENTE DE ESTE.

DAR POR DEMOSTRADO SIN ESTARLO QUE LA DEMANDANTE TIENE INGRESOS IGUALES A LA MITAD DE UN SALARIO MINIMO LEGAL POR TENER VIGENTE LA SOCIEDAD CONYUGAL" (Mayúsculas del texto original).

Cita como pruebas apreciadas erróneamente las documentales de folios 63 a 66 y 70; y como dejadas de estimar, los documentos obrantes a folios 8 a 10, 13, 47, 48, 52 a 54, 62, 95 y 96.

En el desarrollo del cargo anota que en los documentos de folios 63 al 66 figura que Jesús Emilio Vega estuvo afiliado al régimen de pensiones, pero que en modo alguno acreditan que la accionante tuviera ingresos equivalentes a medio salario mínimo legal, máxime si se tiene en cuenta que allí aparecen cotizaciones hasta 1994 y el deceso del hijo asegurado ocurrió en 1995; de otra parte argumenta que el hecho de la afiliación de la demandante a la seguridad social entre 1993 y 1994, que figura al folio 70 no desvirtúa la dependencia económica que tenía respecto al causante.

Luego señala que la resolución vista a folios 8 al 10 por medio de la cual se negó la pensión de sobrevivientes a la actora por la falta de prueba de la aludida dependencia económica, "...admite que el asegurado coadyuvaba al sostenimiento de la casa..."; dice que el art. 16 del citado Decreto 1889 "...habla de ingresos y visto está es que los ingresos son del cónyuge de la demandante pero no de ella...".

Afirma que la certificación de folio 13 demuestra que la accionante laboraba un día a la semana para Lilitana Correa Posada y que percibía la suma de \$8.000,00, de donde colige que sus ingresos eran inferiores a medio salario mínimo legal y se refiere luego al informe de investigación administrativa obrante a folios 47 y 48 en el que dice se concluyó la ayuda del causante según los testimonios recepcionados (incluido el del cónyuge de la actora), durante ese trámite adelantado por el ISS y explica que los documentos de folios 52 al 54, 62, 95 y 96 "declaraciones no judiciales" deben valorarse como documentos porque forman parte del expediente administrativo y son plena prueba según los arts. 10 y 11 de la Ley 446 de 1998. Por último se refiere a la prueba testimonial recepcionada en el proceso, la cual dice debe ser analizada en sede de instancia "...para no dejar soportes inatacados del fallo recurrido que lo dejen incólume, prueba testifical que también es clara en mostrar la dependencia económica alegada...".

SE CONSIDERA:

A través de este cargo el recurrente pretende desvirtuar la conclusión del Tribunal acerca de la ausencia de dependencia económica de la demandante frente a su hijo fallecido José Luis Vega Londoño.

Para el *ad quem* el causante solo "...ayudaba al sostenimiento de su progenitora, mediante la colaboración en el pago de los servicios o la com-

pra de alimentos conforme lo afirmó Alberto Ossa"; además consideró el juzgador que el cónyuge de la actora se encuentra afiliado al ISS con el salario mínimo y que por el hecho de existir la sociedad conyugal, la accionante "tiene ingresos iguales a la mitad del salario mínimo legal" y de otra parte que la demandante cotizó para la misma entidad hasta el 31 de diciembre de 1994 con el salario mínimo legal.

Del examen de las pruebas calificadas en casación laboral no surge un yerro fáctico puesto que: los documentos emanados del ISS, vistos a folios 63 a 66, solo acreditan la afiliación y las cotizaciones de Jesús Emilio Vega; el de folio 70, corresponde a los aportes de la demandante; tales hechos fueron así considerados por el Tribunal de tal modo que no aparece una equivocada apreciación probatoria al respecto. Además, la circunstancia que de esos supuestos fácticos infirió el ad quem (la del ingreso de la señora Londoño de Vega superior a medio salario mínimo legal), correspondería a un indicio que no es prueba calificada en casación del trabajo.

La resolución 10482, por medio de la cual la entidad accionada negó la pensión de sobrevivientes reclamada por la actora, especifica los fundamentos que la llevaron a tal determinación, los cuales esencialmente consistieron en que "...la peticionaria no dependía económicamente del asegurado fallecido toda vez que el asegurado solamente ayudaba y ambos padres reciben salarios producto de sus diferentes actividades laborales..." (folios 8 a 10). Estos supuestos en modo alguno desvirtúan la conclusión del fallador, sino que coinciden con ella. En el mismo sentido aparece el informe de la investigación que precedió tal resolución (folios 47 y 48), dado que allí se reseñan esas mismas circunstancias.

Por último cabe destacar que el documento obrante a folio 13 es uno declarativo emanado de un tercero, que se asimila al testimonio (C. de P. C, art. 277) y por tanto no es prueba calificada en casación del trabajo, pues solo tienen ese carácter el documento auténtico, la inspección judicial y la confesión judicial (Ley 18 de 1969, art. 7°). Por esta misma razón no pueden examinarse las declaraciones de terceros citadas en el cargo, ya sean las recepcionadas en el juicio o en desarrollo de la investigación adelantada por el ISS.

Además, según las transcripciones contenidas en la demanda de casación referentes a algunas de las pruebas citadas en el cargo, el impugnante parte del mismo supuesto aducido por el sentenciador, atinente a la colaboración o ayuda proporcionada por el afiliado fallecido a su progenitora. La diferencia estriba en que mientras que para el juzgador tales circunstancias no configuran la dependencia económica exigida para el reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, para el recurrente por el contrario la demuestran.

Esta discrepancia no corresponde a un error fáctico derivado de la falta de apreciación de determinado medio probatorio o de su equivocada valoración, tampoco lo es la controversia respecto a si el ingreso del cón-

yuge, tiene esa misma naturaleza para el otro cónyuge y por tanto el cargo no es viable.

Por todo lo expuesto el cargo no prospera.

Segundo Cargo

Se dirige por la causal segunda de casación laboral, puesto que para el recurrente es clara la reforma en perjuicio del único apelante la cual consistió, según dice textualmente el cargo:

"...en que con el fallo inhibitorio de la primera instancia, la demandante podía haber discutido nuevamente su derecho ante la Rama Jurisdiccional, así fuere con la convocatoria al proceso de su consorcio, mientras que con el fallo absolutorio proferido en la segunda instancia, no pueden volverse a discutir (sic) la misma pretensión y por ello se ve abocada a la pérdida definitiva de su derecho. Debe entenderse que el recurso se interpuso para que el fallador de segundo grado revocara la sentencia del *a quo* pero condenando al ISS al pago de la pensión o por lo menos, atendiendo los lineamientos del art. 57 de la Ley 2a de 1984, confirmando el fallo recurrido para no agravar en disfavor del apelante único..."

SE CONSIDERA

Observa la Sala que el *ad quem* infringió el principio prohibitivo de la *reformatio in pejus*, puesto que en el caso de la sentencia inhibitoria de primer grado, recurrida solamente por la demandante, revocada por el Tribunal, que en su lugar profirió fallo de mérito desestimatorio de sus pretensiones, es palmar que esta decisión resulta para el único impugnante más perjudicial que la recurrida. Ello es así, toda vez que la parte demandante que apeló el fallo inhibitorio perseguía que el superior hiciera un pronunciamiento a través del cual se le reconociera el derecho pretendido, pero en modo alguno puede entenderse lo contrario pues para Sala es patente que un pronunciamiento inhibitorio permite a la parte demandante ejercer con posterioridad la acción tendiente a reclamar el correspondiente derecho, en tanto que la sentencia absolutoria que se diere en reemplazo de aquel inhibitorio, se lo impide puesto que se trata de una sentencia de fondo con fuerza de cosa juzgada.

El artículo 87 del C.P.L., modificado por el Decreto 528 de 1964, art. 60, que es norma especial frente a otros ordenamientos, consagra para el apelante único o para la parte en cuyo favor se surte una consulta, el derecho a que no se le desmejore la situación que para él representa la providencia apelada, en este caso el fallo inhibitorio, o que no se le reformen las situaciones jurídicas favorables creadas por las resoluciones judiciales, como las ya anotadas, en perjuicio de quien apela de ellas para mejorar tales circunstancias, en tanto las pretensiones del apelante quedan reducidas a obtener la reforma de los puntos que le son desfavorables ya que constante en los demás. De esta forma la citada disposición legal erige la transgresión de su preceptiva en causal de casación, porque se quebrantan las reglas de la

relación procesal y el sentido mismo del recurso de apelación (manifestación de la inconformidad con lo fallado).

Conforme con lo dicho el cargo es próspero y en consecuencia se casará el fallo acusado en tanto revocó el inhibitorio proferido en primera instancia y dictó uno absolutorio. Así, el recurrente logra el objetivo que se propuso al formular el cargo por la causal segunda de casación laboral, esto es, la de despojarse del perjuicio ocasionado con la decisión de segundo grado y por lo tanto, la Sala en instancia confirmará la sentencia proferida por el juzgado del conocimiento.

LOS CARGOS Y LAS COSTAS

El primer cargo denunciado por la causal primera de casación con la finalidad de obtener el quebranto del fallo de segundo grado para que en instancia se acogieran las pretensiones referentes a la pensión de sobrevivientes no encontró prosperidad, a diferencia del segundo dirigido por la causal segunda de casación laboral: de ahí que no es necesario el estudio del tercer ataque que proponía el mismo objetivo, de demostrar las limitantes del sentenciador cuando solo es recurrente una de las partes.

No se impondrán costas en el recurso extraordinario, dada la prosperidad del segundo cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley CASA la sentencia de fecha 9 de marzo de 1999, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio seguido por María Esperanza Londoño contra el Instituto de Seguros Sociales. En instancia se confirma la proferida por el *a quo*.

Sin costas.

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

Francisco Escobar Henríquez, José Roberto Herrera Vergara, Carlos Isaac Náder, (Salvamento de voto); Rafael Méndez Arango, Luis Gonzalo Toro Correa, Germán G. Vullés Sánchez, (Salvamento de voto); Fernando Vásquez Botero, ((Salvamento de voto).

Laura Margarita González Manotas, Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO

REFORMATIO IN PEJUS

Consideramos con todo respeto, que el recurso no ha debido prosperar debido a que el primer cargo tiene insuficiencias técnicas que lo hacen inestimable y el tercero contiene una forma equivocada de plantear el tema, que realmente corresponde a la causal segunda de casación.

Frente al segundo cargo, por el cual se ventila adecuadamente una violación al principio prohibitivo de la reforma en perjuicio, estuvimos de acuerdo con la ponencia original, que resolvió el planteamiento en estos términos:

"La causal segunda del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, modificada por el artículo 6° del Decreto 528 de 1984, consagró el principio de la "Reformatio In Pejus", esto es, que el Superior que conoce de un proceso por apelación interpuesta por una de las partes contra la providencia que ha sido aceptada por la otra, no le es posible, en principio, modificar o enmendar la misma haciendo más gravosa para el impugnante único la situación procesal que le resulta en su favor de la resolución judicial atacada verticalmente.

"Ahora, la prohibición de hacer más gravosa la situación del único apelante o de aquella parte en cuyo favor se surtió la consulta, se refiere a lo principal del pleito, al asunto objeto de la litis, a las acciones instauradas y no a circunstancias que en estricto sentido no tornan más desventajosa la situación del único impugnante, ora porque las modificaciones realizadas resultaren indispensables en razón de constituir puntos íntimamente relacionados con el objeto de la alzada, ora porque las correcciones efectuadas resulten forzosas para subsanar errores de orden procedimental o probatorio que el administrador de justicia no puede pasar por alto en virtud de estar de por medio intereses que resguarda el orden público y la preservación del debido proceso.

"De ahí que la Jurisprudencia Laboral haya expresado que: "La causal segunda, como bien se advierte en la jurisprudencia aludida en la demanda extraordinaria, se refiere a un mayor gravamen desde el punto de vista sustancial, de la consolidación o no de derechos y del mayor o menor valor que de éstos se derive en contra de la parte que es única apelante o de aquella en cuyo favor se surtió la consulta." (Sent. de Feb. 13/86, Rad. Núm. 0010).

"De manera, que la institución del derecho procesal que nos ocupa, que hoy por hoy tiene su fundamento supralegal en el artículo 31 de la Constitución Política de Colombia, norma esta que prevé en su inciso segundo que "El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único", y que constituye una manifestación de la congruencia que debe existir entre la pretensión que persigue el único recurrente con la impugnación y la decisión del juez de apelación, no impide al administrador de justicia que funge como Ad quem revisar si se dan los presupuestos que le permitan decidir de fondo el proceso, utilizar las herramientas que la ley le otorga para cumplir los imperativos que le impone el artículo 37 del C. de P.C., modificado por el Decreto 2282 de 1989, sobre todo en lo concerniente al deber que le asiste de emplear sus poderes para evitar nulidades y providencias inhibitorias y, mucho menos, constituye una talanquera para adecuar el procedimiento a su propósito último: lograr la efectividad de los derechos reconocidos por la ley.

"Por eso, la Corte ha expresado que: "La limitante de la apelación única hace referencia a lo sustancial, pero no puede generar un factor de impedimento para que el sentenciador de segundo grado revise si se ha cumplido debidamente el trámite procesal, ya que las normas que lo rigen son de orden público y por tanto de obligatorio cumplimiento y no es posible dictar sentencia mientras no se tenga la certeza de haberse cumplido el presupuesto del debido proceso." (Sent. de mayo 25 de 1987, Rad. 9696).

"En este orden de ideas, se tiene que cuando el Tribunal en el caso que nos ocupa revocó la decisión inhibitoria del A quo y entró a resolver de fondo el asunto objeto de la litis, no rebasó la limitación que le imponía la apelación única y por ende no desconoció el principio de la reformatio in pejus, toda vez que para abordar la pretensión del recurrente era imprescindible que previamente se deluviera a establecer si se daban o no los presupuestos procesales que le posibilitaran dirimir el conflicto, lo que en un proceder lógico y razonable implicaba ocuparse antes que todo sobre la legalidad del pronunciamiento inhibitorio adoptado por el juez de primera instancia, pues sólo una vez traspasara este obstáculo procesal podía saber si tenía o no competencia para adentrarse en la resolución de la apelación.

"De otro lado, siendo la decisión del juez de primera instancia de índole inhibitoria ninguna situación de orden sustancial favorable al único apelante podía contener la misma. Ello, sencillamente, porque en esta clase de sentencia nada se resuelve sobre el fondo del pleito. Es este un pronunciamiento meramente formal. En consecuencia, no puede decirse que el desaparecimiento de una resolución de este tipo, que, por demás, riñe con los principios de celeridad y eficacia que informan el derecho procesal laboral y desconoce el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, conlleve para la parte demandante, que fue en este caso el apelante único, gravamen alguno.

"Todo lo anterior, sin duda, fue lo que llevó al legislador de 1989, con ocasión de la reforma efectuada al Código de Procedimiento Civil en esa

época, a dejar sentado de manera expresa en el artículo 357 de dicho ordenamiento procesal que "Cuando se hubiere apelado de una sentencia inhibitoria y la revocare el superior, éste deberá proferir decisión de mérito aun cuando fuere desfavorable al apelante".

"Por manera, que no se encuentra que el Tribunal hubiera desbordado la apelación de la parte demandante por el hecho de reemplazar la sentencia inhibitoria por una decisión de mérito. En consecuencia, el cargo no prospera."

Adicionalmente creemos que la disposición transcrita es aplicable claramente en el proceso laboral pues no existe en el mismo norma que regule esta específica situación, lo que impone acudir a las previsiones del artículo 145 del C.P. del T.

En la forma anterior dejamos explicado nuestro salvamento de voto.

Fecha ut supra.

Carlos Isaac Náder, Fernando Vásquez Botero y Germán G. Valdés Sánchez

CONVENCION COLECTIVA
Régimen ordinario

ESTATUTO DEL TRABAJADOR OFICIAL

DIRECTIVO NO SINDICALIZADO
Principio de Igualdad

a Trabajo Igual Salario Igual

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral - Santa Fe de Bogotá, D.C., noviembre veintitrés (23) de mil novecientos noventa y nueve.

Magistrado Ponente: Doctor Fernando Vásquez Botero.

Radicación Nro. 12543

Acta Nro. 046

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero contra la sentencia proferida el 29 de enero de 1999 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, en el juicio que le sigue José Helio Henao Ramírez.

ANTECEDENTES

1.- Mediante demanda que instauró José Helio Henao Ramírez contra la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, cuyo conocimiento en primera instancia le correspondió al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá, se solicita el reajuste de los gastos de representación a la suma de \$93.514.00 mensuales desde el 29 de junio de 1989 hasta el 15 de febrero de 1990 y a \$117.828.00 mensuales desde el 16 de febrero hasta el 23 de septiembre de 1990. Asimismo, como consecuencia de lo anterior se reclama la reliquidación y pago de los siguientes créditos causados a partir del 23 de septiembre de 1990: primas de antigüedad, semestrales de servicios de junio y diciembre, de escolaridad, de vacaciones, como también de las vacaciones, cesantía definitiva y pensión de jubilación. Además, se reclama la compensación en dinero de las vacaciones causadas de noviembre de 1988 a diciembre 20 de 1989, las cuales no fueron disfrutadas en tiempo; el valor de 32 días compensatorios por trabajo dominical y en festivos durante el período comprendido entre el 26 de abril de 1989 y el 26 de mayo de 1990; el valor de la indemnización moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el

pago de los salarios y prestaciones rescindidos; la indexación de dichas cantidades; las costas del proceso.

Los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones anteriores se compendian así: que le prestó sus servicios personales a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero desde el 9 de noviembre de 1963, en calidad de trabajador oficial; que su último cargo fue el de Gerente Departamental, Categoría III en Quidó, y lo desempeñó desde el 29 de junio de 1989 hasta el 23 de septiembre de 1990; que por el anexo No 1 del Acuerdo 2037 de 1987, la Junta Directiva de la entidad demandada, señaló el valor de los gastos de representación del personal directivo, entre los cuales se contaba el Gerente Departamental III; que dichos gastos para el referido cargo, entre febrero 16 de 1989 y febrero 16 de 1990, eran de \$93.514,00 mensuales; que los gastos de representación que pagó la demandada a su mandante en ese período, fueron de \$1.000,00 mensuales; que por acta del 13 de febrero de 1990 estos gastos fueron incrementados en un 26%, de donde se desprende que se debió pagar al actor por tal concepto, la suma mensual de \$117.828,00, pero que sin embargo siguió recibiendo la cantidad de \$1.000,00; que tales pagos constituyen factor salarial por tener el carácter de permanencia y retribución; que la prima de antigüedad se liquida sobre el salario básico y los gastos de representación; que a los señores Diego Espinosa, Alberto Vargas y Gerardo Arias, quienes desempeñaron el mismo cargo en categoría y con menos antigüedad, la Caja Agraria les cubrió los gastos de representación en los montos establecidos en los Acuerdos y Actas de la Junta Directiva; que en vigencia de la relación laboral, la demandada le reconoció los derechos convencionales en el mismo lapso y le fueron descontados los aportes sindicales; que a la terminación del vínculo laboral, no se tuvieron en cuenta esos mayores valores por gastos de representación, los cuales incidían en la liquidación de todas las prestaciones; que también se le adeudan 32 días compensatorios, las vacaciones del período comprendido del 9 de noviembre de 1988 al 26 de diciembre de 1989; que previamente agotó la vía gubernativa.

La entidad demandada al dar contestación a la demanda manifestó su oposición a las pretensiones, aceptó algunos de los hechos del introductor, negó otros y propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, falta de título y causa en el demandante, pago, prescripción y compensación. Su defensa la apoya en el hecho de que el demandante no estaba amparado por el régimen prestacional establecido para los cargos excluidos de los beneficios convencionales, y que la entidad le canceló las prestaciones sociales y demás acreencias laborales de conformidad con los factores salariales efectivamente devengados por el trabajador a la terminación del contrato de trabajo.

La primera instancia se desató mediante sentencia de 29 de octubre de 1998, en la que se declaró probada parcialmente la excepción de prescripción en cuanto a gastos de representación, reliquidaciones de presta-

ciones convencionales, vacaciones y compensatorios, causados antes del 2 de septiembre de 1990, y condenó al pago por mayores valores que resultaron en favor del actor.

Apelada la referida providencia, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, con sentencia del 29 de enero de 1999, dispuso su modificación, y ordenó la demandada a pagar al demandante: \$1.539.723.00 por ajuste de gastos de representación; \$427.344.06 de prima convencional de antigüedad; \$467.312.00 de cesantía; \$20.938.86 diarios a partir del 8 de febrero de 1991 y hasta el día en que se cancelen todas y cada una de las condenas proferidas, a título de indemnización moratoria. Asimismo, revocó el pronunciamiento que declara probada la excepción de prescripción contenida en el punto segundo, respecto de gastos de representación, reliquidaciones de prestaciones convencionales, vacaciones y compensatorios, y declaró no probada dicha excepción, para consecuencialmente condenar a la demandada a pagar: \$359.550.00 por reliquidación de prima convencional semestral de diciembre de 1989 y junio de 1990; \$55.164.40 de prima convencional escolar; \$124.616.53 por prima convencional de vacaciones; \$44.946.32 de vacaciones; \$670.04352 por concepto de compensatorios; \$633.735.38 por compensación de vacaciones causadas desde el 9 de noviembre de 1988 al 29 de diciembre de 1989.

Igualmente, el fallo de segundo grado revocó la absolución por reliquidación de pensión de jubilación, y condenó a demandada a reajustar dicha prestación a la suma de \$570.870.31 a partir de la fecha de su reconocimiento con los correspondientes y sucesivos reajustes de ley sobre dicha cantidad. En todo lo demás, confirmó el fallo de primera instancia.

EL RECURSO DE CASACIÓN

Fue interpuesto por la parte demandada, concedido por el Tribunal y tramitado en debida forma, por lo que se procede a decidirlo, previo el estudio de la demanda de casación y su réplica.

A la impugnación el recurrente le imprimió el siguiente alcance:

'Aspira la recurrente a que la H. Corte Suprema de Justicia case totalmente la sentencia impugnada, en cuanto al modificar los numeral a), b) y c) del punto primero de la sentencia apelada, incrementó las condenas impuestas así: a) \$1.539.723 por concepto de ajuste de gastos de representación; b) \$427.344.06 por reliquidación de prima convencional de antigüedad; c) \$467.312.00 por reliquidación de cesantía; d) 20.938.86 diarios a partir de febrero de 1991 y hasta el día en que se cancelen todas y cada una de las condenas, a título de indemnización moratoria; en cuanto al revocar el punto segundo de la sentencia del a quo declaró no probada la excepción de prescripción y como consecuencia condenó a la Caja Agraria a pagar al actor las siguientes sumas de dinero: a) 359.550.00 por reliquidación de prima convencional semestral de diciembre de 1989 y junio de 1990, conforme a lo explicado en la parte motiva; b) \$55.164.40

por reliquidación de prima convencional escolar; c) \$124,616.53 por reliquidación de prima convencional de vacaciones; d) \$44,946.32 por reliquidación de vacaciones según lo dicho en la parte motiva; e) \$670,048.52 por concepto de compensatorios conforme se explicó en la parte motiva; f) \$633,735.38 por compensación de vacaciones causadas desde el 9 de noviembre de 1988 al 26 de diciembre de 1989, conforme a lo explicado en la parte motiva; en cuanto al revocar el punto tercero del fallo apelado, condenó a la Caja Agraria a reajustar la pensión otorgada al actor a la suma de \$570,870.31 a partir de la fecha de su reconocimiento y sobre esa cantidad reliquidar los correspondientes reajustes de ley; en cuanto al conformar el punto cuarto del *a quo*, condenó en costas de primera instancia a la Caja Agraria, para que una vez hecho esto y actuando como Tribunal de instancia, si fuere procedente, revoque el fallo de primer grado en lo desfavorable, vale decir, en los ordenamientos primero, segundo y cuarto y, en su lugar, absuelva a la Caja Agraria de todas y cada una de las pretensiones de la demanda inicial, con la correspondiente provisión en materia de costas.

"Alcance subsidiario de la impugnación: Se dirige concretamente a lograr que la Sala Laboral de esa H. Corte Suprema de Justicia, anule la sentencia acusada respecto de la condena relativa al concepto de indemnización moratoria, y no la case en lo restante, para que, una vez hecho esto y actuando como Tribunal de instancia, si fuere procedente, se sirva revocar luego el literal d. del numeral primero del fallo de primer grado, para en su lugar absolver a la demandada de la condena relativa a la indemnización moratoria y confirmar dicho fallo en lo restante, con la provisión que corresponde en materia de costas".

Apoyado en la causal primera de casación, la censura formula contra la sentencia de segunda instancia, los siguientes:

Primer cargo.

"Se fundamenta este en que la sentencia acusada violó, por la vía indirecta y en la modalidad de aplicación indebida, los artículos 1, 2, 5, 11 de la Ley 6ª de 1945, 3ª de la Ley 64 de 1946; 1, 3, 4, 18, 19, 492, 467, 468, 469 del Código Sustantivo del Trabajo; 37 y 38 del Decreto Legislativo 2351 de 1965, adoptado como legislación permanente por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968; 8º del Decreto Legislativo 3135 de 1968; 8º, 20 y 21 del Decreto Legislativo 1045 de 1978; 1, 38 y 40 del Decreto 1042 de 1978; 1º del Decreto 797 de 1949; 4 y 8 de la Ley 153 de 1887; 2, 6, 50, 51, 60, 61 y 145 del Código Procesal del Trabajo; 174 a 301 del Código de Procedimiento Civil, todo ello debido a los protuberantes errores de hecho en que incurrió el *ad quem*, por haber apreciado erróneamente algunas pruebas y por no haber apreciado otras, lo que condujo al Tribunal de segunda instancia a conclusiones contrarias a la realidad probatoria, con quebranto de los intereses de mi procurada".

Anota el recurrente que esas violaciones tuvieron origen en los siguientes errores manifiestos de hecho en que incurrió el *ad quem*:

"1. Dar por demostrado, sin estarlo, que el Acuerdo 747 en parte alguna regula reconocimiento de gastos de representación, es decir, que no están incluidos dentro del régimen prestacional que dicho acuerdo fija para los directivos allí relacionados, porque tales gastos se fijaron de manera indiscriminada para todos los cargos.

"2. No dar por demostrado, estándolo, que el Acuerdo 671 en su anexo número 1 fijó la escala de remuneración de sueldos básicos y gastos de representación de los trabajadores oficiales directivos no convenionados.

"3. Dar por demostrado, sin estarlo, que los gastos de representación no son un derecho consagrado en el Estatuto Directivo ni en la convención colectiva, sino a criterio y por disposición de la Junta Directiva.

"4. No dar por demostrado, estándolo, que el régimen prestacional determinado en el Estatuto del Directivo, se aplica al personal directivo no convenionado"

"5. No dar por demostrado, estándolo, que de conformidad con el Estatuto del Trabajador Oficial Directivo, contenido en el Acuerdo 671 de 1987 emanado de la Junta Directiva de la demandada, no es posible percibir simultáneamente los beneficios convencionales y los consagrados en dicho estatuto.

"6. Dar por demostrado, sin estarlo, que la demandada no planteó razones atendibles que justifiquen su incumplimiento frente al verdadero valor que ha debido reconocer por gastos de representación al trabajador y no dar por demostrado, estándolo, que la Caja Agraria obró con la mayor buena fe al aplicarle al actor las convenciones colectivas de trabajo que regulan sus derechos laborales.

"7. No dar por demostrado, estándolo, que el actor no reclamó durante la vigencia del contrato de trabajo y en el momento de su exigibilidad el disfrute de vacaciones causadas en período que va del 9.11.88 a 26.12.89 y descansos compensatorios por trabajos realizados en el período que va del 26.04.89 a 26.05.90, lo cual configura la buena fe de la demandada'.

Sostiene, el censor, que esos errores manifiesto de hecho, a su turno, fueron el producto de una equivocada estimación de: la liquidación final de derechos laborales del actor (flos 185 y 254: liquidación de pensión (flos 256 a 258); reclamación de vía gubernativa (flos 2 a 5); comunicación de 29 de junio de 1989 (flo. 229); formato P 1067 en el que el actor reemplaza por vacaciones a Germán Ibatá (flo. 230); tarjeta control de empleados del actor (flos 277 y 278); polígrafo 0876 en el que se traslada al actor con ascenso al cargo de Gerente Departamental de Quibdó (flo. 176); respuesta a oficio (flo. 269); tarjeta control de Germán Ibatá (flo. 220 vto); demanda (flos 231 a 237); contestación de la demanda (flos 243 a 247); Acuerdo 747 de 1988 (flos 167 a 172); certificado del Presidente y del Secretario de la Seccional Chocó del Sindicato de la Caja Agraria; actas de la Junta Directiva de la Caja Agraria números 1876, 1892, 2038 (flos 111 a 119 y 161 a 163); convención colectiva 1988-1990 (flos 7 a 54); conven-

ción colectiva 1990-1992 (flos 61 a 105); comunicación 992 de 26 de septiembre de 1990 emanada del Gerente Departamental de la Caja Agraria (flo. 188); comunicación de 3 de enero de 1990 (flo. 190); comunicación 0025 de 10 de enero de 1990 (flo. 189); documento visible a folio 191; confesión del representante legal al responder las preguntas 3ª y 6ª del interrogatorio de parte.

Asimismo, como pruebas no apreciadas por el *ad quem*, se indican: el estatuto del Directivo, Acuerdo 671 de 1987 (flos. 148 a 160); Acuerdo 678 de 1987 (flos 162 a 163); Acuerdo 745 de 1987 (flos 164 y 165).

DESARROLLO DEL CARGO

Para fundamentar la acusación sostiene la censura: que el punto central que se debate hace relación a definir si el trabajador oficial demandante tiene la razón para reclamar de la empleadora el reconocimiento y pago de unos reajustes en los gastos de representación que hizo a otros trabajadores oficiales, o si por el contrario la tiene la Caja Agraria cuando alega que los reajustes demandados solo son aplicables a trabajadores del nivel directivo de la entidad, no beneficiarios de las convenciones colectivas de trabajo, requisito que, a su juicio, no cumple el actor por estar cobijado por las ventajas de dichas convenciones (flos 7 a 54 y 61 a 105); que en tal virtud, las conclusiones del *ad quem* son erradas porque no analizó totalmente el Estatuto Directivo, es decir, los Acuerdos 671, 678 y 745 de 1987, y porque apreció erradamente el 747 de 1987; que en los precitados acuerdos se creó un régimen especial respecto de salarios, gastos de representación, prestaciones sociales y vacaciones para los trabajadores oficiales del nivel directivo de la Caja Agraria, generando la alternativa para que éstos escogieran libremente el régimen que más les conviniera, pero siempre y cuando el trabajador renunciara a los beneficios de la convención colectiva de trabajo vigente; que el *ad quem* desconoció dicho régimen especial, que es incompatible con lo establecido en las convenciones, no pudiendo el trabajador de la Caja Agraria beneficiarse simultáneamente de ambos; que durante la vigencia del contrato de trabajo el demandante no reclamó a la entidad demandada el reconocimiento y pago de las vacaciones causadas en el período que corrió entre el 9 de noviembre de 1988 y el 26 de diciembre de 1989; que tampoco cuando se hizo exigible tal derecho se formuló a la entidad reparo alguno sobre el descanso anual; que el documento que sirvió de base para acreditar que el demandante laboró domingos y festivos desde el 26 de abril de 1989 hasta el 26 de mayo de 1990, carece de firma y de aprobación, por tanto, se le atribuyó un valor demostrativo que no tienen; que ese documento tampoco prueba que el actor haya formulado reclamo sobre los compensatorios derivados de supuestas labores en días de descanso; que está probada la buena fe con que obró la demandada al abstenerse de cubrir algunos derechos laborales del actor, dado que éste no los reclamó durante la vigencia del contrato, según criterio jurisprudencia de esta Sala de Casación (flos 16 a 20).

LA RÉPLICA

Destaca el opositor: que el capítulo del Alcance de la Impugnación contiene un grave error de técnica que hace imposible el estudio de los cargos formulados por cuanto en la parte inicial de la impugnación se afirma que "aspira la recurrente a que la H. Corte Suprema de Justicia case parcialmente la sentencia impugnada (...)", y al final solicita que "actuando como Tribunal de instancia, si fuere procedente, revoque el fallo de primer grado en lo desfavorable"; que al pedir el mismo tiempo la casación parcial y la revocatoria del fallo de primer grado hace improcedente su estudio por error de técnica; que en cuanto al cargo primero, "los elementos instructorios" no fueron erróneamente apreciados, como que las conclusiones extraídas por el *ad quem*, teniendo en cuenta su texto legal, se acomodan razonablemente a su tenor, lo que descarta el error manifiesto invocado por la censura.

SE CONSIDERA

El punto esencial materia de debate en las instancias y, por ende, en este cargo, se circunscribe al hecho de si quien figura como demandante en el proceso tiene o no derecho al reconocimiento y pago de unos reajustes en los gastos de representación que la entidad demandada tenía previstos para cierta categoría de trabajadores oficiales del nivel directivo. El Tribunal concluyó que sí y, en consecuencia, condenó al pago de los mismos y al reajuste de las demás prestaciones sociales en favor del actor; el censor sostiene que tales gastos de representación son sólo aplicables a los trabajadores oficiales del nivel directivo no beneficiarios de las convenciones colectivas de trabajo, requisito que no cumple el promotor del juicio.

Ahora bien, del examen que hace la Sala de los medios de prueba que denuncia el recurrente tanto por su no apreciación como por su error en el juicio estimativo, concluye que evidentemente el Tribunal sí incurrió en los cinco primeros desatinos fácticos denunciados en el cargo, en cuanto dedujo el derecho para el actor del reajuste de los gastos de representación y, consecuentemente, de las demás prestaciones sociales reclamadas, pese a que las pruebas reflejan una situación totalmente contraria.

En efecto, no resulta acertado inferir, como equivocadamente lo hizo el sentenciador de segundo grado, que los gastos de representación cuyo reajuste reclama el demandante no son un derecho consagrado por el estatuto del directivo y que en consecuencia no puede aludirse a un régimen convencional que excluya aquel, dado que solo se estaría aplicando lo que al respecto dispuso la Junta Directiva que los fijó en forma indiscriminada para todos los cargos. Esto porque si se analizan los acuerdos: 671, 678 y 745 de 1987, visibles a folios 148 a 160, 162 a 165, fácilmente puede colegirse que en el asunto puntual de debate son ellos en los que se encuentran consagrados los gastos de representación pretendidos por el actor, y que si bien en las acias que cita el Tribunal también se hace referencia a ese derecho, ellas

forman parte integrante del estatuto del trabajador oficial del nivel directivo no convenccionado.

Y precisamente fue con base en el acuerdo 671 de 1987 y en especial del anexo Nro. 1, de donde el promotor del proceso soportó principalmente la demanda en cuanto a los gastos de representación se refiere, cuando en el hecho 4º textualmente expresa: "Por el anexo N° 1 del acuerdo N° 671 del acta 2037 de 1987, la Junta Directiva de la Caja señaló el valor de los gastos de representación que devengaría el personal directivo, entre los cuales se encontraba el cargo de Gerente Departamental III". De ahí que si el sentenciador de segundo grado hizo abstracción del acuerdo que le sirve de soporte al demandante para deprecar el reajuste de los gastos de representación en la cuantía que alega tener derecho, tampoco se percató que el aludido acuerdo se expidió para reglamentar el estatuto del trabajador oficial directivo, y en el que se dijo, expresamente, a través de su artículo 40, que un trabajador de esa naturaleza que se acogiera voluntariamente a sus disposiciones y que utilizara percibiendo los beneficios convencionales, no podía recibir simultáneamente las prerrogativas convencionales existentes ni las futuras.

Asimismo, debe puntualizarse que las actas 1876 de octubre 8 de 1979, 1892 de julio 30 de 1980, 1919 de marzo 9 de 1982 y 1924 de junio 15 del mismo año, provenientes de la Junta Directiva de la demandada, todas ellas visibles a folios 111 a 119, no sólo corresponden a años anteriores que no son objeto de reclamación, sino que además fueron derogadas por el artículo 41 del acuerdo 671 de 1987. Asimismo, con posterioridad al acta 2038 de febrero 18 de 1987, aparecen otras de años subsiguientes que regulan el régimen salarial y de gastos de representación para trabajadores no sujetos a convención colectiva, como las números 2068 de febrero 16 de 1988 y 2069 de marzo 1 de 1988 que constan de folios 164 a 172.

En el anterior orden de ideas, se tiene, entonces, que si el demandante era beneficiario de las prerrogativas y derechos consagrados en las convenciones colectivas de trabajo, aserto que lo dio por demostrado el Tribunal sin discusión alguna de las partes y estar acreditado con los documentos de folios 256 a 259 y 279 del expediente, no podía válidamente pretender obtener ventajas de un estatuto especial aplicable sólo para trabajadores del nivel directivo no convenccionados, como lo es en el caso de autos, el ajuste de los gastos de representación.

Es de anotar, como lo recuerda el censor, que la Corte en otros procesos en los que el punto materia de debate es similar al que aquí se trata, y en procesos donde se ha demandado a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, ha sostenido que no es posible que un trabajador se acoga simultáneamente a dos regímenes distintos, el consagrado en la convención y el establecido para trabajadores no convenccionados, con el objeto de beneficiarse de ambos a la vez, y al respecto cabe recordar las sentencias del 7 de mayo de 1998, radicación 9680, del 21 y 26 de agosto de 1998, radicación 10677 y 10789, respectivamente, así como la del 21 de octubre de 1998, radicación 10970.

Lo hasta aquí comentado implica que habrá de casarse la sentencia impugnada en cuanto hace a los créditos deducidos en favor del actor con motivo del reajuste de los gastos de representación, lo que no ocurrirá respecto a las demás reclamaciones que no tuvieron como fundamento esa incidencia salarial, esto es, la condena por \$633.735,38 impuesta por compensación de vacaciones y \$670.043,52 de compensatorios por laborar en días domingos y festivos, ya que esa parte de la sentencia no aparece cuestionada a través del recurso extraordinario.

De otra parte, en lo que atañe con la condena por indemnización moratoria fulminada en favor del demandante, y que el Tribunal le impuso en virtud a que la demandada no planteó razones atendibles que justifiquen su incumplimiento frente al verdadero valor que ha debido reconocer por gastos de representación al trabajador, precisa la Sala, que al prosperar el cargo en ese aspecto específico, también ha de correr igual suerte el relacionado con la consabida indemnización moratoria, por ser ésta una sanción derivada del no pago de ese crédito laboral a que condenó *el ad quem*, y que en virtud a la acusación planteada ha de ser anulado por violación de las disposiciones legales que denunció el impugnante.

En sede de instancia, y con fundamento en las motivaciones que se dejaron plasmadas al estudiar el cargo, habrá de revocarse la sentencia del *ex quo* en cuanto condenó a la entidad demandada a pagar los gastos de representación petitionados y las demás prestaciones sociales legales y extralegales deducidas que tenían como apoyo el reajuste por ese concepto y, consecuencialmente, se absolverá a la Caja demandada de tales reajustes.

En virtud de la prosperidad parcial del recurso extraordinario, no se impondrán costas por el mismo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia del 29 de enero de 1999, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, en el juicio que José Helio Henao Ramírez le promovió a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, en cuanto modificó y revocó el fallo de primera instancia para en su lugar condenar a la demandada a pagar las sumas dinerarias allí descritas por concepto de ajuste de gastos de representación y reliquidación de: prima convencional de antigüedad, de cesantías, de prima convencional semestral de diciembre de 1989 y junio de 1990, prima convencional escolar, prima convencional de vacaciones, vacaciones, pensión de jubilación; como también la condena que impuso por indemnización moratoria. En sede de instancia, se absuelve a la Caja demandada de las reclamaciones impetradas por esos conceptos.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiase, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Fernando Vásquez Botero, Francisco Escobar Henríquez, José Roberto Herrera Vergara, Carlos Isaac Nader Rafael Méndez Arango, Luis Gonzalo Toro Correa y Germán G. Valdés Sánchez.

Laura Margarita Mantolaz González, Secretaria.

TECNICA DE CASACION
ERROR DE HECHO
LIBRE FORMACION DEL CONVENIMIENTO

BUENA FE
Exonerante de la sanción por mora

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral - Santa Fe de Bogotá D.C., veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos noventa nueve (1999).

Magistrado Ponente: *German G. Valdés Sánchez.*

Radicación No. 12606

Acta No. 48

Resuelve la Corte el recurso de casación que interpuso la apoderada del demandante Nelson Hernando Mayorga contra la sentencia dictada el 31 de agosto de 1998 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, en el juicio promovido por éste contra la Caja de la Vivienda Popular.

ANTECEDENTES

Nelson Hernando Mayorga demandó a la Caja de la Vivienda Popular ante el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá, con el fin que se condenara a dicha entidad, de manera principal, a reintegrarlo al cargo de Jefe de Grupo de la División de Presupuesto, o a otro de igual o superior jerarquía; a pagarle todos los salarios, primas legales y extralegales, bonificaciones convencionales, auxilios, quinquientos, vacaciones y demás prestaciones sociales a que hubiera lugar, "por todo el tiempo hasta cuando se produzca su reintegro"; así como que para todos los efectos legales a que hubiera lugar, tales como cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, pensión de jubilación, quinquientos y primas, "se declare que no ha habido solución de continuidad durante todo el tiempo hasta cuando se produzca el reintegro del demandante"; y que las sumas de dinero por las que se condene a la accionada se paguen debidamente indexadas.

En forma subsidiaria a las anteriores pretensiones el demandante aspira a que se condene a la Caja de la Vivienda Popular a reconocerle una indemnización por despido, teniendo en cuenta todo su tiempo de

vinculación laboral con el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá; a relictarle sus prestaciones sociales, incluyendo todos los factores integrantes del salario; a pagarle las bonificaciones y auxilios educativos convencionales no cancelados; a reconocerle la indemnización moratoria por el no pago completo de sus prestaciones sociales y a aplicar la indexación sobre las sumas de dinero que deba abonarle la demandada.

Como fundamento de las anteriores pretensiones se expresa por el accionante que laboró para la Caja de la Vivienda Popular, empresa industrial y comercial del Estado del nivel distrital, como Jefe de Grupo en la División de Presupuesto, del día 11 de septiembre de 1990 hasta el 19 de marzo de 1992, fecha en la cual la demandada en forma unilateral y sin justa causa dio por terminado su contrato de trabajo a través de la Resolución N° 138 del 19 de marzo de 1992, fundamentándose en los numerales 1° y 5° de la cláusula 8ª de la Convención Colectiva de Trabajo firmada entre la accionada y el sindicato de la misma el 22 de noviembre de 1977, que "... habla de ENGAÑO mediante PRESENTACION DE CERTIFICADOS FALSOS, para obtener provechos indebidos y de la comisión de actos INMORALES o DELICTUOSOS"; que la demandada al despedirlo violó el procedimiento establecido en la cláusula 7ª de la Convención Colectiva de Trabajo ya anotada para imponer sanciones, toda vez que, entre otras omisiones, no lo llamó a rendir descargos dentro del término ahí contemplado, esto es, en los "3 días siguientes a la comisión de la falta, sino más de cinco meses después"; que el ordinal c) de la cláusula 8ª de la Convención a que nos hemos venido refiriendo establece la acción de reintegro para el trabajador que sea despedido sin justa causa plenamente comprobada en la forma señalada en la cláusula 7ª de dicho acuerdo colectivo de trabajo; que al momento de ser desvinculado de la empresa demandada devengaba una asignación mensual de \$263.000.00; que en la liquidación de sus prestaciones sociales no se tuvieron en cuenta como factores integrantes de su salario los dominicales y los compensatorios reconocidos y que no se le canceló la bonificación por el cincuentenario de la Caja de la Vivienda Popular, contenida en la cláusula sexta de la Convención Colectiva de trabajo de 1990, ni los auxilios de estudio pactados en la cláusula décima de dicha convención.

La demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones previas de inexistencia de la parte demandada y de falta de agotamiento de la vía gubernativa.

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá, mediante sentencia de fecha 12 de febrero de 1997, absolvió a la Caja de la Vivienda Popular de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y condenó a la parte demandante a pagar las costas del proceso.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El apoderado del demandante apeló el fallo del Juzgado y el Tribunal, a través de la sentencia aquí recurrida, dictada el 31 de agosto de 1998,

revocó parcialmente la del Juez *a quo*, para en su defecto hacer los siguientes pronunciamientos:

"SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el fallo apelado y en su lugar proferir las siguientes decisiones:

"A) CONDENAR a la CAJA DE VIVIENDA POPULAR a pagar al señor Nelson Hernando Mayorga las siguientes sumas, por los siguientes conceptos:

1° DOS MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SIETE CON 78/100 PESOS (\$2.337.78) por reliquidación del auxilio de cesantía.

2° OCHOCIENTOS CUARENTA Y CUATRO CON 20/100 PESOS (\$844.20) por reliquidación de la prima proporcional de Navidad.

3° MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y OCHO CON 14/100 PESOS (\$1.948.14) por reliquidación de las vacaciones proporcionales.

4° MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CUATRO CON 50/100 PESOS (\$1.834.50) por reliquidación de prima proporcional de vacaciones

"B) ABSOLVER a la demandada de las demás peticiones de la demanda.

"SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a pagar las COSTAS en la primera instancia. SIN COSTAS en esta instancia.

El Tribunal dedujo de la prueba documental que reposa a folios 83 a 118 y 246 a 263 del expediente, que la demandada dio cumplimiento al procedimiento consagrado en la Cláusula 7ª de la Convención Colectiva vigente para la época del despido del actor (folio 437). Así mismo, el Juez de Segunda Instancia, luego de analizar los medios probatorios que se hallan a folios 29, 93, 100 y 110 del proceso, anotó que durante el seguimiento del anterior procedimiento convencional por parte de la accionada al actor no se le violó su derecho de defensa.

En lo que atañe específicamente a la supuesta violación por parte de la empresa oficial demandada del término convencional dentro del cual ésta debía citar a descargos al actor, se tiene que el Tribunal estimó que la Caja de la Vivienda Popular no desconoció el mismo, pues, a su juicio, cuando la Convención Colectiva de Trabajo indica que tal enteramiento se debe hacer tres días después de cometida la falta, hay que entender que ese lapso comienza a correr después que la empleadora tenga conocimiento de la comisión de la infracción, ya que "No puede exigirse a la entidad que tenga un conocimiento inmediato de todas las faltas atribuibles a sus trabajadores por cuanto puede darse casos, como el presente, en los cuales descubre el hecho después de alguna investigación o revisión".

Y en lo que toca con la afirmación del demandante de que la demandada desconoció el plurifacitado procedimiento convencional porque las actas de descargos no fueron suscritas por el actor, manifestó el ad quem que la omisión de la firma del accionante en tales actas no afecta el objeto pretendido con dicho procedimiento convencional, ya que ello en nada demerita el derecho de defensa de aquél. Todavía más, cuando en ningún momento se ha alegado que tales actas hayan sido alteradas en lo que corresponde a lo expresado por el actor durante el curso de su diligencia de descargos, que es la actuación que recogen las mismas; y, cuando, de otro lado, el demandante en el interrogatorio de parte que se le formulara admitió que estuvo en la diligencia de descargos.

En punto a la justa causa invocada por la empresa demandada para dar por terminado el contrato de trabajo al actor, el fallador de segunda instancia, luego de analizar las pruebas que reposan a folios 23 (Resolución N° 138 del 19 de marzo de 1992), 27 (Glosa N° 05 efectuada por la Contraloría de Bogotá el 4 de febrero de 1992), 87 (Copia autenticada de la orden de servicio médico expedida a la Clínica del Bosque el 25 de agosto de 1991), 88 a 92 (documentos expedidos por la Clínica del Bosque), la diligencia de descargos del actor ante el Comité de Relaciones Laborales de la entidad demandada, las declaraciones de Fabio Guarnizo, Esperanza González Avila (folio 104 y ss.), Nayibe Cruz, María Victoria Acevedo, Luis Edgar Herrera Lozano, Luz Nalibeth Cruz Martínez (folios 329 a 343) y el interrogatorio de parte rendido por el accionante, concluyó que el actor sí incurrió en los hechos que se le imputaron como justa causa de despido.

En efecto, expresó el Tribunal al respecto que el actor "solicitó a la demandada una remisión para la Clínica del Bosque a nombre suyo cuando quien había asistido al servicios (sic) de urgencias de dicha Clínica fue su hija, quien había perdido el derecho para el servicio médico. Lo hizo con el objeto de engañar a la demandada y así obtener la remisión y evitarse el pago del servicio mencionado. Lo anterior constituye, por lo menos, un acto inhumano del trabajador quien pretendió un provecho económico de su conducta ilícita".

EL RECURSO DE CASACIÓN

Lo propuso el apoderado de la parte demandante. Y pretende con dicho recurso extraordinario lo siguiente:

"...en forma principal, que la H. Corte Suprema de Justicia CASE PARCIALMENTE la sentencia acusada en cuanto absolvió a la demandada de las peticiones principales de la demanda inicial por concepto del reintegro y el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir y en cuanto la condenó por las peticiones subsidiarias de reajustes del auxilio de cesantía, prima de navidad, vacaciones y prima de vacaciones. En la sede subsiguiente de instancia y como consecuencia de la revocatoria del fallo de primer grado, la H. Corte deberá CONDENAR a la Caja de la

Vivienda Popular a reintegrar a su servicio a Nelson Hernando Mayorga y a pagarle los salarios y prestaciones legales y convencionales causados desde cuando fue despedido y hasta cuando se efectúe el reintegro.

"En forma subsidiaria, pretendo que la II. Corte Suprema CASE PARCIALMENTE la sentencia acusada en cuanto por el literal b) de su parte absolvió a la demandada de la indemnización por despido injusto y de la indemnización moratoria para que, en la sede subsiguiente de instancia y como consecuencia de la revocatoria del fallo de primer grado, condene también a la Caja demandada a pagar a Nelson Hernando Mayorga la indemnización por despido injustificado y la indemnización por la mora en el pago completo de las prestaciones sociales."

Con tal finalidad propuso dos cargos por la vía indirecta, los cuales fueron replicados.

Primer cargo

En este cargo expresa que "La sentencia acusada es indirectamente violatoria, en la modalidad de aplicación indebida, de los preceptos legales sustanciales de alcance nacional contenidos en los artículos 3°, 4°, 19, 467, 468 y 476 del C.S.T.; 11 de la Ley 6ª de 1945 y 6°, 1740, 1741 y 1746 del C.C."

Señala que el Tribunal trasgredió las anteriores normas legales como consecuencia de los siguientes errores de hecho:

"1°. Dar por demostrado, contra la evidencia, que la demandada citó al demandante a descargos "tres días después de que la empleadora tuvo conocimiento de la comisión de la falta imputada al trabajador".

"2°. Dar por demostrado, contra la evidencia, que la Caja de la Vivienda Popular dio cumplimiento al procedimiento convencional para despedir de sus servicio a Nelson Hernando Mayorga.

"3°. No dar por demostrado, estándolo evidentemente, que la demandada citó al demandante a descargos dos meses después de tener conocimiento de la comisión de la falta imputada al trabajador.

"4°. No dar por demostrado en consecuencia, estándolo evidentemente, que la demandada incumplió el procedimiento establecido en la convención colectiva para despedir de su servicio a Nelson Hernando Mayorga.

"5°. No dar por demostrado, estándolo, que el incumplimiento por la demandada de los términos y el procedimiento convencionales (sic) para despedir al actor determinaba, por disposición de la misma convención colectiva, que el despido carecía de validez y en consecuencia era nulo".

Manifiesta la recurrente que el Tribunal incurrió en los anteriores yerros manifiestos como consecuencia de haber apreciado de manera indebida los documentos auténticos que obran a folios 29, 83 a 118, 246 a 263 y 393 a 412 del expediente.

En la demostración del cargo el recurrente expresa lo siguiente:

" (...)

" (...)

" (...)

" (...)

" (...)

" El Tribunal apreció muy mal la prueba documental que cita en su sentencia. En efecto, los únicos documentos útiles o idóneos que sirven para demostrar cuándo tuvo conocimiento la Caja de la Vivienda Popular de la supuesta falta que motivó la citación al demandante para que rindiera los descargos, y cuando se produjo esa citación, son los que aparecen a folios 29, 84, 85, 86 y 99 del expediente, todos autenticados y agregados al expediente por la propia Caja demandada.

"En el documento de folio 85 consta que el día 7 de febrero de 1992 el gerente de la Caja de la Vivienda Popular se notificó del aviso de observaciones fechado el 4 de febrero anterior que aparece a folio 86.

"En el documento de folio 84 consta que el mismo Gerente de la Caja, quien se había notificado de la glosa de la contraloría el 7 de febrero de 1992, solamente diez (10) días después, el 17 de febrero, solicitó la citación del actor al Comité de Relaciones Laborales.

"Y a folio 99 obra la comunicación dirigida por el Coordinador de Control Interno de la Caja demandada a la Jefe de la División de Relaciones Laborales el 14 de febrero de 1992 en la cual le precisa que la falta imputada a Nelson Hernando Mayorga, por la cual fue llamado a descargos, era de conocimiento de la dicha Jefe de la División de Relaciones Laborales de la Caja desde el mes de diciembre del año anterior.

"Resulta de bulto el error del Tribunal al haber deducido que la glosa de la Contraloría Distrital había sido hecha el 14 de febrero de 1992 (fl.484), pues según el documento de folio 86 y su notificación al Gerente de la Caja de la Vivienda Popular que aparece a folio 85, la dicha glosa tiene fecha (4) de febrero de 1992 -y no 14 como dice la sentencia- y le había sido notificada al Gerente el día 7 del mismo mes.

"Ninguno de los otros documentos que examinó el Tribunal Superior permite deducir, como concluyó equivocadamente el sentenciador acusado, que la Caja de la Vivienda Popular citó a descargos a Nelson Hernando Mayorga dentro de los tres días siguientes a la fecha en que el empleador tuvo conocimiento de la comisión de la presunta falta por parte del trabajador.

"Siendo evidente que la Caja de la Vivienda Popular, a través de su Jefatura de Relaciones Laborales, tenía conocimiento de la presunta falta de Nelson Hernando Mayorga desde diciembre de 1991 y la Gerencia General estaba notificada de la misma desde el 7 de febrero de 1992, resulta

obvio y evidente que cuando se citó a descargos al trabajador, el 19 de febrero del citado año (fl.29) ya habían pasado de sobra los tres días establecidos para ese efecto en la convención colectiva de trabajo.

"No hay en el expediente otro medio de prueba que permita desvirtuar el hecho irrefutable de que la Caja demandada pretermittió el trámite convencional para despedir al demandante en cuanto lo citó a descargos por fuera del término fijado en la convención colectiva, si se tiene en cuenta que la Jefe de Relaciones Laborales tuvo conocimiento de la presunta falta desde diciembre de 1991 y el Gerente General desde el 7 de febrero de 1992 no obstante lo cual el actor sólo fue citado a descargos el día 19 de ese mismo mes.

"Los otros documentos que cita el Tribunal (folios 83 a 118) y 246 a 263) excepción hecha de los de folios 29, 84 a 86 y 99- sólo demuestran la celebración de las reuniones del Comité de Relaciones Laborales de la Caja de la Vivienda Popular que estudiaron el asunto relativo a la falta que se imputó a Nelson Hernando Mayorga, pero ninguno desvirtúa la evidencia protuberante de la citación a Nelson Mayorga por (sic) Tribunal Superior debió tener más cuidado y no pasar por alto la constancia que aparece en el acta del Comité de Relaciones Laborales reunida el 13 de marzo de 1992 (fls. 113 y 114) según la cual los representantes sindicales en dicho Comité dejaron expresa anotación del incumplimiento del término previsto en la convención colectiva para hacer el llamado a descargos a Nelson Mayorga y la nulidad consecuente de su eventual despido.

"Y si bien debe aceptarse, por razonable, la conclusión del Tribunal en el sentido de que el término de los tres días fijado en la convención colectiva debe contarse no a partir de la fecha de la comisión de la falta sino a partir de la fecha en que el empleador haya tenido conocimiento de la misma, no puede pasarse por alto que, según el perentorio mandato convencional, el despido del demandante no tuvo validez y debe considerarse en consecuencia nulo por haber sido impuesto sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Convención.

"De folios 393 a 412 obra la convención colectiva de trabajo suscrita entre la Caja demandada y el Sindicato de base de los trabajadores a su servicio el 12 de noviembre de 1982 con la constancia de su depósito oportuno. No hay controversia -y el Tribunal acertó en este punto- sobre la aplicación de esa convención a mi representado, y sobre la vigencia del trámite convencional para despedir allí previsto, cuando se produjo la ruptura del contrato de trabajo de Nelson Hernando Mayorga. En cambio, resultó mal apreciada la convención por el Tribunal Superior en cuanto no dedujo de la misma la nulidad e invalidez del despido del actor que allí se preveía expresamente.

"En efecto, por virtud de la cláusula tercera de la convención (fl. 393), los preceptos de convenciones anteriores que se incorporaron a dicha convención según consta en la adición de folio 398 que asimismo fue de-

positada en tiempo e hizo parte de la convención, "no tendrá ninguna validez y en consecuencia será nulo" el despido impuesto sin el lleno de todos y cada uno de los requisitos señalados en la cláusula séptima (régimen de faltas y sanciones fl. 400), el primero de los cuales (sic) requisitos (fl. 399) era precisamente el de haber llamado a descargos al demandante dentro de los tres días siguientes a la fecha en que la Caja de la Vivienda Popular había tenido conocimiento de la presunta falta imputable a mi representado.

"La inobservancia de los términos convencionales, que aparece evidente, determinaba la ineficacia y nulidad del despido del demandante quien, por virtud de la invalidez del acto patronal ilícito, tenía -y continúa teniendo- derecho a ser reintegrado a su cargo.

"Quedan así demostrados los errores de hecho que se denuncian en el presente cargo en los cuales incurrió de manera evidente el sentenciador acusado. Si el Tribunal no hubiera apreciado mal las pruebas documentales que tuvo en cuenta al decidir sobre el cumplimiento del trámite convencional que la Caja demandada adelantó para despedir a Nelson Hernando Mayorga, habría concluido, necesariamente, que la citación del actor a descargos se efectuó por fuera del término previsto en la convención, incumplimiento que conllevaba la ineficacia y la nulidad del despido. No habría entonces incurrido el *ad quem* en los errores de hecho que se han denunciado y tampoco habría infringido los preceptos legales que se citan en la proposición jurídica. Bien al contrario, de haber apreciado bien las pruebas habría concluido que el incumplimiento del trámite convencional por parte de la entidad demandada conllevaba la ineficacia y nulidad de la terminación del contrato de trabajo del demandante y por tanto se imponía disponer en la sentencia el reintegro del actor a su cargo, pagándole los salarios y prestaciones sociales causados desde cuando se produjo el despido y hasta cuando se efectúe el reintegro. Así debe disponerlo la H. Corte Suprema de Justicia en sede de instancia tal y como se solicita en el alcance principal de la impugnación de la presente demanda".

La oposición, por su parte, sostiene que el cargo presenta deficiencias de orden técnico que suponen su rechazo, como son las de no haberse denunciado la violación de todas las normas, tanto de medio como de fin, de las cuales emanan las consecuencias jurídicas que se atribuyen a los presupuestos fácticos de la demanda de casación y no haberse atacado todos los medios de prueba que sirvieron de sustento para el fallo del Tribunal.

Aun así, la réplica deja entrever que la conclusión a la que llegó el Tribunal, en el sentido que la demandada sí cumplió con el procedimiento convencional dentro del término pactado para el retiro del trabajador, corresponde a lo que exactamente emana de los documentos auténticos que obran a folios 29, 63 a 118, 246 a 263 y 393 a 412. Deteniéndose particularmente en el contenido de las documentales que aparecen a folios 83,

85 y 93 del expediente, las que, junto con las demás señaladas en el cargo como mal apreciadas, califica como documentos públicos.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La crítica que le formula la réplica al cargo, en el sentido de que no se denunciaron todas las normas de orden legal de donde afloran las consecuencias jurídicas de la demanda de casación, no es admisible, por cuanto en la proposición jurídica se incluye el precepto sustancial que consagra la definición de la Convención Colectiva de Trabajo, disposición que resulta suficiente para abordar el estudio del cargo, todavía más con la atenuación que sufrió la exigencia legal consagrada en el numeral 5° del Art. 90 C.P.T. con el advenimiento del artículo 51 del Decreto 2651 de 1991, adoptado como legislación permanente por la Ley 446 de 1998, dado que se acusa al Tribunal, precisamente, porque a través de los errores de hecho señalados en la demanda de casación dio por demostrado, sin estarlo, que la demandada cumplió el procedimiento convencional para despedir al actor.

Tampoco le asiste razón a la réplica cuando expresa que no se atacaron por la impugnante todos los medios de prueba que sirvieron de sustento para el fallo del Tribunal, pues en el cargo se manifiesta que los errores de hecho imputados al fallador de segunda instancia provienen de la apreciación indebida de los documentos auténticos que obran a folios 29, 83 a 118, 246 a 263 y 393 a 412, elementos de juicio estos de donde, precisamente, se dedujo por el Tribunal que la demandada sí cumplió el procedimiento establecido en la Convención Colectiva para poder despedir a un trabajador de dicha empresa. En efecto, dijo textualmente esa corporación lo siguiente: "En folios 83 a 118 y 246 a 263 se encuentran fotocopias autenticadas de varios documentos que demuestran que la demandada dio cumplimiento al procedimiento convencional...".

Aclarado lo anterior, procede la Corte a pronunciarse sobre el punto que se controvierte por la recurrente a través del presente cargo, esto es, que el Tribunal contra lo que evidencia la prueba documental que reposa a folios 29, 83 a 118, 246 a 263 y 393 a 412 concluyó que la demandada antes de despedir al demandante se sujetó al procedimiento contemplado en la Cláusula Séptima de la Convención Colectiva de Trabajo de 1977, la cual se encontraba vigente para la época del despido del accionante, por así desprenderse a su vez de la Cláusula Tercera del acuerdo colectivo de 1990 (folio 437).

La Cláusula Séptima de la Convención Colectiva de 1977 (folios 373 y 374) dispone lo siguiente:

"REGIMEN DE FALTAS Y SANCIONES. Únicamente podrán aplicarse las sanciones contempladas en el Reglamento de Trabajo de la Caja, previo el cumplimiento del siguiente procedimiento:

1) El trabajador que haya cometido una falta será llamado a rendir sus descargos dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que se cometió la falta, ante el Comité de Relaciones Laborales.

2) De todas la diligencias de descargos, que se practicarán en un término prorrogable no mayor de quince (15) días, se levantarán actas que deben ser suscritas por todas las personas que intervinieron en la diligencia.

3) En la diligencia de descargos se practicarán todas las pruebas que soliciten los integrantes del Comité y el Trabajador.

4) En el acta de descargos se consignarán todas las argumentaciones que expongan el trabajador y los integrantes del Comité de Relaciones Laborales.

5) Dentro de los ocho (8) días siguientes a la fecha en que se terminen de practicar todas las pruebas, la Gerencia tomará su determinación, que será comunicada tanto al trabajador inculcado como al Sindicato.

6) El Gerente no podrá imponer sanciones mayores de tres (3) días cuando la falta sea cometida por la primera vez y en ningún caso la sanción podrá exceder de un (1) mes.

7) Las sanciones que se hayan impuesto no tendrán incidencia en la liquidación y pago de los derechos y prestaciones consagradas en la ley y en las convenciones colectivas vigentes.

8) Cualquier sanción o despido que se imponga a un trabajador sin el lleno de todos y cada uno de los requisitos señalados en los numerales anteriores de esta cláusula no tendrá ninguna validez y, en consecuencia, serán nulos.

Examinada por la Corte la prueba documental a que hace mención la recurrente, es decir, los documentos que se hallan a folios 29, 83 a 118, 246 a 263 y 393 a 412, no se observa que el Tribunal haya apreciado tales documentales de manera equivocada cuando dedujo que la demandada obró de conformidad con el procedimiento consagrado en la norma convencional anteriormente transcrita, antes de decidir dar por terminado de manera unilateral el contrato de trabajo del actor, pues, efectivamente, de esos elementos de juicio, principalmente de los que se encuentran a folios 29, 93 a 118, 246 a 255 y 257 a 263, allora que la Caja de la Vivienda Popular citó a descargos al accionante, escuchó su versión acerca de los hechos que se invocaron como justa causa de despido y practicó las pruebas solicitadas por éste en su defensa, etapas estas que constituyen, en esencia, la estructura vertebral del procedimiento que se contempla en la Cláusula Séptima de la Convención Colectiva de Trabajo de 1977.

Ahora, si bien de los documentos que reposan a folios 84, 85 y 86 puede inferirse que la empresa demandada tuvo conocimiento el 7 de febrero de 1992 del "Aviso Oficial de Observaciones N° 05" efectuado por la

Contraloría Distrital de Santa Fe de Bogotá de fecha 4 de febrero del mismo año, cuyo contenido viene a ser a la postre el fundamento fáctico del despido, por lo que resultaría inexacta la manifestación del Tribunal en el sentido de que la glosa efectuada por dicho ente fiscalizador fue realizada el 14 de febrero de 1992, no puede deducirse de esa imprecisión que la conclusión del sentenciador de segundo grado de que la demandada cumplió el procedimiento convencional de marras antes de despedir al actor, constituya una equivocación protuberante, primero porque, como ya vimos, las etapas que estructuran tal proceso efectivamente se llevaron a cabo, sin desmedro del derecho de defensa del demandante, y segundo, porque en el documento que contiene la notificación no se observa la firma del notificado lo que impide tener por contundente el respaldo probatorio sobre la fecha en que la demandada conoció el citado informe, hecho que bien pudo suceder el día 17 como se puede desprender del folio 84.

Mucho menos puede pretenderse el desquiciamiento de la sentencia del Tribunal porque los representantes del sindicato hayan dejado una constancia en relación con el incumplimiento del término previsto en la convención colectiva para hacer el llamado a descargos al actor, pues esa anotación en nada desvirtúa la conclusión del sentenciador de segunda instancia en el sentido de que al accionante durante dicho trámite convencional no se le violó su derecho de defensa.

Además, el cargo en cuanto a este punto presenta una contradicción insuperable que impide que desde este ángulo se abra la posibilidad de quebrar la sentencia atacada, consistente en que al inicio del mismo se dice que los errores de hecho enrostrados al Tribunal devienen de la apreciación indebida, entre otros, de los documentos que militan a folios 83 a 118 del expediente, y más adelante se sostiene que el Tribunal no debió pasar por alto la constancia que aparece en el acta del Comité de Relaciones Laborales reunida el 13 de marzo de 1992 (fs. 113 y 114), lo que equivale ni más ni menos a decir que el fallador de segundo grado dejó de apreciar tal documental. Lo que desconoce el principio de no contradicción, que para el asunto en comento se traduce en que no es lógicamente factible predicar al mismo tiempo respecto de una prueba su inapreciación y su estimación indebida.

A todas estas, se tiene que la recurrente deja libre de todo ataque la manifestación del Tribunal en el sentido que la orden de citación del actor por parte de la demandada para rendir descargos se hizo el día 20 de febrero de 1992 porque éste se encontraba de vacaciones. Argumento fáctico que sigue soportando la conclusión del Tribunal, en el sentido de que la accionada guardó el procedimiento convencional que se requería adelantar antes de despedir al actor, aun en lo que corresponde a la citación oportuna de este empleado a descargos.

De manera, que en este caso no puede decirse que el Tribunal incurrió en los desatinos fácticos que la recurrente le endilga. Y mucho menos que hubiera apreciado erróneamente la Convención Colectiva pluriestada en cuanto no dedujo de la misma la nulidad e invalidez del

despido del actor, pues ese efecto solamente surge, por mandato de dicho acuerdo colectivo, en el evento que se pretermite alguno de los requisitos previstos en el procedimiento tantas veces mencionado, lo que, como ya se analizó, no ocurrió en el asunto que nos ocupa, toda vez que aquí se dieron en lo sustancial, sin afectar la defensa del inculpaado, cada uno de los presupuestos que conforman tal disposición convencional.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Segundo Cargo

En esta otra acusación se sostiene que la "Sentencia acusada es violatoria, en la modalidad de aplicación indebida, de las normas sustanciales y de alcance nacional contenidas en los artículos 3°, 4°, 467, 468 y 476 del C.S.T.; 11 de la Ley 6ª de 1945, 26 (3ª y 6ª), 27 (2ª), 43, 47, 48 y 51 del Decreto 2127 de 1945 y 1º del Decreto 797 de 1949".

Se sostiene por la impugnante que la violación de las disposiciones anteriormente denunciadas devienen de los siguientes errores de hecho:

"1° Dar por demostrado, contra la evidencia, que el demandante solicitó a la demandada una remisión para la Clínica el Bosque a nombre suyo y no para su hija.

"2° Dar por demostrado, contra la evidencia, que cuando la hija del demandante fue atendida de urgencia en la Clínica El Bosque ya había perdido el derecho al servicio médico por cuenta de la Caja demandada.

"3. Dar por demostrado, contra la evidencia, que el servicio médico solicitado por Nelson Hernando Mayorga constituyó un acto inmoral de su parte y se hizo por el demandante con el propósito de obtener un provecho económico ilícito.

"4° Dar por demostrado, contra la evidencia, que el demandante incurrió en justa causa de despido.

"5° No dar por demostrado, siendo evidente, que Nelson Hernando Mayorga solicitó los servicios médicos de urgencia de la Clínica el Bosque para su hija y no para sí mismo.

"6° No dar por demostrado, estándolo evidentemente, que cuando Nelson Hernando Mayorga solicitó para su hija los servicios médicos de urgencia de la Clínica El Bosque tenía derecho a la prestación de esos servicios.

"7° No dar por demostrado, estándolo evidentemente, que la propia Caja de la Vivienda Popular reconoció que la conducta de Nelson Hernando Mayorga carecía de cualquier carácter inmoral o ilícito.

"8° Dar por demostrado, contra la evidencia, que la Caja de la Vivienda Popular procedió de buena fe al dejar de pagar a la terminación del contrato de trabajo del demandante las prestaciones sociales que le quedó adeudando.

9° No dar por demostrado, estándolo evidentemente, que la Caja de la Vivienda Popular careció de buena fe al haber dejado de pagar a Nelson Hernando Mayorga los reajustes del auxilio de cesantía, la prima de navidad, la compensación de vacaciones y la prima de vacaciones que le quedó debiendo a la terminación del contrato".

Manifiesta la impugnante que el Tribunal incurrió en los anteriores errores de hecho como consecuencia de la apreciación equivocada de los documentos de folios 23, 27, 28, 87, 79 a 82, 88 a 98 y 104 a 108; del interrogatorio de parte del demandante (fls. 140 a 145); de las declaraciones de los señores Luis Edgar Herrera (fls. 289 y 290), Luz Nallibeth Cruz (fls. 329 a 331). Así como por la falta de apreciación de los documentos de folios, 25, 31, 32, 72 a 77 273 y 432 a 435; del interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la caja demandada (fls. 156 a 160) y de la diligencia de inspección judicial (fls. 344, 345, 360 y 442).

En la demostración del cargo se expresa lo siguiente:

" (...)

" El desacuerdo o controversia con el Tribunal Superior se limita en el presente cargo a la justificación del despido y a la buena fe de la demandada al dejar de pagar al actor la totalidad de las prestaciones sociales debidas a la terminación del contrato, que el sentenciador acusado dedujo de las pruebas del proceso y que mi representado no acepta.

" (...)

" I El despido injustificado

"Luego de examinar los documentos de folios 23, 27, 87, 88 a 98, 104 y 142, el interrogatorio de parte absuelto por el demandante (fls. 142 y ss) y las declaraciones de Luis Edgar Herrera y Luz Nallibeth Cruz (fls. 329 a 343), el Tribunal concluyó así la motivación de su sentencia: "De las pruebas anotadas se desprende que el actor incurrió en los hechos que se le imputaron como justa causa de despido. En efecto, solicitó a la demandada una remisión para la Clínica del Bosque a nombre suyo cuando quien había asistido al servicio de urgencias de dicha clínica fue su hija, quien había perdido el derecho para el servicio médico. Lo hizo con el objeto de engañar a la demandada y así obtener la remisión y evitarse el pago del servicio mencionado. Lo anterior constituye, por lo menos, un acto inhumano del trabajador quien pretendió un provecho económico de su conducta ilícita" (fl. 490).

"Según el documento de folios 23 y 24 la Caja de la Vivienda Popular despidió (sic) a mi representado porque (sic), según la demandada, se había demostrado la conducta violatoria del señor Nelson Hernando Mayorga representada en el hecho de haber pedido la orden médica a nombre suyo.

"La Resolución de despido del demandante demuestra solamente que la Caja invocó como causal para despedirlo el hecho de haber pedido la

orden médica a nombre suyo' pero de ninguna manera que el dicho motivo invocado hubiera ocurrido realmente. Muy mal apreció el Tribunal Superior la prueba al deducir de la misma la veracidad del hecho afirmado por la Caja de la Vivienda Popular como motivo o causal para prescindir de los servicios de Nelson Hernando Mayorga.

"Los documentos de folios 27 y 28 corresponden a una glosa efectuada por la Contraloría de Bogotá el 4 de febrero de 1992 según la cual el demandante habría solicitado para sí mismo el servicio médico y no para su hija, de donde se deducía la necesidad de un reembolso de \$12.200 por el demandante a la Caja demandada, reembolso que aparece efectuado en el documento de folio 28. Los documentos no demuestran por parte alguna que el servicio médico hubiera sido solicitado por el demandante para sí mismo y no para su hija, como equivocadamente lo dedujo el Tribunal Superior.

"El documento de folio 87 corresponde a la comunicación dirigida por el médico de la Caja de la Vivienda Popular a la Clínica El Bosque solicitando la atención que requiriera el señor Nelson Mayorga. Ese documento, que aparece fechado el 25 de agosto de 1991 pero que fue en verdad expedido posteriormente, tampoco demuestra que el demandante hubiera solicitado el servicio médico para sí mismo y no para su hija pues, como se establece en seguida, el documento fue expedido por la Caja de la Vivienda Popular después de la prestación del servicio médico a la hija del demandante y con el solo objeto que le devolviera a Nelson Hernando Mayorga el carnet que había dejado en la mañana del domingo 25 de agosto en la Clínica El Bosque cuando tuvo que llevar de urgencia a su hija a dicho centro hospitalario.

"A folio 88, en copia autenticada acompañada al proceso por la propia Caja demandada, obra la certificación fechada el 25 de Agosto de 1991 en la cual consta que Julieth Marcela Mayorga Rodríguez fue atendida ese día en la consulta de urgencias de la Clínica El Bosque, debido a una infección urinaria, por cuenta de la Caja de la Vivienda Popular y que el afiliado era Nelson Hernando Mayorga.

"A folios 90 aparece la hoja de registro de la dependencia de "urgencias" de la Clínica El Bosque, de fecha 25 de Agosto de 1991, en la cual consta que en la mañana de ese día, que era domingo, fue atendida Julieth Marcela Mayorga Rodríguez, estudiante de 17 años de edad, de sexo femenino, y que la persona responsable era Nelson Hernando Mayorga.

"A folio 91 aparece otra certificación expedida por la Clínica El Bosque en la que consta que el mismo 25 de agosto de 1991 fue atendida Julieth Marcela Mayorga Rodríguez en ese centro hospitalario.

"A folio 92 existe igualmente una constancia, fechada también el mismo domingo 25 de agosto de 1991, en la cual se ratifica que en la Clínica El Bosque fue atendida Julieth Marcela Mayorga Rodríguez por cuenta de la Caja de la Vivienda Popular y que el afiliado era Nelson Hernando Mayorga.

"A folios 93 a 98 aparece el acta del Comité de Relaciones Laborales de la Caja de la Vivienda Popular reunida para oír en descargos al demandante el 20 de febrero de 1992, prueba que también apreció mal el Tribunal Superior. En dicha acta se lee lo siguiente: PREGUNTA (la representante de la Caja): Señor Mayorga informe al comité del porqué solicitó una cita médica para usted y llevó a su hija para ser atendida?: No, en ningún momento pedí la cita a nombre de Nelson Mayorga, el día 25 de agosto de 1991 en las horas de la madrugada mi hija estuvo grave, la llevé a la clínica del Bosque en el estado que se encontraba, presenté mi carné y solicité los servicios de urgencia para que fuera atendida mi hija Julieth Mayorga, quien aparece registrada con derechos en el carné de servicio médico de la Caja de la Vivienda Popular, por lo tanto fue atendida inmediatamente, una vez que me la entregaron me dieron un diagnóstico y me la llevé para la casa dejando mi carné en la clínica, en los días siguientes solicité el certificado médico de la Caja presentando el diagnóstico de la Clínica para que me entregaran el carné como así sucedió, posteriormente entregué la orden en la clínica y me entregaron el carné" (fl.94).

"Ante las anteriores evidencias resulta verdaderamente inexplicable que el Tribunal Superior haya aceptado como cierta la afirmación de la entidad demandada, contenida en la resolución de despido del actor, según la cual Nelson Hernando Mayorga había solicitado una orden médica a nombre suyo con el objeto de obtener en forma vedada un servicio médico para su hija.

"Muy mal apreció las pruebas, evidentemente, el Tribunal Superior pues de los documentos anteriores aportados por la demandada al expediente en copias autenticadas -lo que demuestra que los originales reposaban en su poder- se desprende con la mayor evidencia que el demandante Nelson Hernando Mayorga nunca solicitó la orden de atención médica para sí mismo con el objeto de que los servicios médicos de la Clínica El Bosque le fueran prestados a su hija y no al propio actor, entre otras razones porque los dichos servicios fueron prestados primero y autorizado después.

"También apreció el sentenciador de manera ligera y superficial el interrogatorio de parte absuelto por el demandante (fls. 140 a 145) pues allí no aparece que el demandante haya solicitado a la Caja de la Vivienda Popular orden alguna para la prestación del servicio médico sino que lo que solicitó fue la autorización para retirar el carné que había dejado en la Clínica El Bosque el día domingo 25 de agosto de 1991 en las horas de la mañana cuando llevó a dicho centro hospitalario a su hija. En cambio el absolvente sí aceptó que la orden para retirar el carné, en la cual figuraba su nombre, le pareció correctamente expedida por la Caja por ser el trabajador el titular del derecho a la prestación del servicio médico de sus beneficiarios. También en el interrogatorio de parte el demandante declaró que "según el carné de servicios médicos expedido por la Caja en ninguna parte indica fecha de nacimiento o límite de edad. Y finalmente declara el demandante que la orden de servicio médico para el retiro del

carnet, a la cual se le puso fecha 25 de agosto, le fue expedida realmente el día lunes siguiente (fl. 144). No hay en el interrogatorio de parte del demandante ninguna confesión de hecho inhumano o delictuoso ni la aceptación de que el actor hubiera solicitado para sí mismo la prestación del servicio médico que habría utilizado en forma maliciosa para su hija con el propósito de obtener un provecho ilícito.

"Resulta entonces incomprensible que el Tribunal Superior, sin examinar las pruebas del proceso con el cuidado con que estaba obligado a hacerlo, haya aceptado la afirmación de la demandada hecha en la Resolución de despido, según la cual el demandante cometió un acto inhumano al haber hecho atender a su hija, para una emergencia médica, por cuenta de la demandada, pues esa actitud conlleva el propósito de obtener un provecho económico ilícito.

"El documento de folio 25 -que no fue apreciado por el Tribunal - corresponde a la copia del carnet de afiliación para servicio médico expedido por la Caja de la Vivienda Popular al demandante el 25 de Septiembre de 1990 en cuyo respaldo (fl. 25 vto.) consta que su hija Julieth Marcela Mayorga Rodríguez era beneficiaria del servicio médico.

"A folio 32 aparece el registro de nacimiento de la hija del demandante Julieth Marcela Mayorga Rodríguez en la cual consta que nació el 2 de junio de 1974. Este documento tampoco fue apreciado por el Tribunal Superior.

"Si el sentenciador acusado no hubiera también pasado por alto el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la Caja de la Vivienda Popular habría observado que la demandada confesó que Nelson Hernando Mayorga nunca le presentó certificados falsos ni cometió actos inhumanos.

"La tercera pregunta y su correspondiente respuesta del citado interrogatorio dicen textualmente "TERCERA PREGUNTA. Sírvase informarle al despacho qué documentos o certificados falsos presentó el señor HERNANDO Mayorga a la Caja de la Vivienda Popular para derivar provechos indebidos. CONTESTO. Documentos falsos no, según obra en el expediente lo que deduzco es que el Dr. Mayorga solicitó una orden para una Consulta médica a nombre de él y resulta que la utilizó fue su hija Julieth Mayorga, quien no tenía derecho puesto que la niña había cumplido sus diecisiete años y me parece que eran dos meses aproximadamente" (fl. 157). Y la pregunta quinta y su respuesta dicen textualmente: "QUINTA PREGUNTA. Sírvase precisar al Despacho en qué consistieron los actos inhumanos o delictuosos cometidos por el señor Mayorga en el desempeño de sus labores y que originaron la terminación del contrato. CONTESTO. Según obra en el expediente en el desempeño de sus funciones o de sus labores no cometió actos inhumanos el delito que se viene a configurar según tengo conocimiento por lo leído en el expediente es haber presentado su carnet y solicitar la orden de servicio médico a su nom-

bre y hiciera uso de ella su hija, corrigió en vez de delito el error que cometió el Dr. Mayorga" (fl. 158).

"Es evidente, entonces, que, al calificar la presunta falta del actor, el Tribunal Superior fue mucho más lejos que la propia demandada que se limitó a aceptar como un simple error del demandante el haber solicitado la orden médica para sí mismo y no para su hija, lo que, según quedó antes demostrado, tampoco es cierto porque la solicitud la hizo el demandante para su hija.

"A folios 432 a 435 obra la convención colectiva suscrita el 25 de Noviembre de 1988 entre la Caja demandada y el Sindicato de los trabajadores a su servicio en cuya cláusula octava (fl. 434) se dispone que la Caja continuaría prestando los servicios médicos a los hijos de los trabajadores hasta la edad de 17 años. El texto de la convención le daba al demandante pleno derecho a creer -como creyó- que el 25 de Agosto de 1982, es decir, cuando su hija tenía 17 años y dos meses de edad, aún continuaba amparada por el beneficio convencional como lo explicó en sus descargos, pues mientras no hubiera cumplido los 18 años de edad continuaba teniendo 17 para los efectos convencionales pertinentes. Y esta posición del demandante tiene su respaldo en el concepto del Ministerio de Trabajo, que igualmente pretermitió en su análisis el Tribunal Superior, según el cual la expresión "hasta la edad de los 17 años" implica a nuestro modo de entender que se extiende al último día de tal calendario, o lo que es lo mismo, hasta el día anterior a la fecha en que se inicie su nuevo cumpleaños" (fl.31).

"Tampoco apreció el Tribunal Superior, por la evidente ligereza con que examinó las pruebas, la diligencia de inspección ocular que se practicó en el proceso. Los puntos sexto, séptimo y octavo del temario propuesto por la parte actora pretendían demostrar que en el mes de agosto de 1991 la hija del demandante Julieth Marcela Mayorga Rodríguez continuaba como beneficiaria del servicio médico de la Caja de la Vivienda Popular (fls. 344 y 345). A folio 359 se ve que los dichos puntos sexto, séptimo y octavo del temario de la diligencia quedaron suspendidos con el objeto de que la demandada presentara los documentos necesarios para evacuarlos. A folio 360 el Juzgado dio como última oportunidad a la parte demandada, para presentar los documentos sobre los cuales se evacuarían los puntos pendientes de la inspección judicial, la fecha y hora señaladas para la audiencia siguiente. Y en la audiencia siguiente (fl. 442) tampoco la Caja demandada presentó al Juzgado los documentos con el fin de evacuar los puntos pendientes de la inspección ocular. Por esa razón el apoderado del actor solicitó la aplicación del artículo 56 del Código Procesal del Trabajo a lo cual accedió el Juzgado. Se concluye entonces que, por virtud del artículo 56 del Código Procesal del Trabajo, se tenía probado mediante la inspección ocular que en los listados de agosto de 1991 Julieth Marcela Mayorga Rodríguez, la hija del demandante a la cual se le prestó de urgencia la atención médica en la Clínica el Bosque el domingo 25 de agosto de 1991, continuaba beneficiaria de ese servicio.

Quedan demostrados, con carácter de evidentes y con la prueba legalmente calificada, los siete primeros errores de hecho que se enuncian en el presente cargo. Y ninguno de ellos se desvirtúa en lo más mínimo con los otros medios probatorios que obran en el expediente y que examinó o dejó de examinar el Tribunal Superior. En efecto, no hay ninguna otra prueba que respalde la conclusión del Tribunal según la cual el demandante solicitó el servicio médico para sí mismo y no para su hija, como tampoco lo hay para desvirtuar la conclusión de que el 25 de agosto de 1991 la hija del demandante continuaba siendo beneficiaria del servicio médico convencional, y muchísimo menos existe prueba que permita concluir que el demandante cometió un acto inmoral o delictuoso al haber llevado a su hija a la Clínica El Bosque en las horas de la mañana del domingo 25 de Agosto de 1991, para una atención médica de urgencia por cuenta de la demandada en la creencia de que dicho servicio debía ser asumido por la Caja de acuerdo con la convención colectiva de trabajo. Sobre estos puntos o aspectos del litigio las declaraciones de los testigos fueron también mal apreciadas por el Tribunal Superior, pues las mismas se refieren a hechos posteriores como fueron la expedición de la autorización para la devolución del carnet del demandante que se hizo en forma descuidada por algunos funcionarios del Departamento Médico de la Caja demandada.

"Si el Tribunal no hubiera apreciado mal las pruebas que apreció y hubiera tenido en cuenta las que dejó de apreciar, no hubiera incurrido en los errores de hechos ostensibles que cometió. Hubiera concluido, en cambio, que no existió justa causa para despedir a mi representado. En consecuencia, y también con aplicación de lo previsto en la convención colectiva de trabajo, hubiera condenado, de conformidad con lo solicitado en la demanda inicial, en forma principal al reintegro del demandante y al pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, como lo dispone la convención colectiva (cláusula 8ª, lit. c, folio 401) o, subsidiariamente, al pago de la indemnización por despido tarifada en la misma convención colectiva (Cláusula 8ª, parágrafo 2º, literal b, folios 401 y 402). Así lo debe disponer la H. Sala de Casación Laboral en sede de instancia, tal y como se solicita en el alcance de la impugnación.

" II La ausencia de buena fe en la demandada

"En cuanto a la pretensión de la demanda inicial por el concepto de la indemnización moratoria el sentenciador consideró que "A pesar de las condenas impuestas por reliquidación, estima la Sala que no es procedente la indemnización moratoria solicitada teniendo en cuenta que la demandada obró de buena fe al pagar a su trabajador lo que creyó deberle en una suma muy cercana (sic) la adeudada (fl. 492).

"A folios 72 a 77 obra la Resolución N° 272 de 1992 expedida por la Caja de la Vivienda Popular en la cual liquidó y ordenó pagar las prestaciones sociales debidas al demandante a la finalización de su contrato de trabajo. Este documento no fue tenido en cuenta en su fallo por el Tribunal Superior.

"A folios 79 a 81 aparece la Resolución 420 de 1992 por la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por el demandante contra la Resolución 272. En los considerandos de esta última resolución (la 420, folio 79) (sic) se ve claramente cómo la propia Caja demandada reconoció que el actor se declaró inconforme con su primera liquidación y solicitó el pago de los dominicales y festivos debidos así como la inclusión de esos salarios en la reliquidación de sus prestaciones sociales. Y aunque la Caja demandada encontró "viabilidad para la modificación de la resolución impugnada en lo concerniente al pago de los festivos" porque efectivamente los trabajó (fl.79) se limitó sin embargo a ordenar el pago de los salarios correspondientes a esos festivos (fl. 80) absteniéndose inexplicablemente de hacer la reliquidación de las prestaciones sociales.

"Muy mal apreció el Tribunal el documento de folios 79 a 81 al deducir que la demandada pagó espontáneamente al actor lo que creyó deberle a la terminación del contrato. En efecto, la Resolución 420 lo que demuestra es que para su expedición fue necesaria la reclamación del actor como protesta por la liquidación que se le había hecho con anterioridad - que aparece a folios 72 a 77 y que el Tribunal Superior no tuvo en cuenta - y que, no obstante esa reclamación y protesta, tampoco en la resolución 420 se le reconocieron las prestaciones sociales derivadas del reajuste salarial que se le reconoció por trabajo en días festivos.

"No hay en la Resolución 420 ninguna explicación de la Caja demandada para haberse abstenido de reliquidar las prestaciones sociales incluyendo como factor de salario el adicional que allí mismo se estaba reconociendo, de manera que la buena fe que encontró el Tribunal Superior no es sino producto de la ligereza con que examinó la prueba, buena fe que aun menos podía aceptarse si se tiene en cuenta que el propio demandante insistió infructuosamente en que la Caja demandada adicionara la Resolución 420 con la inclusión del reajuste prestacional, según consta en el documento de folio 273 que también fue pretermitido por el sentenciador.

"Con la inspección ocular, medio de prueba que también pasó por alto el Tribunal, se estableció que en la liquidación final de prestaciones sociales los valores pagados al actor por remuneración de los dominicales y festivos no fueron incluidos como factor de salario para la liquidación final de prestaciones sociales (fl.359).

"Y como precisamente lo pagado por trabajo en días domingos y festivos no fue tenido en cuenta por la demandada, sin explicación alguna, cuando efectuó la reliquidación de prestaciones sociales (fls. 79 a 81), el Tribunal Superior debió condenar en su sentencia a los reajustes correspondientes (fls. 492 y 493).

"Resulta así insólito que al resolver la petición de indemnización por mora el sentenciador acusado hubiera concluido que la demandada obró de buena fe, pues solo la ignorancia de la ley, que no podía servirle de excusa, le hubiera podido permitir a la Caja efectuar, con posterioridad a la liquidación inicial de las prestaciones sociales, el pago de los salarios

que le había quedado debiendo al ex trabajador por concepto de la remuneración del trabajo en días domingos y festivos, sin haber efectuado también la reliquidación correspondiente de las prestaciones sociales.

"En el expediente no existe absolutamente ningún medio probatorio que permita siquiera de manera indiciaria deducir buena fe de la demandada al dejar de pagar los reajustes prestacionales por los cuales condenó el Tribunal Superior. Y al no haber acreditado la Caja su buena fe en esa falta de pago se imponía en su contra la condena subsidiaria a la indemnización moratoria que propuso el Magistrado del Tribunal Superior que proyectó inicialmente la sentencia y que, por no habersele aceptado, debió dejar la respectiva salvedad de voto (fs. 494 y 495).

"Quedan demostrados los dos últimos errores de hecho que se denuncian en el presente cargo. Si el Tribunal hubiera sido menos descuidado en el examen de las pruebas habría deducido que la Caja demandada no obró de buena fe al dejar de pagar los reajustes prestacionales que quedó debiendo a la terminación del contrato y habría, por consiguiente, condenado al pago de la indemnización moratoria en los términos del artículo 1° del Decreto 797 de 1949 a partir de los 90 días siguientes de la terminación del contrato. Así debe disponerlo la H. Sala de Casación Laboral en sede de instancia, de conformidad con lo solicitado en el alcance subsidiario de la impugnación.

La oposición, por su lado, expresa que los errores que se le atribuyen al Tribunal en este cargo no alcanzan a tener el grado de manifiestos. Y que la argumentación que estructura esta acusación vendría a lo sumo a suscitar "... una seria duda que el Tribunal dispuso al ejercer el libre convencimiento y valoración de los medios de prueba allegados, dando por demostrado que el demandante sí hizo un uso incorrecto del servicio médico del que era titular, en favor de su hija que no se encontraba cobijada por el mismo por la circunstancia de su edad.". En suma, la réplica se opone a la prosperidad del cargo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Se controvierte por la recurrente a través de este cargo las conclusiones a que llegó el Tribunal en torno a la justicia del despido del actor y a la improcedencia de la indemnización moratoria deprecada por el accionante.

El fallador de segunda instancia en lo tocante con la justa causa de despido invocada por la demandada para dar por terminado el contrato de trabajo del demandante expresó:

"De las pruebas anotadas se desprende que el actor incurrió en los hechos que se le imputaron como justa causa de despido. En efecto, solicitó a la demandada un (sic) remisión para la Clínica del Bosque a nombre suyo cuando quien había asistido al servicios (sic) de urgencias de dicha Clínica fue su hija, quien había perdido el derecho para el servicio

médico. Lo hizo con objeto de engañar a la demandada y así obtener la remisión y evitarse el pago del servicio mencionado. Lo anterior constituye, por lo menos, un acto inmoral del trabajador quien pretendió un provecho económico de su conducta ilícita."

La anterior deducción la extrajo el Tribunal del análisis en conjunto de las pruebas que reposan a folios 23, 27, 28, 87, 88 a 92, 93 a 98, 100 a 103, 104 a 106, 142 a 145, 289 a 290 y 329 a 343 del expediente, respecto de los cuales se afirma por la recurrente que fueron mal apreciados por el Tribunal, por lo que se entra a examinar los mismos.

A folios 23 y 24 se halla la Resolución N° 138 de 1992 por medio de la cual la Caja de la Vivienda Popular dio por terminado el contrato de trabajo del actor. Respecto de tal prueba el Tribunal se limitó a hacer una síntesis de su contenido, por lo que no puede decirse, como lo sostiene la censura, que el Tribunal haya deducido de esta prueba, por sí misma, la veracidad de los hechos aducidos por la accionada como fundamento del despido.

El documento que está en el folio 27 tiene naturaleza declarativa y proviene de un tercero, razón por la cual se aprecia como un testimonio y por ello, en principio, no puede estudiarse dada la limitación impuesta por el artículo 7° de la Ley 16 de 1969.

La documental que se encuentra en el folio 28 corresponde al "RECI-BO N° 240685", el cual muestra que el demandante reintegró a la Caja de la Vivienda Popular la suma de \$ 12.200, "por Servicios Médicos prestados a su hija, la cual no tenía derecho". Y fue, precisamente, tal circunstancia la que extrajo el fallador de segundo grado de tal documental. En ningún momento el Tribunal al ocuparse de esta prueba señaló que de su texto se infiriera que "el servicio médico hubiera sido solicitado por el demandante para sí mismo y no para su hija", como lo pretende hacer ver la recurrente.

A folio 87 del expediente se halla la orden de atención médica de fecha 25 de agosto de 1991, dirigida por el galeno de la Caja de la Vivienda Popular a la Clínica El Bosque, en donde se solicita atender por urgencias y prestarle los servicios que se requieran al paciente Nelson Mayorga, por cuenta de la "CVP", por lo que al deducir de esta prueba el Tribunal que "Surge de este documento claramente que la orden expedida por la demandada estaba destinada a atender de urgencias al actor y no a su hija", no incurrió en ningún error de apreciación.

De otro lado, tenemos que la recurrente señala que el Tribunal estimó erróneamente las documentales que aparecen a folios 88, 90, 91, 92 y 93 a 98. Sin embargo, la censura no explica cuál fue la estimación que hizo el Tribunal en torno a cada uno de esos documentos, así como tampoco indica en qué consistió el yerro fáctico deducido por el fallador de segunda instancia en virtud de cada una de esas pruebas individualmente consideradas, sino que se limita a hacer un resumen del contenido

de cada uno de esos documentos y en seguida expresa de manera global lo que a su juicio se infiere de los mismos, contraponiendo esa estimación universal suya a la que, en su criterio, hizo el Tribunal en conjunto de todas esas pruebas.

Cuando un cargo en casación se formula por la vía del error de hecho, acusándose al sentenciador de segundo grado de haber apreciado erróneamente unas pruebas, al recurrente le corresponde, además de señalar de manera singularizada los elementos de juicio que sostiene fueron equivocadamente estimados por el fallador e indicar con toda claridad lo que acredita cada uno de ellos, poner de presente la equivocación en que incurrió el sentenciador al valorarlos individualmente y la incidencia de esos desajustes en las conclusiones fácticas que constituyeron el cimiento del fallo impugnado, y, consecuentemente, en la transgresión legal imputada al Tribunal. Por ello, resulta contrario a la técnica de casación, acusar como indebidamente estimadas un grupo o conjunto de pruebas, sin hacer referencia específica a la valoración que da cada una de ellas se hizo por la Corporación de instancia.

En cuanto al interrogatorio de parte absuelto por el demandante Nelson Hernando Mayorga (folios 140 a 145), hay que anotar que la diligencia de interrogatorio de parte no es una de las pruebas calificadas que enumera el Art. 7° de la Ley 16 de 1969. Solamente la confesión que se obtenga a través de ella es susceptible de ser atacada en casación. En el presente caso el Tribunal en ningún momento manifestó que su decisión de considerar como justo el despido del actor la hubiera obtenido de la confesión de éste, pues simplemente hizo un resumen de lo expresado por el accionante en dicha diligencia. De otro lado, las afirmaciones que en su propio favor hizo el actor en esta actuación al contestar las preguntas del interrogatorio a que lo sometió su contraparte no pueden tener incidencia alguna en la sentencia cuestionada.

De manera que los yerros fácticos enrostrados al Tribunal desde el ángulo de la errónea apreciación de las anteriores pruebas, no se dan.

Ahora, asegura la censura que el fallador de instancia no apreció los documentos que reposan a folios 25, 31, 32, 72 a 77, 273 y 432 a 435, así como tampoco el Interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la Caja demandada (fls. 156 a 160) y la diligencia de inspección judicial (fls. 344, 345, 360 y 442).

En punto a los documentos que reposan a folios 25 y 32 del expediente, la recurrente no dice qué incidencia hubiera tenido la apreciación de los mismos por parte del Tribunal en el aspecto de la sentencia atacada, esto es, que el actor sí incurrió en los hechos invocados por su empleador para despedirlo, por lo que no es factible deducir de esta inapreciación ninguno de los yerros fácticos imputados al sentenciador de instancia.

En lo que atañe al interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la empresa demandada (folios 156 a 160), de donde asucera la recurrente, afirma que "la demandada confesó que Nelson Hernando

Mayorga nunca le presentó certificados falsos ni cometió actos inmorales", hay que decir que la supuesta confesión de la demandada en torno a que el actor no presentó a esta documentos falsos, no tiene incidencia en lo decidido por el Tribunal en cuanto a la justicia del despido de aquél, pues este fallador en ningún momento expresó como fundamento de su argumentación en este sentido que el accionante hubiera presentado documentos falsos a la demandada. Lo que dijo esa Corporación de instancia fue que el demandante solicitó a la demandada una remisión para la Clínica el Bosque a nombre suyo cuando quien había asistido a este centro hospitalario, por urgencias, fue su hija, quien había perdido el derecho para tal servicio médico, hecho que el absolvente recalcó seguidamente a la manifestación tildada como confesión por la impugnante.

Tampoco se vislumbra confesión alguna en la respuesta a la "QUINTA PREGUNTA" que le formulara el apoderado del demandante, así: "Sírvese precisar al despacho en qué consistieron los actos inmorales o delictuosos cometidos por el señor Nelson Mayorga en el desempeño de sus labores y que originaron la terminación de su contrato". Al responder tal interrogante el absolvente dijo: "Según obra en el expediente en el desempeño de sus funciones o de sus labores no cometió actos inmorales el delito que se viene a configurar según (sic) tengo conocimiento por lo leído (sic) en el expediente es haber presentado su carnec (sic) y solicitar la orden de servicio médico a su nombre y hiciera (sic) uso de ella su hija, corrijo en vez de delito el error que cometió él (sic) Dr. Mayorga. La calificación de inmoralidad o actos delictuosos le compete al Juzgado no a mí". Con tal respuesta no hizo otra cosa que reiterar cuál fue la conducta del actor que motivó que la demandada lo despidiera, la cual coincide con lo deducido del acervo probatorio por el Tribunal, y dejar al fallador la calificación de ese comportamiento, ora como acto inmoral, ora como acto delictuoso, quien es al que corresponde en últimas tipificar si los hechos que se le imputan a trabajador como fundamento de la decisión unilateral del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo constituyen o no justa causa.

En lo referente a la inapreciación por parte del Tribunal de la Cláusula Octava de la Convención Colectiva suscrita el 25 de noviembre de 1988 entre la Caja demandada y el Sindicato de los trabajadores a su servicio (folio 434), que a la letra dice: "Octava. Servicios Médicos para Familiares. LA Caja de la Vivienda Popular. Continuará prestando los servicios médicos (sic), quirúrgicos (sic), farmacéuticos (sic), radiológicos (sic), ortopédicos (sic), fisioterapéuticos (sic), hospitalarios, oftalmológicos (sic), de laboratorio, odontológicos (sic), y demás relacionados en su totalidad para los hijos a cargo del trabajador o del pensionado hasta la edad de 17 años". Se tiene que si bien es cierto que de la sentencia atacada no se desprende que el Tribunal hubiera apreciado dicha disposición convencional, también lo es que del texto de dicha norma no se infiere que mientras el hijo o hija a cargo del trabajador 'no hubiera cumplido los 18 años de edad continuaba teniendo 17 para los efectos convencionales pertinentes'. De manera que la no estimación de dicha prueba por parte

del Tribunal no demerita la conclusión a que arribó dicho fallador en torno a la demostración de la justa causa de despido, y más exactamente en punto a que la hija del accionante "había perdido el derecho para el servicio médico".

En lo que atañe a la inapreciación por parte del Tribunal de la diligencia de Inspección Judicial que se practicó en el proceso, lo que, en sentir de la recurrente, impidió que el sentenciador de segundo grado diera aplicación al artículo 56 del Código Procesal del Trabajo respecto de los hechos "sexto, séptimo y octavo del temario propuesto por la parte actora", que "pretendían demostrar que en el mes de Agosto de 1991 la hija del demandante Juliet Marcela Mayorga Rodríguez continuaba como beneficiaria del servicio médico de la Caja de la Vivienda Popular (folios 344 y 345)", se tiene que aun en el evento en que se dieran esos supuestos ello no conllevaría forzosamente a la materialización de los efectos de la norma procesal precitada, ya que el Tribunal dedujo de los documentos declarativos de terceros que reposan a folios 27, 104 a 106 y del testimonio de Luz Nalibeth Cruz Martínez (folios 329 a 343), prueba no calificada en casación, que el demandante solicitó a la demandada una remisión para la Clínica del Bosque a nombre suyo cuando quien había asistido al servicio de urgencias de dicho centro hospitalario fue su hija, "quien había perdido el derecho para el servicio médico". Lo que significa que estos medios probatorios le merecieron al Tribunal mayor credibilidad que el eventual efecto proveniente del artículo 56 del C. de P.L., quedando así infirmada la misma.

Y el hecho que al sentenciador unas pruebas le inspiren más credibilidad que otras no constituye ningún error fáctico, mucho menos una equivocación protuberante, pues el artículo 61 del C. de P.L. faculta a los falladores de instancia para que aprecien libremente las pruebas que se hallen en el proceso y formen su convencimiento acerca de los hechos objeto de litigio con fundamento en aquellas que para él tengan mayor fuerza de persuasión.

Frente al segundo aspecto del cargo, esto es, que el Tribunal dio por demostrado, contra la evidencia, que la Caja de la Vivienda Popular procedió de buena fe al dejar de pagar a la terminación del contrato de trabajo del demandante las prestaciones sociales que le quedó adeudando, dice la recurrente que el Tribunal cometió el anterior error por haber valorado de manera equivocada el documento que reposa a folios 79 a 81, y haber dejado de apreciar las documentales que aparecen a folios 72 a 77 y 273 y la inspección judicial.

En la sentencia recurrida se afirmó por el fallador que estimaba que no era procedente la indemnización moralista solicitada porque la demandada obró de buena fe al pagar a su trabajador lo que creyó deberle en una suma muy cercana a la adeudada. Y remató diciendo: "En efecto, las diferencias resultantes en este proceso son mínimas en relación con lo pagado."

Pues bien, el Tribunal no pudo haber apreciado erróneamente el documento que reposa a folios 79 a 81, porque de tal documental se infiere que la suma total ahí reconocida es muy superior a la que configuran globalmente las diferencias deducidas en la sentencia. Ello quiere decir, ni más ni menos, que la argumentación sobre la cual se soporta la improcedencia de la indemnización moratoria encuentra fundamento razonable en dicha prueba.

En cuanto, al documento que reposa a folios 72 a 77 no se deduce nada diferente de lo asseverado por el fallador, en el sentido que los valores laborales reconocidos al actor en la sentencia atacada son mínimos en relación con las cantidades que según esa resolución le fueron pagadas al demandante. En consecuencia, la inapreciación de tal prueba no tiene mayor incidencia en el argumento esgrimido por el Tribunal para negar la indemnización moratoria y por el contrario, lo refuerza.

La Inspección Judicial practicada el 13 de febrero de 1996 (folios 358 y 359) no demerita en nada el razonamiento que estructuró el Ad quem para denegar la pretensión de indemnización moratoria, como que de la misma no aflora ningún elemento que desvirtúe que las diferencias resultantes en el proceso que nos ocupa son mínimas en relación con lo pagado por la demandada al actor. Por tanto, la no estimación de esta prueba por el Tribunal en nada afecta el soporte sobre el cual esta corporación consideró improcedente la indemnización moratoria y si se pretende cuestionar el argumento de no proceder la carga moratoria por ser mínimas las condenas, ello, por tener carácter jurídico, no es propio de la vía indirecta.

Por lo anterior, este cargo tampoco está llamado a prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada el 31 de Agosto de 1998 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, en el juicio laboral que presentó Nelson Hernando Mayorga contra la empresa denominada Caja de la Vivienda Popular.

Costas en el recurso extraordinario, a cargo de la parte demandante.

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

Germán G. Valdés Sánchez, Francisco Escobar Henríquez, José Roberto Herrera Vergara, Carlos Isaac Nader, Rafael Méndez Arango, Luis Gonzalo Toro Correa y Fernando Vásquez Botero.

Laura Margarita Manotas González, Secretaria.

**INDICE ALFABETICO
DE PROVIDENCIAS PUBLICADAS
SEGUNDO SEMESTRE
1993**

A	Págs.
ACCIONES DE LOS SINDICATOS	129
AMPARO DE POBREZA	139
APLICACION ANALOGICA	578
APLICACION INDEBIDA (Salvamento de voto)	374
ARBITRAMIENTO OBLIGATORIO - Teoría de la imprevisión	91
ARBITROS - Competencia (Salvamento de voto)	524
ARBITROS - Facultad para decidir aspectos denunciados sólo por el Empleador	72
ARBITROS - Facultades	348
ARBITROS - Facultades (Salvamento de voto)	91
ARBITROS - No tienen facultad para dejar sin vigencia el régimen pensional convencional (Salvamento de voto)	115
ARBITROS - Obligación legal de resolver la denuncia del empleador	113
ARMONIZACION DE LAS CONVENCIONES COLECTIVAS CON LA LEY 100 DE 1993	113
AUMENTOS SALARIALES	336
AUXILIO DE VIVIENDA - Carácter salarial	190

A

BENEFICIARIO DE LA OBRA EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES	150
BUENA FE - Exonerante de la sanción por mora	179, 418, 509, 643

C

CASACION - Falta de Técnica	362
CASACION - Hecho nuevo Inadmisible	252
COMPAÑERA PERMANENTE - Convivencia con el pensionado inicia da antes de la Ley 100 de 1993	472
CONCURRENCIA DE CONTRATOS DE TRABAJO	150
CONDENA DE FUTURO	544
CONTRATACION COLECTIVA - Revisión	524
CONTRATISTA INDEPENDIENTE	150
CONTRATO DE TRABAJO - Efectos	233
CONTRATO DE TRABAJO - Ejecución de buena fe	190, 236
CONTRATO DE TRABAJO - Inexistencia	557
CONTRATO DE TRABAJO - Presunción	245
CONVENCION COLECTIVA Denuncia - Revisión	519
CONVENCION COLECTIVA - Denuncia	72
CONVENCION COLECTIVA - Denuncia (Salvamento de voto)	527
CONVENCION COLECTIVA - Denuncia del empleador	91
CONVENCION COLECTIVA - Medio de prueba en casación	117, 428
CONVENCION COLECTIVA - Procedimiento para despidos	59
CONVENCION COLECTIVA - Régimen ordinario	634
CONVENCION COLECTIVA	94, 117, 129
CONYUGE SUPERSTITE	7
COSA JUZGADA	585
COTIZACION SANCION	67, 260
COTIZACIONES - Las faltantes corren a cargo del empleador	463

D

DESCANSOS DESCONTABLES	399
DESPIDO COLECTIVO - Con autorización del Ministerio del Trabajo - Causa legal pero no justa causa de terminación del contrato de trabajo	428
DESPIDO COLECTIVO - Con autorización del Ministerio del trabajo no genera pensión sanción, solo indemnización (Salvamento de voto)	441

Págs.

DESPIDO COLECTIVO - Con autorización del Ministerio del trabajo no genera pensión sanción, solo indemnización (Salvamento de voto) ...	446
DIRECTIVO NO SINDICALIZADO - Principio de Igualdad - a Trabajo Igual Salario Igual	634

E

EMPLEADO DIRECTO DEL BENEFICIARIO DE LA OBRA	150
EMPRESAS CON MAS DE 50 TRABAJADORES - Características y exigencias de la Ley 50 de 1990	399
ERROR DE DERECHO	450
ERROR DE HECHO (Aclaración de voto)	369
ERROR DE HECHO	179, 381, 564, 598, 643
ESTATUTO DEL TRABAJADOR OFICIAL	634
EXAMEN MEDICO DE EGRESO DEL TRABAJADOR - Por regla general ya no es obligación practicarlo	40
EXAMEN MEDICO DE EGRESO DEL TRABAJADOR - Por regla general ya no es obligación practicarlo	289
EXTRA Y ULTRA PETITA	289, 578

F

FALLO DE INSTANCIA	517
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LA EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA - Establecimiento Público. Naturaleza Jurídica de carácter especial	54

H

HOMOLOGACION DE LAUDOS DE TRIBUNALES ESPECIALES	72
---	----

I

IMPERIO DE LA LEY (Salvamento de voto)	552
IMPERIO DE LA LEY	336
INDEMNIZACION MORATORIA - No asume carácter objetivo, ni es de aplicación automática	530
INDEMNIZACION MORATORIA	399, 452
INDEMNIZACION MORATORIA (Aclaración de voto)	537
INDEMNIZACION POR DESPIDO - Liquidación	179
INDEMNIZACION SUSTITUTIVA (Salvamento de voto)	619

Págs.

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA (Salvamento de voto).....	621
INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL - No es procedente cuando se reconoce en oportunidad legal y el empleador obligado a su pago no ha retardado su cancelación.....	270, 317, 486
INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL	106
INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL (Salvamento de voto).....	280, 327, 494
INDICE DE INFLACION	336
INFRACCION DIRECTA	117
INSTITUTO DE LA INTERMEDIACION	150
INTERESES - Moratorios - Comerciales (Salvamento de voto)	120
INTERESES MORATORIOS Aportes - Mesadas pensionales (Aclaración de voto).....	127
INTERESES MORATORIOS	117
INTERROGATORIO DE PARTE	45

J

JORNADA DE TRABAJO PARA EMPRESAS CON 48 HORAS SEMANALES.....	399
--	-----

L

LEY LABORAL - Aplicación territorial (Salvamento de voto)	233
LIBRE FORMACION DEL CONVENCIMIENTO.....	150, 557, 585, 643

N

NEGOCIACION COLECTIVA.....	72
NORMAS DE APLICACION SUPLETORIA.....	111
NORMAS SOBRE TRABAJO - No tienen efecto retroactivo.....	307

O

OBLIGACIONES - El régimen de las obligaciones impide que los jueces amparados en el principio de equidad procedan a revalorizar cualquier obligación.....	270, 317, 486
---	---------------

P

PENSION DE JUBILACION - Imprescriptibilidad - Indexación de la primera mesada	362
---	-----

Págs.

PENSION DE JUBILACION - Por riesgos de salud	94
PENSION DE JUBILACION - Servicios prestados al Estado colombiano y a otra entidad Competibilidad	538
PENSION DE SOBREVIVIENTES - Aplicación del acuerdo 049 de 1990 ...	611
PENSION DE SOBREVIVIENTES - Beneficiarios (Salvamento de voto)	481
PENSION DE SOBREVIVIENTES - Compañera Permanente	589
PENSION DE SOBREVIVIENTES - Diferencia de requisitos cuando se trate de afiliado o pensionado	7, 472
PENSION DE SOBREVIVIENTES - Requisitos cuando se trata de afiliados o pensionados - Convivencia del causante y su compañera posterior a la fecha en la cual aquél reunió los requisitos para pensionarse.	544
PENSION DE SOBREVIVIENTES - Se requiere demostrar dependencia económica con el afiliado para su reconocimiento	625
PENSION DE SOBREVIVIENTES	611
PENSION DE VEJEZ - Procedimiento cuando el empleador incurre en mora en las cotizaciones	503
PENSION DE VEJEZ (Salvamento de voto).....	268
PENSION DE VEJEZ	252, 260
PENSION RESTRINGIDA DE JUBILACION - Diferé de la consagrada en el Acuerdo 049 de 1990 del ISS (Salvamento de voto)	467, 470
PENSION SANCION - Trabajadores particulares - Trabajadores oficiales	289
PENSION SANCION (Salvamento de voto).....	265
PENSION SANCION DE TRABAJADORES OFICIALES - Afiliados al ISS sin derecho a pensión mínima de vejez	463
PENSION SANCION DE TRABAJADORES OFICIALES	67
PENSION SANCION	260
PRESTAMOS - Intereses	117
PRINCIPIO DE CONGRUENCIA	289, 578
PRINCIPIO DE GRATUIDAD EN MATERIA LABORAL.....	139
PRINCIPIO DE INTEGRACION	139
PRINCIPIO DE LA CONDICION MAS BENEFICIOSA.....	307, 611
PRINCIPIO DE PUBLICIDAD Y CONTRADICCION DE LA PRUEBA.....	391
PROPOSICION JURIDICA COMPLETA (Salvamento de voto)	380

Página.

PROPOSICION JURIDICA/PRUEBA CALIFICADA	452
PROTECCION A LA MATERNIDAD	35
PRUEBA CALIFICADA - Ley 16 de 1969 art. 7°	625
PRUEBA CALIFICADA	45, 598

R

RECURSO DE HOMOLOGACION - Competencia de la Corte - Devolución del laudo	519
RECURSO DE HOMOLOGACION - Control de legalidad	72
RECURSO DE HOMOLOGACION No procede para subsanar deficiencias en el trámite	348
RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION	245, 376
REFORMATIO IN PEJUS - Aplicación	463
REFORMATIO IN PEJUS - Infracción	625
REFORMATIO IN PEJUS (Salvamento de voto)	631
REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON BENEFICIO DEFINIDO	7, 472
REGIMEN LEGAL COLOMBIANO DE DERECHO COLECTIVO	91
REGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA	481
REGIMENES CONVENCIONALES DE SEGURIDAD SOCIAL - Ley 100 de 1993	72
REINTEGRO - Inconveniencia	45, 564, 598
REINTEGRO CONVENCIONAL - Imposibilidad jurídica	35
REMUNERACION EN DOMINICALES Y FESTIVOS PARA TRABAJADORES OFICIALES - Diferencia con el sector privado	300
RESPONSABILIDAD SOLIDARIA	150

S

SALARIO MINIMO	336
SEGUNDA INSTANCIA - Trámite por apelación o consulta - Pruebas de oficio	391
SINDICATO - Delegación expresa de los afiliados	129
SISTEMA GENERAL DE PENSIONES - Aplicación a todos los habitantes del territorio Nacional	236
SISTEMA GENERAL DE PENSIONES - Derechos convencionales ad	

Págs.

quitrados - Regímenes complementarios a los legales	348
SOCIO	557
SUPRESION DE CARGOS	35
SUSTITUCION PENSIONAL	7

T

TECNICA DE CASACION	300, 307, 336, 452, 585, 643
TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO - Justa causa por parte del empleador	59
TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO - Justa causa por parte del empleador - Grave negligencia	381
TERRITORIALIDAD DE LA LEY - Aplicación Laboral	190
TERRITORIALIDAD DE LA LEY - Aplicación laboral (Salvamento de voto) ...	236
TESTIMONIO	598
TRABAJADOR OFICIAL	260
TRABAJO - Concepto	117, 129
TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO VOLUNTARIO - Negociación colectiva ..	91

V

VIA DIRECTA (Salvamento de voto)	424
VIA DIRECTA	399, 589
VIA DIRECTA (Aclaración de voto)	426
VIA GUBERNATIVA	22, 252
VIA INDIRECTA - Falta de apreciación (Salvamento de voto)	450
VIA INDIRECTA (Aclaración de voto)	596
VIA INDIRECTA	418
VIOLACION DE LA LEY SUSTANCIAL	106, 150, 179, 538, 564,
VIOLACION DE LA LEY SUSTANCIAL (Aclaración de voto)	111

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
RELATORIA SALADE CASACION LABORAL
INDICE CRONOLOGICO DE PROVIDENCIAS PUBLICADAS
SEGUNDO SEMESTRE 1999

Págs.

REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON BENEFICIO DEFINIDO / PENSION DE SOBREVIVIENTES - Diferencia de requisitos cuando se trate de afiliado o pensionado / **SUSTITUCION PENSIONAL / CONYUGE SUPERSTITE**

Asunto	: Ordinario
Ponente(s)	: Dr. Luis Gonzalo Toro Correa
Clase	: Sentencia Casación
Fecha	: 13/10/1999
Decisión	: No Casa
Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial
Ciudad	: Medellín
Demandado	: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES
Demandante	: ARIAS DE ROLDAN; ANA MARGARITA
Proceso	: 12151
Publicada	: Si..... 7

VIA GUBERNATIVA

Asunto	: Ordinario
Ponente(s)	: Dr. Germán Valdés Sánchez
Clase	: Sentencia Casación
Fecha	: 13/10/1999
Decisión	: No Casa
Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial
Ciudad	: Santa Fe de Bogotá
Demandado	: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

Págs.

Demandante	: VELASQUEZ ROJAS, CARLOS EDUARDO	
Proceso	: 12221	
Publicada	: Si	22

REINTEGRO CONVENCIONAL - Imposibilidad jurídica / PROTECCION A LA MATERNIDAD / SUPRESION DE CARGOS

Asunto	: Ordinario	
Ponente(s)	: Dr. Francisco Escobar Henríquez	
Clase	: Sentencia	
Fecha	: 13/10/1999	
Decisión	: No Casa	
Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial	
Ciudad	: Santa Marta	
Demandado	: Caja de Credito Agrario Industrial Y Minero	
Demandante	: Garcia Escobar, Yenis Esther	
Proceso	: 12447	
Publicada	: Si	35

EXAMEN MEDICO DE EGRESO DEL TRABAJADOR Por regla general ya no es obligación practicarlo

Asunto	: Ordinario	
Ponente(s)	: Dr. Francisco Escobar Henríquez	
Clase	: Sentencia Casación	
Fecha	: 15/10/1999	
Decisión	: No Casa	
Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial	
Ciudad	: Santa Fe de Bogotá	
Demandado	: Empresa Nacional De Telecomunicaciones	
Demandante	: Vargas Rincón, Elizabeth	
Proceso	: 12424	
Publicada	: Si	40

INTERROGATORIO DE PARTE / PRUEBA CALIFICADA / REINTEGRO - Inconveniencia

Ponente(s)	: Dr. Luis Gonzalo Toro Correa
------------	--------------------------------

Págs.

Clase	: Sentencia Casación	
Fecha	: 19/10/1999	
Decisión	: Casa Parcialmente	
Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial	
Ciudad	: Santa Fe de Bogotá	
Demandado	: BANCO POPULAR	
Demandante	: LIEVANO DE BELTRAN, MARTHA LUCIA	
Proceso	: 12103	
Publicada	: Si	45

FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LA EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA Establecimiento Público, Naturaleza Jurídica de carácter especial

Asunto	: Ordinario	
Ponente(s)	: Dr. Rafael Méndez Arango	
Clase	: Sentencia Casación	
Fecha	: 19/10/1999	
Decisión	: No Casa	
Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial	
Ciudad	: Montería	
Demandado	: EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA	
Demandante	: CASTRO MORENO, NELLY	
Proceso	: 12158	
Publicada	: Si	54

TERMINACION DEL CONTRATO - Justa causa por parte del empleador / CONVENCION COLECTIVA - Procedimiento para despidos

Asunto	: Ordinario	
Ponente(s)	: Dr. Fernando Vásquez Botero	
Clase	: Sentencia Casación	
Fecha	: 20/10/1999	
Decisión	: Casa	
Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial	
Ciudad	: Medellín	
Demandante	: Cardona, María Doris	
Demandado	: Banco Andino S.A.	
Proceso	: 12348	
Publicada	: Si	59

PENSION SANCION DE TRABAJADORES OFICIALES / COTIZACION SANCION

Asunto	: Ordinario
Ponente(s)	: Dr. José Roberto Herrera Vergara
Clase	: Sentencia Casación
Fecha	: 20/10/1999
Decisión	: Casa parcialmente
Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial
Ciudad	: Cartagena
Demandado	: Alcalis de Colombia Ltda en liquidación
Demandante	: Mogollón Franco, Fortunato
Proceso	: 12517
Publicada	: Si 67

HOMOLOGACION DE LAUDOS DE TRIBUNALES ESPECIALES / ARBITROS - Facultad para decidir aspectos denunciados solo por el Empleador / **CONVENCION COLECTIVA** - Denuncia / **NEGOCIACION COLECTIVA** / **REGIMENES CONVENCIONALES DE SEGURIDAD SOCIAL** - Ley 100 de 1993 / **RECURSO DE HOMOLOGACION** - Control de Legalidad

ARBITROS - Facultades (Aclaración de Voto) / **REGIMEN LEGAL COLOMBIANO DE DERECHO COLECTIVO** (Aclaración de Voto) / **CONVENCION COLECTIVA** - Denuncia del Empleador (Aclaración de Voto) / **TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO VOLUNTARIO** - Negociación colectiva (Aclaración de Voto) / **ARBITRAMIENTO OBLIGATORIO** - Teoría de la Imprevisión (Aclaración de Voto)

Asunto	: Ordinario
Ponente(s)	: Dr. Rafael Méndez Arango
Clase	: Homologación
Fecha	: 20/10/1999
Decisión	: Homologase
Demandado	: CLINICA MEDELLIN S.A.
Demandante	: SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA CLINICA MEDELLIN
Proceso	: 13404
Publicada	: Si 72
Aclaración de voto	: Dr. Francisco Escobar Henríquez

Págs.

PENSION DE JUBILACION - Por riesgos de salud / CONVENCION COLECTIVA

Asunto	: Ordinario
Ponente(s)	: Dr. José Roberto Herrera Vergara
Clase	: Sentencia Casación
Fecha	: 21/10/1999
Decisión	: Casa
Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial
Ciudad	: Santa Fe de Bogotá
Demandado	: CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO
Demandante	: AGUILA FERNANDEZ, GILBERTO DE JESUS
Proceso	: 12502
Publicada	: Si 94

VIOLACION DE LA LEY SUSTANCIAL / INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL**VIOLACION DE LA LEY SUSTANCIAL (Aclaración de Voto)/ NORMAS DE APLICACION SUPLETORIA (Aclaración de Voto)**

Asunto	: Ordinario
Ponente(s)	: Dr. José Roberto Herrera Vergara
Clase	: Sentencia Casación
Fecha	: 21/10/1999
Decisión	: No Casa
Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial
Ciudad	: Santa Fe de Bogotá
Demandado	: Banco de Bogotá
Demandante	: Monje, Jaime
Proceso	: 12506
Publicada	: Si 106
Aclaración de voto	: Dr. Rafael Méndez Arango

ARBITROS - Obligación legal de resolver la denuncia del Empleador / ARMONIZACION DE LAS CONVENCIONES COLECTIVAS CON LA LEY 100 DE 1993

ARBITROS - No tienen facultad para dejar sin vigencia el régimen pensional convencional (Salvamento de Voto)/ TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO Salvamento de Voto)

Págs.

Asunto	: Ordinario	
Ponente(s)	: Dr. Carlos Isaac Náder	
Clase	: Auto	
Fecha	: 21/10/1999	
Decisión	: Devuelve el expediente al Tribunal de Arbitramento	
Demandado	: MUNICIPIO DE ITAGUI	
Demandante	: SINDICATO DE TRABAJADORES DE ITAGUI SINTRAMITA	
Proceso	: 13338	
Publicada	: Si	113
Salvamento de voto:	Dr. José Roberto Herrera Vergara Dr. FRANCISCO ESCOBAR HENRIQUEZ	

CONVENCION COLECTIVA - Medio de prueba en casación / INFRACCION DIRECTA / TRABAJO -Concepto / PRESTAMOS - Intereses / INTERESES MORATORIOS / CONVENCION COLECTIVA

INTERESES MORATORIOS - Aportes - Mesadas pensionales (Aclaración de Voto) / INTERESES - Moratorios - Comerciales (Salvamento de Voto) / SINDICATO - Delegación expresa de los afiliados (Salvamento de Voto) / ACCIONES DE LOS SINDICATOS (Salvamento de Voto) / CONVENCION COLECTIVA (Salvamento de Voto) / TRABAJO - Concepto (Salvamento de Voto)

Asunto	: Ordinario	
Ponente(s)	: Dr. Germán Valdés Sánchez	
Clase	: Sentencia Casación	
Fecha	: 25/10/1999	
Decisión	: No Casa	
Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial	
Ciudad	: Santa Fe de Bogotá	
Demandante	: UNION NACIONAL DE EMPLEADOS BANCARIOS	
Demandado	: BANCO POPULAR	
Proceso	: 12090	
Publicada	: Si	117
Aclaración de voto	Dr. José Roberto Herrera Vergara	
Salvamento de voto	Dr. Rafael Méndez Arango	

Págs.

PRINCIPIO DE GRATUIDAD EN MATERIA LABORAL / AMPARO DE POBREZA / PRINCIPIO DE INTEGRACION

Asunto	: Ordinario
Ponente(s)	: Dr. Fernando Vásquez Botero
Clase	: Auto
Fecha	: 26/10/1999
Decisión	: Niega objeción a liquidación de costas
Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial
Ciudad	: Santa Fe de Bogotá
Demandado	: CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO
Demandante	: HERNANDEZ CHAUX, FERNANDO
Proceso	: 12224
Publicada	: Si 139

VIOLACION DE LA LEY SUSTANCIAL / CONCURRENCIA DE CONTRATOS DE TRABAJO / LIBRE FORMACION DEL CONVENCIMIENTO / EMPLEADO DIRECTO DEL BENEFICIARIO DE LA OBRA / INSTITUTO DE LA INTERMEDIACION / CONTRATISTA INDEPENDIENTE / BENEFICIARIO DE LA OBRA / EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES / RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

Asunto	: Ordinario
Ponente(s)	: Dr. José Roberto Herrera Vergara
Clase	: Sentencia Casación
Fecha	: 27/10/1999
Decisión	: No Casa
Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial
Ciudad	: Bucaramanga
Demandante	: AREVALO ACEROS, GUILLERMO LEÓNICIO Y OTROS
Demandado	: ECOFETROL
Proceso	: 12187
Publicada	: Si 150

VIOLACION DE LA LEY SUSTANCIAL / INDEMNIZACION POR DESPIDO - Liquidación / BUENA FE - Exonerante de la sanción por mora / ERROR DE HECHO

Asunto	: Ordinario
Ponente(s)	: Dr. Germán Valdés Sánchez

Clase	: Sentencia Casación	
Fecha	: 27/10/1999	
Decisión	: Casa Parcialmente	
Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial	
Ciudad	: Barranquilla	
Demandado	: BANCO CENTRAL HIPOTECARIO	
Demandante	: RODRIGUEZ DE RESTREPO, ARACELY	
Proceso	: 12514	
Publicada	: Si.....	179

CONTRATO DE TRABAJO - Ejecución de buena fe / TERRITORIALIDAD DE LA LEY - Aplicación Laboral / AUXILIO DE VIVIENDA - Carácter salarial

LEY LABORAL - Aplicación territorial (Salvamento de Voto) / CONTRATO DE TRABAJO Efectos (Salvamento de Voto) / TERRITORIALIDAD DE LA LEY - Aplicación laboral (Salvamento de Voto) / CONTRATO DE TRABAJO - Ejecución de buena fe (Salvamento de Voto) / SISTEMA GENERAL DE PENSIONES - Aplicación a todos los habitantes del territorio nacional (Salvamento de Voto)

Asunto	: Ordinario	
Ponente(s)	: Dr. Luis Gonzalo Toro Correa	
Clase	: Sentencia	
Fecha	: 28/10/1999	
Decisión	: Casa Parcialmente	
Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial	
Ciudad	: Santa Fe de Bogotá	
Demandado	: FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA	
Demandante	: OSORIO ISAZA, JORGE HERNAN	
Proceso	: 11243	
Publicada	: Si.....	190
Salvamentos de Voto	Dr. Francisco Escobar Henríquez Dr. Rafael Méndez Arango	

RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION / CONTRATO DE TRABAJO - Presunción

Asunto	: Ordinario
Ponente(s)	: Dr. Luis Gonzalo Toro Correa

Página.

Clase	: Sentencia Casación	
Fecha	: 28/10/1999	
Decisión	: No Casa	
Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial	
Ciudad	: Santa Fe de Bogotá	
Demandante	: HERNANDEZ PALMA, EDGAR	
Demandado	: PREVISION MÉDICA INTEGRAL LTDA PREVIMEDIC	
Proceso	: 12169	
Publicada	: Si	245

CASACION - Hecho nuevo inadmisible / VIA GUBERNATIVA / PENSION DE VEJEZ

Asunto	: Ordinario	
Ponente(s)	: Dr. Luis Gonzalo Toro Correa	
Clase	: Sentencia	
Fecha	: 28/10/1999	
Decisión	: No Casa	
Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial	
Ciudad	: Santa María	
Demandado	: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES	
Demandante	: LOPEZ HERNANDEZ, FRANCIA ELENA	
Proceso	: 12235	
Publicada	: Si	252

COTIZACION SANCION / PENSION SANCION / PENSION DE VEJEZ / TRABAJADOR OFICIAL

PENSION SANCION (Salvamentos de Voto) / PENSION DE VEJEZ (Salvamentos de Voto)

Asunto	: Ordinario	
Ponente(s)	: Dr. Carlos Isaac Nader	
CLASE	: Sentencia Casación	
Fecha	: 02/11/1999	
Decisión	: Casa Parcialmente	
Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial	
Ciudad	: Cartagena	

Págs.

Recurrente	: ALCALIS DE COLOMBIA	
Opositor	: LUNA RAMOS, JULIO ANTONIO	
Proceso	: 11898	
Publicada	: SI.....	260
Salvamento de voto	: Dr. Germán Valdés, Sánchez	
Salvamento de voto	: Dr. Rafael Méndez Arango	

INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL - No es procedente cuando se reconoce en oportunidad legal y el empleador obligado a su pago no ha retardado su cancelación / OBLIGACIONES - El régimen de las obligaciones impide que los jueces amparados en el principio de equidad procedan a revalorizar cualquier obligación

INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL (Salvamento de Voto)

Asunto	: Ordinario	
Ponente(s)	: Dr. Germán Valdés Sánchez	
CLASE	: Sentencia Casación	
Fecha	: 03/11/1999	
Decisión	: Casa	
Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial	
Ciudad	: Santa Fe de Bogotá	
Demandado	: CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO	
Demandante	: URIBE ARIZA, FERNANDO	
Proceso	: 12119	
Publicada	: SI.....	270
Detalle Pub.	: Segundo Semestre 1999	
Salvamentos de Voto	: Dr. Fernando Vásquez Botero Dr. Francisco Escobar Henríquez Dr. Luis Gonzalo Toro Cortea	

PENSION SANCION - Trabajadores particulares - Trabajadores oficiales / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / EXTRA Y ULTRA PETITA / EXAMEN MEDICO DE EGRESO DEL TRABAJADOR - Por regla general ya no es obligación practicarlo

Ponente(s)	: Dr. Francisco Escobar Henríquez
CLASE	: Sentencia Casación
Fecha	: 03/11/1999

Págs.

Decisión	: No Casa	
Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial	
Ciudad	: Santa Fe de Bogotá	
Demandante	: MENDOZA MENDOZA, ELISEO	
Demandado	: EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES	
Proceso	: 12505	
Publicada	: Si	289

TECNICA DE CASACION / REMUNERACION EN DOMINICALES Y FESTIVOS PARA TRABAJADORES OFICIALES - Diferencia con el Sector Privado

Asunto	: Ordinario	
Ponente(s)	: Dr. Carlos Isaac Náder	
Clase	: Sentencia Casación	
Fecha	: 04/11/1999	
Decisión	: No Casa	
Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial	
Ciudad	: Ibagué	
Recurrente	: GIL TORRES, JAIRO	
OPOSITOR	: CAJA AGRARIA	
Proceso	: 11956	
Publicada	: Si	300

NORMAS SOBRE TRABAJO - No tienen efecto retroactivo / PRINCIPIO DE LA CONDICION MAS BENEFICIOSA / TECNICA DE CASACION

Asunto	: Ordinario	
Ponente(s)	: Dr. Luis Gonzalo Toro Correa	
Clase	: Sentencia Casación	
Fecha	: 04/11/1999	
Decisión	: No Casa	
Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial	
Ciudad	: Santa Fe de Bogotá	
Recurrente	: SANCHEZ DE BARBOSA, MARIA BELEN	
OPOSITOR	: I.S.S.	
Proceso	: 12122	
Publicada	: Si	307

INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL - No es procedente cuando se reconoce en oportunidad legal y el empleador obligado a su pago no ha retardado su cancelación / **OBLIGACIONES** - El régimen de las obligaciones impide que los jueces amparados en el principio de equidad procedan a revalorizar cualquier obligación

INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL (Salvamento de Voto)

Ponente(s)	: Dr. José Roberto Herrera Vergara
Clase	: Sentencia Casación
Fecha	: 04/11/1999
Decisión	: Casa
Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial
Ciudad	: Santa Fe de Bogotá
Demandante	: ROLON ROLON, HERNANDO
Demandado	: CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO
Proceso	: 12588
Publicada	: Si 317
Salvamento de voto	: Dr. Fernando Vásquez Botero Dr. Francisco Escobar Henríquez Dr. Luis Gonzalo Toro Correa

TECNICA DE CASACION / AUMENTOS SALARIALES / SALARIO MINIMO / INDICE DE INFLACION / IMPERIO DE LA LEY

Asunto	: Ordinario
Ponente(s)	: Dr. Luis Gonzalo Toro Correa
CLASE	: Sentencia Casación
Fecha	: 05/11/1999
Decisión	: No Casa
Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial
Ciudad	: Medellín
Demandante	: GOMEZ GOMEZ, JOSE MARIA
Demandado	: EMPRESAS VARIAS MUNICIPALES DE MEDELLIN
Proceso	: 12213
Publicada	: Si 336

Págs.

RECURSO DE HOMOLOGACION - No procede para subsanar deficiencias en el trámite / **ARBITROS** - Facultades / **SISTEMA GENERAL DE PENSIONES** - Derechos convencionales adquiridos - Regímenes complementarios a los legales

Ponente(s)	: Dr. Francisco Escobar Henríquez
Clase	: Sentencia de Homologación
Fecha	: 08/11/1999
Decisión	: Anula y Homologa
Demandante	: SINDICATO DE TRABAJADORES DEL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA
Demandado	: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA
Proceso	: 12915
Publicada	: Si 348

CASACION - Falta de Técnica / **PENSION DE JUBILACION** - Imprescriptibilidad - Indexación de la primera mesada

APLICACIÓN INDEBIDA (Salvamento de voto) / **ERROR DE HECHO** (Aclaración de voto)

Ponente(s)	: Dr. Fernando Vásquez Botero, Dr. Francisco Escobar Henríquez
Clase	: Sentencia de Casación
Fecha	: 08/11/1999
Decisión	: NO CASA
Procedencia	: TRIBUNAL SUPERIOR
Ciudad	: MEDELLIN
Demandante	: OROZCO REBOLLEDO, LUIS ALFREDO
Demandado	: COMPAÑIA COLOMBIANA DE TEJIDOS S.A. "COLTEJER"
Proceso	: 12274
Publicada	: Si 362
Aclaración de voto	: Dr. Fernando Vásquez Botero
Salvamento de voto	: Dr. Rafael Méndez Arango

RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA (Salvamento de Voto)

Ponente(s)	: Dr. Carlos Isaac Náder
------------	--------------------------

Página.

Clase	: Sentencia Casación	
Fecha	: 09/11/1999	
Decisión	: No Casa	
Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial	
Ciudad	: Santa Fe de Bogotá	
Demandante	: MORENO DE CALLE, LUCILA	
Demandado	: SAN VICENTE DE PAUL	
Proceso	: 12003	
Publicada	: Si	376
Salvamento de voto	: Dr. Fernando Vásquez Botero Dr. José Roberto Herrera Vergara Dr. Francisco Escobar Henríquez	

**TERMINACION DEL CONTRATO - Justa causa por parte del empleador
- Grave negligencia / ERROR DE HECHO**

Ponente(s)	: Dr. Rafael Méndez Arango	
Clase	: Sentencia Casación	
Fecha	: 09/11/1999	
Decisión	: Casa	
Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial	
Ciudad	: Valledupar	
Demandante	: MAESTRE SAMPAYO, ELVIRA	
Demandado	: BANCO GANADERO	
Proceso	: 12292	
Publicada	: Si	381

SEGUNDA INSTANCIA - Trámite por apelación o consulta - Pruebas de oficio / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD Y CONTRADICCION DE LA PRUEBA

Ponente(s)	: Dr. Germán Valdés Sánchez	
Clase	: Sentencia Casación	
Fecha	: 09/11/1999	
Decisión	: Casa	
Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial	
Ciudad	: Santa Fe de Bogotá	

Página.

Demandante	: DELGADO DE ESCOBAR, TULIA ALICIA	
Demandado	: CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO	
Proceso	: 12536	
Publicada	: Si	391

VIA DIRECTA / INDEMNIZACION MORATORIA / JORNADA DE TRABAJO PARA EMPRESAS CON 48 HORAS SEMANALES / EMPRESAS CON MAS DE 50 TRABAJADORES -Características y Exigencias de la Ley 50 / DESCANSOS DESCONTABLES

Ponente(s)	: Dr. Germán Valdés Sánchez	
Clase	: Sentencia Casación	
Fecha	: 09/11/1999	
Decisión	: No Casa	
Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial	
Ciudad	: Popayán	
Demandante	: COSME MERA, PIEDAD	
Demandado	: CARVAJAL S.A. Y OTRA	
Proceso	: 12714	
Publicada	: Si	399

VIA INDIRECTA/ BUENA FE - Exonerante de la sanción por mora / VIA DIRECTA (Salvamento de voto) (Aclaración de voto).

Ponente(s)	: Dr. Germán Valdés Sánchez	
CLASE	: Sentencia	
Fecha	: 09/11/1999	
Decisión	: NO CASA	
Procedencia	: TRIBUNAL SUPERIOR	
Ciudad	: MANIZALES	
Demandante	: RAMIREZ CASTIBLANCO, LUIS GONZALO	
Demandado	: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA	
Proceso	: 12873	
Publicada	: Si	418
Salvamento de voto:	: Germán Valdés Sánchez	
Aclaración de voto	: Fernando Vásquez Botero	

Págs.

CONVENCION COLECTIVA - Medio de prueba en casación / DESPIDO COLECTIVO - Con autorización del Ministerio del Trabajo - Causa legal pero no justa causa de terminación del contrato de trabajo

DESPIDO COLECTIVO - Con autorización del Ministerio del trabajo no genera pensión sanción, solo indemnización (Salvamentos de voto) / VIA INDIRECTA - Falta de apreciación / ERROR DE DERECHO (Salvamento de voto)

Ponente(s) : Dr. Fernando Vásquez Botero

CLASE : SENTENCIA

Fecha : 10/11/1999

Decisión : CASA PARCIALMENTE

Procedencia : TRIBUNAL SUPERIOR

Ciudad : SANTA FE DE BOGOTA D.C.

Demandante : PEÑA, ALBERTO Y OTROS

Demandado : INDUSTRIAL AGRARIA LA PALMA S.A. "
INDUPALMA Proceso: 12303

Publicada : Si 428

Salvamento de voto : DR. José Roberto Herrera Vergara
DR. Germán Valdés Sánchez
DR. Rafael Méndez Arango

TECNICA DE CASACION / PROPOSICION JURIDICA / PRUEBA CALIFICADA / INDEMNIZACION MORATORIA

Ponente(s) : Dr. Fernando Vásquez Botero

Clase : Sentencia Casación

Fecha : 10/11/1999

Decisión : Casa Parcialmente

Procedencia : Tribunal Superior del Distrito Judicial

Ciudad : Santa Fe de Bogotá

Demandado : HOSPITAL MISERICORDIA

Demandante : QUIÑONES TORRES, LAURA ASTRID

Proceso : 12499

Publicada : Si 452

PENSION SANCION DE TRABAJADORES OFICIALES - Afiliados al ISS sin derecho a pensión mínima de vejez / COTIZACIONES - Las faltantes corren a cargo del empleador / REFORMATIO IN PEJUS - Aplicación

Págs.

PENSION RESTRINGIDA DE JUBILACION - Difiere de la consagrada en el acuerdo 049 / 90 del ISS (Salvamentos de voto)

Ponente(s)	: Dr. Francisco Escobar Henríquez	
CLASE:	: SENTENCIA	
Fecha	: 12/11/1999	
Decisión	: NO CASA	
Procedencia	: TRIBUNAL SUPERIOR	
Ciudad	: CARTAGENA	
Demandante	: CORDOBA CANOLE, ANTONIO Y OTROS	
Demandado	: ALCALIS DE COLOMBIA S.A. " ALCO "	
Proceso	: 12033	
Publicada	: Si	463
Salvamentos de Voto	: Dr. Germán Valdés Sánchez	
	: Dr. Rafael Méndez Arango	

REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON BENEFICIO DEFINIDO / PENSION DE SOBREVIVIENTES - Diferencia de requisitos cuando se trate de afiliado o pensionado / **COMPAÑERA PERMANENTE** - Convivencia con el Pensionado iniciada antes de la Ley 100 de 1993

PENSION DE SOBREVIVIENTES - Beneficiarios (Salvamento de Voto) / **REGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA** (Salvamento de Voto)

Asunto	: Ordinario	
Ponente(s)	: Dr. Carlos Isaac Náder	
Clase	: Sentencia Casación	
Fecha	: 16/11/1999	
Decisión	: No Casa	
Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial	
Ciudad	: Medellín	
Recurrente	: I.S.S.	
OPOSITOR	: GONZALEZ SALAZAR, MARIA ALICIA	
Proceso	: 11867	
Publicada	: Si	472
Salvamento de voto	: Dr. Rafael Méndez Arango	

INDEXACION DE LA PRIMERA MESAIDA PENSIONAL - No es procedente cuando se reconoce en oportunidad legal y el empleador obligado a su pago no ha retardado su cancelación / **OBLIGACIONES** - El régi-

men de las obligaciones impide que los jueces amparados en el principio de equidad procedan a revalorizar cualquier obligación

INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL (Salvamento de Voto)

Ponente(s)	: Dr. Rafael Méndez Arango	
Clase	: Sentencia Casación	
Fecha	: 17/11/1999	
Decisión	: No Casa	
Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial	
Ciudad	: Santa Fe de Bogotá	
Demandante	: PABON ROJAS, NELSON GERMAN	
Demandado	: CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO	
Proceso	: 12413	
Publicada	: SI.....	486
Salvamento de voto	Dr. Fernando Vásquez Botero Dr. Francisco Escobar Henríquez Dr. Luis Gonzalo Toro Correa	

PENSION DE VEJEZ - Procedimiento cuando el Empleador incurre en mora en las cotizaciones

Ponente(s)	: Dr. Germán Valdés Sánchez	
Clase	: Sentencia Casación	
Fecha	: 17/11/1999	
Decisión	: Casa	
Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial	
Ciudad	: Medellín	
Demandante	: MENESES MOLINA, MARTHA LIBIA	
Demandado	: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES	
Proceso	: 12567	
Publicada	: SI.....	503

BUENA FE - Exonerante de la sanción por mora

Ponente(s)	: Dr. José Roberto Herrera Vergara	
Clase	: Sentencia Casación	
Fecha	: 17/11/1999	
Decisión	: Casa	
Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial	
Ciudad	: Santa Fe de Bogotá	
Demandado	: CARACOL TELEVISION S.A.	
Demandante	: GALINDO ARIAS, HUGO	

**VIOLACION DE LA LEY SUSTANCIAL / PENSION DE JUBILACION -
Servicios prestados al Estado Colombiano y a otra entidad - Compati-
bilidad**

Ponente(s)	: Dr. José Roberto Herrera Vergara
Clase	: Sentencia Casación
Fecha	: 18/11/1999
Decisión	: No Casa
Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial
Ciudad	: Santa Fe de Bogotá
Demandante	: MONTOYA ANGEL, JOSE DE JESUS
Demandado	: CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO
Proceso	: 12556
Publicada	: Si 538

**PENSION DE SOBREVIVIENTES - Requisitos cuando se trata de afilia-
dos o pensionados Convivencia del causante y su compañera poste-
rior a la fecha en la cual aquél reunió los requisitos para pensionarse/
CONDENA DE FUTURO**

IMPERIO DE LA LEY (Salvamento de voto)

Ponente(s)	: Dr. Francisco Escobar Henríquez
Clase	: Sentencia
Fecha	: 18/11/1999
Decisión	: No Casa
Proceso	: 12566
Demandante	: CASTRO RIOS, MARIA DE JESUS
Demandada	: ISS
Publicada	: Si 544
Salvamento de voto	: Dr. Rafael Méndez Arango

**SOCIO DE UNA SOCIEDAD / CONTRATO DE TRABAJO - No existió entre
las partes / LIBRE FORMACION DEL CONVENCIMIENTO**

Ponente(s)	: Dr. José Roberto Herrera Vergara
Clase	: Sentencia
Fecha	: 18/11/1999
Decisión	: No Casa
Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial
Ciudad	: Medellín
Demandado	: TEJIDOS TECALTEX LTDA Y OTRO

Págs.

Demandante	: TRUJILLO ESCOBAR, RAUL BERNARDO	
Proceso	: 12626	
Publicada	: Si	557

VIOLACION DE LA LEY SUSTANCIAL / REINTEGRO - Inconveniencia / ERROR DE HECHIO

Ponente(s)	: Dr. Germán Valdés Sánchez	
Clase	: Sentencia Casación	
Fecha	: 18/11/1999	
Decisión	: Casa	
Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial	
Ciudad	: Barranquilla	
Demandado	: CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR	
Demandante	: CARLOS EDUARDO VARGAS ARIAS	
Proceso	: 12715	
Publicada	: Si	564

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / APLICACION ANALOGICA / EXTRA Y ULTRA PETITA

Ponente(s)	: Dr. Luis Gonzalo Toro Correa	
Clase	: Sentencia Casación	
Fecha	: 19/11/1999	
Decisión	: Casa	
Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial	
Ciudad	: Santa Fe de Bogotá	
Demandante	: LEON DUQUE, GUILLERMO	
Demandado	: CORREA ARISTIZABAL, CARLOS EDUARDO	
Proceso	: 12266	
Publicada	: Si	578

TECNICA DE CASACION / LIBRE FORMACION DEL CONVENCIMIENTO / COSA JUZGADA

Ponente(s)	: Dr. Rafael Méndez Arango	
Clase	: Sentencia Casación	
Fecha	: 19/11/1999	
Decisión	: No Casa	

Págs.

Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial	
Ciudad	: Medellín	
Demandante	: FRANCO HENAO, EVELIO	
Demandado	: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES	
Proceso	: 12438	
Publicada	: Si	585

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES - Derecho de la compañera permanente que inició la convivencia de más de dos años con anterioridad a la muerte / VIA DIRECTA

VIA INDIRECTA (Aclaración de voto)

Ponente(s)	: Dr. Fernando Vásquez Botero	
Clase	: SENTENCIA	
Fecha	: 22/11/1999	
Decisión	: NO CASA	
Procedencia	: TRIBUNAL SUPERIOR	
Ciudad	: MEDELLIN	
Demandante	: SALAZAR NOREÑA, ROSA ELVIRA	
Demandado	: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES	
Proceso	: 12383	
Publicada	: Si	589
Aclaración de voto	: Dr. Rafael Méndez Arango	

TESTIMONIO / PRUEBA CALIFICADA / REINTEGRO - Inconveniencia / ERROR DE HECHO

Ponente(s)	: Dr. Fernando Vásquez Botero	
Clase	: Sentencia Casación	
Fecha	: 22/11/1999	
Decisión	: Casa	
Procedencia	: Tribunal Superior del Distrito Judicial	
Ciudad	: Santa Fe de Bogotá	
Demandante	: URUEÑA TAUTIVA, GERMAN	
Demandado	: BANCO CAFETERO	
Proceso	: 12559	
Publicada	: Si	598

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES - Aplicación de los requisitos del acuerdo 49 de 1990 y no la ley 100 por ser aquel el régimen más favorable /

Fégs.

PENSION DE SOBREVIVIENTES / PRINCIPIO DE LA CONDICION MAS BENEFICIOSA**INDEMNIZACION SUSTITUTIVA (Salvamento de voto)**

Ponente(s)	: Dr. Fernando Vásquez Botero
Clase	: SENTENCIA
Fecha	: 22/11/1999
Decisión	: NO CASA
Procedencia	: TRIBUNAL SUPERIOR
Ciudad	: MEDELLIN
Demandante	: AGUILAR, LUCIA DEL SOCORRO
Demandado	: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES
Proceso	: 12627
Publicada	: Si 611
Salvamentos de Voto	: Dr. Germán Valdés Sánchez - Dr. Rafael Méndez Arango

PENSION DE SOBREVIVIENTES - Se requiere demostrar dependencia económica con el afiliado para su reconocimiento / REFORMATIO IN PEJUS - Infracción / PRUEBA CALIFICADA**REFORMATIO IN PEJUS (Salvamento de voto)**

Ponente(s)	: Dr. Francisco Escobar Henríquez
Clase	: SENTENCIA
Fecha	: 23/11/1999
Decisión	: CASA
Procedencia	: TRIBUNAL SUPERIOR
Ciudad	: MEDELLIN
Demandante	: LONDOÑO DE VEGA, MARIA ESPERANZA
Demandado	: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES
Proceso	: 12441
Publicada	: Si 625
Salvamento de voto	: Dr. Carlos Isaac Nader Dr. Fernando Vásquez Botero Dr. Germán Valdés Sánchez

CONVENCION COLECTIVA - Régimen ordinario / ESTATUTO DEL TRABAJADOR OFICIAL DIRECTIVO NO SINDICALIZADO / PRINCIPIO DE IGUALDAD A TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL

Ponente(s)	: Dr. Fernando Vásquez Botero
Clase	: Sentencia Casación

Página.

Fecha : 23/11/1999
Decisión : Casa Parcialmente
Procedencia : Tribunal Superior del Distrito Judicial
Ciudad : Santa Fe de Bogotá
Demandante : Ilenao Ramírez, José Helio
Demandado : CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO
Proceso : 12543
Publicada : Si 634

TECNICA DE CASACION / ERROR DE HECHO / LIBRE FORMACION
DEL CONVENCIMIENTO/ BUENA FE - Exonerante de la sanción por
mora

Ponente(s) : Dr. Germán Valdés Sánchez
Clase : Sentencia Casación
Fecha : 23/11/1999
Decisión : No Casa
Procedencia : Tribunal Superior del Distrito Judicial
Ciudad : Santa Fe de Bogotá
Demandante : Mayorga, Nelson Hernando
Demandado : Caja de Vivienda Popular
Proceso : 12606
Publicada : Si 643



LA IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA

REALIZÓ EL DISEÑO GRÁFICO DE LA

«GACETA JUDICIAL, SALA LABORAL - SEGUNDO SEMESTRE 1999 VOLUMEN II»

Y TERMINÓ SU IMPRESIÓN EN NOVIEMBRE DE 2002.