



Consejo Superior
de la Judicatura
Sala Administrativa

*Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"*

PRÁCTICA PROCESAL EN EL RÉGIMEN DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL



Plan de Formación de la Rama Judicial
Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

PRÁCTICA PROCESAL EN EL RÉGIMEN DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

TOMO I

PRÁCTICA PROCESAL EN EL RÉGIMEN DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD
SOCIAL

TOMO I

MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO
PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PLAN DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

SALA ADMINISTRATIVA

Presidente

HERNANDO TORRES CORREDOR

Vicepresidente

JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO

Magistrados

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES

NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO

FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
RICARDO MONROY CHURCH

ESCUELA JUDICIAL **"RODRIGO LARA BONILLA"**

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES

Directora

ALEJANDRO PASTRANA ORTIZ
Coordinador Académico del Área Laboral

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PRÁCTICA PROCESAL EN EL RÉGIMEN DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

TOMO I

MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL "RODRIGO LARA BONILLA"



Plan de Formación de la Rama Judicial
Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

ISBN

NOMBRE DEL AUTOR: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2011

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 11 No 9ª -24 piso 4

www.ramajudicial.gov.co

Primera edición: xxxxx de 2011

Con un tiraje de 3000 ejemplares

Asesoría Pedagógica y Metodológica: Carmen Lucía Gordillo Guerrero

Diseño editorial:

Impresión:

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA EN EL ÁREA DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL PRESENTACIÓN

El Módulo de Práctica Procesal en el Régimen del Trabajo y de la Seguridad Social forma parte del Programa de Formación Judicial Especializada en el Área del Trabajo y de la Seguridad Social del Plan de Formación de la Rama Judicial, aprobado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y construido por la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" de conformidad con su modelo educativo y enfoque curricular integrado e integrador y constituye el resultado del esfuerzo articulado entre Magistradas, Magistrados y Jueces, Juezas y la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, los Comités Académicos y los Grupos Seccionales de Apoyo, bajo la coordinación del Magistrado Francisco Escobar Henríquez, con la autoría del doctor **DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**, quien con su conocimiento y experiencia y con el apoyo permanente de la Escuela Judicial, se propuso responder a las necesidades de formación desde la perspectiva de una administración de justicia cada vez más justa, oportuna y cercana a todos los colombianos.

El Módulo de Práctica Procesal en el Régimen del Trabajo y de la Seguridad Social que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la independencia judicial, cuya construcción responde a los resultados obtenidos en los talleres de diagnóstico de necesidades que se realizaron a nivel nacional con servidoras y servidores judiciales y al monitoreo de la práctica judicial con la finalidad de detectar los principales núcleos problemáticos, frente a los que se definieron los ejes temáticos de la propuesta educativa a cuyo alrededor se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos. De la misma manera, los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", sirvieron para determinar los problemas jurídicos más relevantes y ahondar en su tratamiento en los módulos.

El texto entregado por el autor **DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN** fue validado con los Funcionarios y Empleados de los Comités Académicos quienes con sus observaciones enriquecieron este trabajo.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejercen las Cortes.
Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla"

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continua de la Rama Judicial responde al modelo pedagógico sistémico y holista de la educación, es decir, que el conocimiento se gesta y desarrolla como resultado de un proceso de interacción sistémica entre pares, todos los cuales participan de manera dinámica como formadores o discentes, en el contexto de innovación, investigación y proyección social de las sociedades del conocimiento, a partir de los siguientes criterios:

- Respeto por los Derechos Fundamentales.
- Respeto por la independencia de Jueces y Juezas.
- Un modelo basado en el respeto a la dignidad humana y la eliminación de todas las formas de discriminación
- Consideración de la diversidad y la multiculturalidad.
- Orientación hacia el ciudadano.
- Una dimensión personalizada de la educación.
- Énfasis en una metodología activa apoyada en el uso de las TICs en educación, con especial énfasis en las tecnologías de educación virtual B-learning.
- Mejoramiento de la práctica judicial
- Compromiso socializador.
- Dimensión creativa de la educación.
- Aproximación sistémica, integral e integrada a la formación.
- Aprendizaje basado en el estudio de problemas a través del método del caso y el análisis de la jurisprudencia.

La EJRLB desarrolla la gestión pedagógica con base en los tres ejes fundamentales alrededor de los cuales se fundamenta la sociedad el conocimiento: investigación académica aplicada, el Plan de Formación de la Rama Judicial y la proyección social de la formación.

1. **Investigación Aplicada:** Conjunto de actividades que posibilita la integración de todos los elementos que contribuyen al desarrollo, la introducción, la difusión y el uso del conocimiento.

2. **Plan de Formación:** Desarrollo de la capacidad y las condiciones para que los discentes construyan su propio modelo interpretativo de la realidad en búsqueda de lograr la transformación de su proyecto de vida y del contexto en el que interactúa.

El aprendizaje se asume como el resultado de la interacción entre pares que con su experiencia se convierten en insumos de los unos para con los otros y de esta manera enriquecen los elementos y juicios para la toma de decisiones.

3. **Proyección Social de la Formación:** Se trata de la extensión de los programas de formación que realiza la EJRLB a comunidades distintas a los servidores y servidoras de la Rama Judicial. Se concibe el rol que la Escuela Judicial tiene como integradora de conocimiento y su labor de proyectarlo no sólo dentro de la Rama Judicial sino también en todas las comunidades que tienen que ver con la formación en justicia bajo todas sus manifestaciones.

Igualmente, el modelo pedagógico se enmarca dentro de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con el propósito de contribuir con la transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradoras de justicia, quienes desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los mismos, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas.

Aprendizaje activo

Este modelo educativo implica un *aprendizaje activo* diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancian de su misión y de sus usuario/as; invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia, a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los "usuarios y usuarias" clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los Jueces, Juezas y demás servidores y servidoras no son simples transmisores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

Aprendizaje social

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo decurso del aprendizaje centrándose en procesos de *aprendizaje social* como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje "learning societies", organizaciones que aprenden "learning organizations", y redes de aprendizaje "learning networks"*¹.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en *conocimiento corporativo* útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de "*lo público*" a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

Currículo integrado-integrador

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y/o problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la "enseñanza dialogante" se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora, será formativo solamente en el caso de que él o la participante, a medida

1 *Teaching and Learning: Towards the Learning Society*; Bruselas, Comisión Europea, 1997.

que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción- de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

Aplicación de la Nuevas Tecnologías

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", consciente de la necesidad de estar a la vanguardia de los avances tecnológicos al servicio de la educación para aumentar la eficacia de los procesos formativos ha puesto al servicio de la Rama Judicial el Campus y el Aula Virtuales. Así, los procesos formativos de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", se ubican en la modalidad b-learning que integra la virtualidad con la presencialidad, facilitando los escenarios de construcción de conocimiento en la comunidad judicial.

La virtualización de los programas y los módulos, permite actualizar los contenidos en tiempo real y ampliar la información, ofrece la oportunidad de acceder a una serie de herramientas como videos, audios, animaciones, infografías, presentaciones multimediales, hipertextos, etc., que hacen posible una mayor comprensión de los contenidos y una mayor cobertura.

Planes de Estudio

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo de la Escuela, en donde los autores/as contaron con el acompañamiento de la Red de Formadores y Formadoras Judiciales constituida por Magistrados y Jueces, quienes con profundo compromiso y vocación de servicio se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en los aspectos pedagógicos y metodológicos, como en los contenidos del programa, con el propósito de facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes etapas:

Etapas I. Preparatoria. Reunión Preparatoria. Con esta etapa se inicia el programa de formación; en ella la red de formadores/as con la coordinación de la Escuela Judicial, presenta los objetivos, la metodología y la estructura del curso; se precisan los módulos transversales y básicos que le sirven de apoyo, y se reitera el uso del Aula y Campus Virtuales. Así mismo, se lleva a cabo el *Análisis Individual* tanto de los módulos como del caso integrado e integrador cuyas conclusiones se comparten mediante su publicación en el Blog del Curso.

Etapas II. Integración a la Comunidad Judicial. Los resultados efectivos del proceso formativo, exigen de los y las participantes el esfuerzo y dedicación personal, al igual que la interacción con sus pares, de manera que se conviertan el uno y el otro

en insumo importante para el logro de los propósitos formativos. Esta etapa está conformada por cuatro fases claramente identificables:

La *Reunión Inicial del Módulo* en la cual se presentan los objetivos del módulo, la agenda, las guías didácticas y los materiales para su estudio y se fijan los compromisos pedagógicos por parte de los y las discentes con el curso de formación que inician.

El *Análisis Individual* que apunta a la interiorización por parte de cada participante de los contenidos del programa, mediante la lectura, estudio y análisis del módulo, el desarrollo de los casos y ejercicios propuestos en el mismo, con apoyo en la consulta de jurisprudencia, la doctrina y el bloque de constitucionalidad, si es del caso.

El *Foro Virtual* constituye la base del aprendizaje entre pares cuyo propósito es buscar espacios de intercambio de conocimiento y experiencias entre los y las participantes mediante el uso de las nuevas tecnologías, con el fin de fomentar la construcción colectiva de conocimiento en la Rama Judicial.

El *Conversatorio del Curso* que busca socializar el conocimiento, fortalecer las competencias en argumentación, interpretación, decisión y dirección alrededor del estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores y formadoras con el apoyo de los expertos, así como la simulación de audiencias y juego de roles, entre otras estrategias pedagógicas.

Etapa III. Aplicación a la Práctica Judicial: La aplicación a la práctica judicial es a la vez el punto de partida y el punto de llegada, ya que es desde la cotidianidad del desempeño laboral de los servidores que se identifican los problemas, y, mediante el desarrollo del proceso formativo, se traduce en un mejoramiento permanente de la misma y por ende, una respuesta con calidad y más humana para los usuarios y usuarias. Esta etapa se desarrolla mediante tres fases:

La *Aplicación in situ* busca "aprender haciendo" de manera que la propuesta académica se convierta en una herramienta útil en el quehacer judicial permitiendo identificar las mejores prácticas en los casos que se sometan al conocimiento de la respectiva jurisdicción o especialidad.

El *Seguimiento* a través de conversatorios presenciales o por videoconferencia que posibiliten a los operadores y operadoras identificar las fortalezas y debilidades en la práctica cotidiana, con miras a reforzar los contenidos de los módulos desarrollados y fomentar el mejoramiento continuo de la labor judicial mediante su participación en el Blog de Mejores Prácticas.

Las *Monitorias* en donde los formadores y formadoras se desplazan a los distintos distritos, con el fin de observar el funcionamiento de los despachos en cuanto

a la aplicación de los contenidos de los módulos o reformas e intercambiar puntos de vista sobre dicha gestión; este ejercicio se complementa con los "conversatorios distritales" en los que participan todos los magistrados, magistradas, juezas y jueces de la sede, al igual que, otros intervinientes y usuarios involucrados en la problemática que se aborda. Todo lo anterior, con el fin de plantear nuevas estrategias de mejoramiento de la práctica, mediante la cualificación del programa formativo

Etapa IV. Evaluación del Curso: Todo proceso formativo requiere para su mejoramiento y cualificación, la retroalimentación dada por los y las participantes del mismo, con el fin de establecer el avance en la obtención de los logros alcanzados frente a los objetivos del programa, así como la aplicación de indicadores y su respectivo análisis y mediante la profundización sobre casos paradigmáticos de la especialidad o jurisdicción en el *Observatorio Académico* de la EJRLB cuyos resultados servirán de insumo para EJRLB futuros programas de formación.

Los módulos

Los módulos son la columna vertebral en este proceso, en la medida que presentan de manera profunda y concisa los resultados de la investigación académica realizada durante aproximadamente un año, con la participación de Magistrados de las Altas Cortes y de los Tribunales, de los Jueces la República, Empleados y expertos juristas, quienes ofrecieron lo mejor de sus conocimientos y experiencia judicial, en un ejercicio pluralista de construcción de conocimiento.

Se trata entonces, de valiosos textos de autoestudio divididos secuencialmente en unidades que desarrollan determinada temática, de dispositivos didácticos flexibles que permiten abordar los cursos a partir de una estructura que responde a necesidades de aprendizaje previamente identificadas. Pero más allá, está el propósito final: servir de instrumento para fortalecer la práctica judicial para prestar un buen servicio a las y los ciudadanos.

Cómo abordarlos

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que está inmerso en el **Programa de Formación Judicial Especializada en el Área del Trabajo y de la Seguridad Social**. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del plan de formación de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", que se articulan mediante diversos temas transversales, tales como: La Ética Judicial, Igualdad de Género en la Administración de Justicia, Argumentación Judicial en Debates Orales y Escritos, Filosofía del Derecho, Estructura de la Sentencia, Prueba Judicial, Interpretación Constitucional, Interpretación Judicial, Derechos Humanos, Constitución Política de 1991, Bloque de Constitucionalidad, la ley específica, al igual que la integración de los casos

problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitando el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortaleciendo la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado: (1) Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistémica y articulada sobre los contenidos que se presentan; (2) Tenga en cuenta las guías del y la discente y las guías de estudio individual y de la comunidad judicial para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones, el estudio y análisis, la utilización del Campus y Aula Virtual y el taller individual de lectura efectiva del plan educativo; (3) Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada módulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema, o complementar las perspectivas presentadas.

Finalmente, el Programa de Formación Judicial Especializada del Área del Trabajo y de la Seguridad Social que la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa. Agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" en la Calle 11 No 9ª -24 piso 4, de Bogotá, o al correo electrónico escuelajudicial@ejrlb.net los cuales contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del **Programa de Formación Judicial Especializada en el Área del Trabajo y de la Seguridad Social**.

PRACTICA PROCESAL DEL DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

TOMO I

UNIDAD I

Ley 1149 de 2007.

Preambulo

Objetivo general.....

Objetivos específicos.....

Lectura I – oralidad procesal.....

Lectura II: el rango mayor del artículo 48 de la ley 1149

Lectura III: oralidad en el proceso laboral—desafío en marcha en la búsqueda de
ideales de justicia.....

Lectura IV: comentarios al articulado de la ley 1149 de
2007.....

Caso No. 1.....

Caso No. 2.....

Lectura V. justificación, autonomía y naturaleza del derecho procesal del trabajo y
su relación con el derecho material laboral.....

1.- Necesidad de las normas procesales.....

2.-Autonomía del derecho procesal.....

3.- El derecho procesal y el derecho material.....

4. Naturaleza jurídica del derecho material del trabajo.....

5. Naturaleza jurídica del derecho procesal del trabajo.....

6.- la autonomía del derecho procesal del trabajo.....

UNIDAD II

Jurisdicción y competencia

Objetivos generales

Objetivos específicos

Lectura VI - Noción de garantía jurisdiccional

Lectura VII - Momento de cognición de la jurisdicción.....

- Operación del juez para plasmar en sentencia, la declaración de certeza de un mandato individualizado.....

Lectura VIII - los límites de la jurisdicción y momento determinativo de la jurisdicción y competencia.....

- Momento determinativo de la jurisdicción y de la competencia.....
- Asuntos de conocimiento de los jueces laborales.....

Asuntos de conocimiento de los jueces laborales a través de la
casuística.....

Caso N° 1 – Competencia en tratándose de una ejecución de una sociedad en
liquidación obligatoria

Autoevaluación.....

Decisiones judiciales.....

Caso N° 2 – Competencia en procesos contra entidades de la seguridad social
.....

Autoevaluación.....

Decisiones judiciales.....

Caso N° 3 – Competencia en asuntos relativos a la ejecución de obligaciones
emanadas de la relación de trabajo.....

Autoevaluación.....

Decisiones judiciales.....

Caso N° 4 – Asuntos relativos al art. 216 del C.C.A.....

Autoevaluación.....

Decisiones judiciales.....

Caso N° 5 – Intervención de terceros - llamamiento en
garantía.....

Autoevaluación.....

Decisiones judiciales.....

Caso N° 6. – Responsabilidad médica. Perjuicios causados. Daño fisiológico.....

Autoevaluación.....

Decisiones judiciales.....

Caso N° 7 – Controversia referente al sistema de seguridad social integral.....

Autoevaluación.....

Decisiones judiciales.....

Caso N° 8 – Controversia referente al sistema de seguridad social integral. Artículo 77 ley 100 de 1993 seguros.

previsionales.....

Autoevaluación.....

Decisiones judiciales.....

Caso N° 9 – Jurisdicción internacional. Aplicación de tratados en la legislación.
.....

Autoevaluación.....

Decisiones judiciales.....

Caso N° 10 - ley 1112 de 2007. Competencias relacionadas con lo dispuesto en el art.
41 de esa normatividad – seguridad social en
salud.....

Autoevaluación.....

Decisiones judiciales.....

Caso N 11. Cooperativa de trabajo asociado, clausula compromisoria.

Autoevaluación.....

Decisiones judiciales.....

Caso N° 12. Dictámenes de junta de calificación de invalidez – competencia del juez
laboral.

Autoevaluación.....

Decisiones judiciales.....

UNIDAD III

Actuaciones procesales

Objetivos específicos.....

Objetivos generales.....

Introducción

Lectura I- Importancia práctica de la acción en el sistema del proceso

Lectura II – Bilateralidad de la acción. La excepción.....

Lectura III - Objetivos del procedimiento.....

Caso N° 1. Demanda y contestación.....

Autoevaluación.....

Decisiones judiciales.....

Caso N° 2 . Demanda y contestación.....

Autoevaluación.....

Decisiones judiciales.....

Caso N° 3. Excepciones. Cosa juzgada.....

Autoevaluación.....

Decisiones judiciales.....

Caso N° 4 – Excepciones prescripción.....

Autoevaluación.....

Decisiones judiciales.....

Los presupuestos procesales

Lectura XII - Relación procesal y acción: los llamados “presupuestos procesales”.....

Caso N°5 – Presupuestos procesales demanda proveniente del contencioso administrativo.....

Autoevaluación.....

Decisiones judiciales.....

Caso N° 6 – Ausencia de presupuestos procesales.....

Autoevaluación.....

Decisiones judiciales.....

Caso N° 7 – Presupuestos procesales. Agotamiento de la vía gubernativa

Autoevaluación.....

Decisiones judiciales.....

Autonomía o analogía en los procesos laborales: actos de comunicación.

1.La aplicación analógica y por reenvío de las normas del C.PC al C.P del T y de la S.S.....

2- Respecto de las notificaciones.....

3- comentario especial para los siguientes tópicos.....

3.1. La notificación por aviso.....

**3.2. El
emplazamiento.....**

A manera de conclusión.....

Caso N° 8- notificaciones.....	
Autoevaluación.....	
Comentario.....	
Decisiones judiciales.....	
Lectura XIII – noción del proceso: legalidad o libertad de las formas procesales.....	
Lectura XIV - el procedimiento como sucesión de actos; fases del procedimiento y posición de la providencia jurisdiccional.....	
Lectura XV - caracteres típicos del procedimiento: escritura y oralidad; mediación e inmediatez; concentración y fraccionamiento; publicidad y secreto; preclusión y elasticidad.....	

UNIDAD IV

Audiencia obligatoria de conciliación, de decisión de excepciones previas, de saneamiento y fijación del litigio.....	
Caso N° 1. Audiencia obligatoria de conciliación.....	
Caso N° 2 . Audiencia obligatoria de conciliación.....	
Recursos.....	

Reposición.....	
Apelación.....	
Recurso de queja.....	
Recurso de súplica.....	
Anulación de laudos arbitrales.....	
Casación.....	
La protección del debido proceso en la casación del trabajo	
Introducción.....	
Antecedentes remotos.....	
Protección constitucional.....	
La violación de normas procesales.....	
La nulidad en casación del trabajo.....	
La violación medio en la casación del trabajo como causal jurisprudencial de infracción de normas procesales.....	
Revisión.....	
El grado jurisdiccional de consulta.....	
Incidentes.-	
Nulidades.-.....	

UNIDAD V

Los procesos laborales

Los procesos ordinarios orales.....

1. Única Instancia.....
 - Demanda, admisión y traslado.....
 - Audiencia y fallo.....
2. La primera instancia del proceso oral.....
 - Traslado de la demanda.....
 - Audiencia de conciliación, de decisión de excepciones previas, de saneamiento y fijación del litigio.....
 - Antecedentes.....
 - Funciones, estructura y alcance de la audiencia.....
 - Procedencia de la audiencia.....
 - Trámite de la audiencia.....
 - A.
Citación.....
 -
 - B. Comparecencia de las partes.....
 - C.- Excusas por la
inasistencia.....
 - D. Consecuencias por la inasistencia a la audiencia.....
 - E. Práctica de la audiencia.....

G. Saneamiento del proceso y fijación del litigio.....

H.- Decreto de

pruebas.....

- Audiencia de trámite y juzgamiento del proceso oral.....
- Actas y grabación de audiencias.....
- Medidas Cautelares en los procesos ordinarios.....

Los procesos especiales.

El proceso de fuero sindical.....

2.1.1. Concepto de fuero.....

2.1.2. Trabajadores protegidos por el fuero.....

2.1.3. Trabajadores no protegidos por el fuero sindical.....

2.1.4. Acciones judiciales derivadas del fuero sindical.....

A. Acción de levantamiento del fuero sindical.....

A.1.

Demanda.....
.....

A.2.

Trámite.....
.....

A.3.

Excepciones.....
.....

A.4.

Audiencia.....
.....

A.5. El sindicato como parte
procesal.....

A.6.
Sentencia.....
.....

A.7. Segunda
instancia.....

**B. Acción de
reintegro.....**

C. Acción de
reinstalación.....

2.1.5. Prescripción de las acciones derivadas del fuero

El procedimiento sancionatorio del acoso laboral.....

La Huelga

1. Síntesis de la ley, resumen procesal.....
2. Antecedentes y objetivos.....
3. Análisis –.....
4. observaciones.....
5. Conclusiones.....

Procedimiento para la calificación de la huelga.....

1. Procedimiento especial y preferente.....
2. Oralidad.....
3. Competencia de los tribunales superiores.....
4. Demanda.....
 - 4.1. La designación del tribunal competente.....
 - 4.2 el nombre de las partes y sus representantes.....

4.3. El domicilio y dirección de las partes.....	
4.4. El nombre, domicilio y dirección del apoderado judicial.....	
4.5. Clase de proceso.....	
4.6.	
Pretensiones.....	
...	
4.7. La causal invocada.....	
4.8. Hechos y omisiones.....	
4.9. Las razones y fundamentos de derecho.....	
4.10.	
Pruebas.....	
5. Anexos de la demanda.....	
6. Traslado de la demanda y fijación de fecha y hora para audiencia.....	
7. Contestación de la demanda.....	
8. Audiencia.....	
9. Término para la calificación.....	
10. Segunda instancia.....	
11. Contenido de la sentencia.....	
12. Notificación de la sentencia al ministerio de la protección social.....	
13. Funciones del ministerio de la protección social frente a la sentencia que declara la ilegalidad de la huelga.....	
14. Recursos extraordinarios.....	
15. La consulta.....	
16. Calificación de la huelga por otras entidad judiciales.....	
17. El consejo de estado y la ley 1210.....	

El proceso sumario laboral.

2.3.1. Legitimación para ejercer la acción.....	
2.3.2. Competencia.....	
2.3.3. Demanda.....	
2.3.4. Admisión, traslado y notificación.....	

2.3.5.	Pruebas.....
.....	
2.3.6.	Sanciones accesorias a los directivos sindicales.....
2.3.7.	Notificación e impugnación del fallo.....
2.3.8.	Segunda instancia.....

Caso N° 9. Fuero sindical. Conciliación. Notificación al sindicato.....

- Conciliación en proceso de fuero sindical. Participación de sindicato.
- Alcance del fuero sindical, derecho fundamental de asociación y conciliación.....
- Juicios por fuero sindical y derechos de los sindicatos.....
- Procedencia de la unidad normativa y necesidad de una sentencia integradora.....
- La compatibilidad de la presente sentencia integradora y de la doctrina desarrollada en la sentencia c-160 de 1999.....

Caso N° 10 – fuero sindical. Permiso judicial, términos de prescripción en empresas en estado de liquidación. Ejecución del reintegro, imposibilidad de cumplirlo. Actuación que debe cumplir la entidad que alega ese hecho.....

Caso N° 11 – fuero sindical de empleados públicos.....

1. El fuero sindical de los empleados públicos.....
2. Competencia para conocer de la ilegalidad del acto de traslado.....

Caso N° 12. Fuero sindical, inscripción en el registro sindical, personería automática del sindicato. Abuso del derecho. Revocatoria de la inscripción. La protección no depende del registro del sindicato ante el

ministerio,.....

..

Caso N° 13. Sumario – fuero sindical. Carga dinámica de la prueba.....

Bibliografía.....

Suplemento.

Ley 1149 de 2007.....

Ley 1010 de 2006.....

Acuerdo No. PSAA08-4437 de 2008.....

Ley 1210 de 2008.....

UNIDAD I

Ley 1149 de 2007.

Preambulo	
Objetivo general.....	
Objetivos específicos.....	
Lectura I – oralidad procesal.....	
Lectura II: el rango mayor del articulo 48 de la ley 1149	
Lectura III: oralidad en el proceso laboral—desafio en marcha en la busqueda de ideales de justicia.....	
Lectura IV: comentarios al articulado de la ley 1149 de 2007.....	
Caso No. 1.....	
Caso No. 2.....	
Lectura V. justificación, autonomía y naturaleza del derecho procesal del trabajo y su relación con el derecho material laboral.....	
1.- Necesidad de las normas procesales.....	
2.-Autonomía del derecho procesal.....	
3.- El derecho procesal y el derecho material.....	
4. Naturaleza jurídica del derecho material del trabajo.....	
5. Naturaleza jurídica del derecho procesal del trabajo.....	
6. la autonomía del derecho procesal.....	

PREÁMBULO

De tiempo atrás, casi desde épocas inmemorables la función jurisdiccional del Estado ha sido opacada, eclipsada, por las otras esferas del gobierno, aún por la sociedad misma; decía en 1961 el entonces Presidente de la República Dr. **ALBERTO LLERAS CAMARGO**, lo siguiente:

"Es cosa grave que todo el país acepte como axiomática la quiebra de la organización judicial, y que no haya nadie que pueda levantarse con autoridad suficiente, nacida de los hechos mismos, a refutar esa convicción pública"

Hoy, a raíz de cruentos episodios que reposan en la historia de la vida nacional, se vislumbra una voluntad política de colaboración hacia la judicatura, las nuevas instituciones consignadas en la Constitución de 1991, dejan abierta la posibilidad para que con su operatividad se pueda ir gestando un nuevo amanecer en ésta área, y así coadyuvar en la solución de los conflictos que se presenten entre los asociados.

Justamente estas páginas que tienen ahora en sus manos, muestran el decidido apoyo del Consejo Superior de la Judicatura, y de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en orden a visualizar la problemática que se le presenta al operador en el área del procesal laboral. Cabe acotar, en las líneas que se abordarán y para una mejor comprensión y provecho por el usuario, no se aportan o se explican definiciones, pues se estima ellos ya son conocidos por el juez, o pueden guiarse para consultarlas en las diferentes obras sobre la materia, y que incluso se citan en la bibliografía, la riqueza del material deriva de los distintos talleres organizados por la Escuela Judicial, en donde participaron jueces y magistrados, señalando sus inquietudes en temas que ahora se presentan como herramienta práctica, procurando

apenas presentar las diversas perspectivas de ellos, pero siempre respetando la autonomía judicial, en cuanto se traen soluciones cercanas al problema, pero únicamente como motivante de reflexión.

En ese orden de ideas se acompañan lecturas, ensayos, casos, autoevaluaciones y decisiones judiciales, puntos que no necesariamente están concatenados entre sí, o no tienen una relación causa a efecto, salvo en lo referido al tema de la unidad al que pertenecen.

Las lecturas seleccionadas, hacen parte de la doctrina internacional, extraídas de procesalistas de reconocida raigambre, teniendo en cuenta los criterios atrás mencionados, siendo de trascendencia para los efectos perseguidos; su aporte, apunta a recordar conceptos, y en algunos eventos, amplificar el conocimiento adquirido a lo largo de la experiencia profesional.

En cuanto a las providencias judiciales, se presentan, en ocasiones su texto completo para no descontextualizar el tema, en otras se ha seleccionado el aspecto puntual de la decisión, todo ello en orden a contrastarlas con las discusiones y respuestas a los casos planteados.

Los ensayos son posiciones acerca de la temática abordada en esos espacios de opinión y que desde luego, contribuyen a mostrar diversas posturas e irradiar controversia.

De este modo, la invitación es a leer las diferentes propuestas con sentido crítico, analizar la casuística, resolver el caso, respondiendo la autoevaluación, y tomar como mero criterio, apenas orientador, las decisiones judiciales anexadas, las cuales bajo ningún aspecto constituyen cartillas; ello desde luego chocaría con los más caros principios de la administración de justicia como lo son la independencia y la autonomía.

En suma, desde las entrañas de la rama judicial, éste producto, como complemento a las demás obras publicadas por la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", en vías de la oralidad.

Bienvenidos.

LEY 1149 DE 2007

OBJETIVO GENERAL

- Examinar los aspectos principales de su normatividad.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Establecer las características de sus distintas disposiciones.
- Descifrar cómo aplicar en determinados eventos su articulado.

LECTURA I.

ORALIDAD PROCESAL

*Mauro Cappelletti.**

“...La primera y más corriente respuesta es también la más superficial: oralidad significa uso exclusivo, o por lo menos prevaleciente, del elemento oral en lugar del elemento escrito en el desenvolvimiento del proceso.

Una respuesta de este (tipo tiene por lo menos dos defectos esenciales: el primero es el de no ser consciente, o sea, no explica las razones de una cierta tendencia que se manifiesta en un gran número de países (en particular, pero no únicamente, en el área del “Civil Law” y por consiguiente en la ‘Europa continental y en la América Latina), tendencia la cual ha sido descrita precisamente como “movimiento en favor de la oralidad”. El segundo defecto es que esa respuesta tiene un carácter utópico, en cuando quiere implicar el uso exclusivo del elemento oral en el proceso —pretendiendo en tal modo excluir del proceso aquel refinado, utilísimo instrumento de comunicación y de conservación del pensamiento que es la escritura—, o bien tiene un carácter vago y ambiguo, en cuanto se limita a implicar una poco precisada e inmotivada prevalecía del elemento oral (¿prevalecía respecto a qué? ¿respecto a cuáles actos del proceso? ¿respecto a cuáles fases de éste?).

2. — Una respuesta consciente y, al mismo tiempo, no puramente conceptual y dogmática sino realista y concreta, debe conectarse a las razones por las cuales ha tenido lugar aquel “movimiento en favor de la oralidad”, que provocó debates los cuales, como escribió Chiovenda en 1924, “agitaron media Europa durante el siglo pasado”² y del cual resultaron las más importantes leyes procesales de reforma a partir del código de Hannover de 1850, y de las Zivil-prozessordnungen alemana y austríaca de 1877 y de 1895, para llegar a los códigos húngaro del 1911, danés del 1916, polaco del 1933, sueco del 1942 etc.

² ¹ G. CHIOVENDA, *L’oralita e la prova*, en *Biv. dir, proc. civ.*, 1 (1924), I, publicado nuevamente en *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma, Soc. ed. “Foro italiano” 1931, págs. 197, 198-99.

Las razones de aquel movimiento fueron múltiples, pero se pueden traducir en la fórmula siguiente: reacción contra ciertas características, vistas ya entonces como graves defectos del procedimiento ordinario de derivación ítalo-canónica y común, características todavía presentes, en medida más o menos acentuada, en vastas regiones de Europa en la segunda mitad del siglo pasado y también en tiempos más recientes. Tales características eran, con cierta aproximación, las siguientes:

Primero: predominio, si no propio y verdadero monopolio, del elemento escrito respecto al oral. La regla, así llevada a sus últimas consecuencias, implicaba inadmisibilidad e invalidez absoluta de elementos orales como base de la decisión del juez: "*quod non est in actis non est de hoc mundo*". Segundo: falta de inmediatez. Todo contacto personal y directo del juez con las partes, los [testigos, los peritos y las demás fuentes de prueba (lugares, cosas), era prohibido, o por lo menos, desalentado. Esta actitud era bastante comprensible: dado que el juez debía decidir solamente sobre la base de los actos escritos, y no sobre la base de sus impresiones directas y personales, era natural que se terminara por confiar la recolección y redacción de los actos escritos a personas distintas del juez, tales como los *actuarii*, los *cancellarii*, los *notarii*. Estas personas y no el juez, entraban en contacto directo con el actor y el demandado, con los testigos, las cosas, los lugares, mientras el juez se limitaba a conocer los así llamados "verbales" o sea el *dossier* preparado por ellas. Se venía a crear de tal modo una propia y verdadera muralla de papel entre el juez y los otros sujetos del proceso, particularmente las partes y los testigos.

Tercero: prevalecía del método de la *prueba legal*. Reglas abstractas y apriorísticas determinaban la admisibilidad de las pruebas (por ejemplo, era inadmisibile el testimonio de amplias categorías de personas: las partes, los terceros interesados o condenados penalmente, en ciertos ordenamientos, también las mujeres, el testigo único, etc. ;). Además, eran fijadas reglas vinculantes y matemáticas de evaluación de las pruebas: dos testigos no contradichos constituían plena prueba, vinculante para el juez ("*in ore duorum vel trium sta* veritas*"); para ciertas categorías de hechos era prescrito el testimonio de cinco o siete personas; el testimonio del noble prevalecía sobre el del no noble, el del eclesiástico sobre el del laico, el del cristiano sobre el del hebreo, el del rico sobre el del pobre etc. etc. Por lo demás, incluso este sistema probatorio tan contrario a nuestro actual modo de razonar, era bien comprensible en otras épocas. Ya que el

juez no entraba en contacto personal y directo con los testigos y las otras fuentes de prueba, era en efecto bastante lógico que no pudiera prevalecer un sistema de apreciación concreto, crítico, inductivo, individual de la prueba, basado sobre una evaluación del comportamiento de los testigos y sobre todos aquellos otros indicios que emergen tan sólo de la observación directa. Debía prevalecer en vez un sistema de evaluación escolástico-deductivo, abstractamente predeterminado por -la ley sobre la base de algunos indicios aceptados apriorísticamente como verdades absolutas y vinculantes, indicios relacionados con el número, el sexo, el estado social o económico, la religión, etc.

Cuarto: el desenvolvimiento del proceso carecía de toda *concentración*; se trataba, al contrario, de un procedimiento dividido en una larga serie de pequeñas etapas y fases, con el impulso procesal atribuido casi exclusivamente a la discrecionalidad de las partes, mejor dicho, de sus defensores. También esta característica era comprensible en un proceso en el cual, como se ha dicho, el juez no intervenía casi nunca personalmente y directamente, limitando su propia función al acto decisorio, dictado sobre la base de los actos escritos, en vez de extenderla al desenvolvimiento mismo del proceso y a la instrucción de éste. La consecuencia de todo esto era la amplia posibilidad de abusos, de tácticas dilatorias, de reenvíos.

Antón Menger, el ilustre jurista vienes de fe socialista, parangoneaba el proceso civil austríaco anterior a la reforma de 1895 al mecanismo de un reloj descompuesto, el cual, para volver a ponerlo en movimiento aunque fuera sólo por pocos minutos, debía ser sacudido y golpeado; las partes sacudían y golpeaban aquel mecanismo procesal descompuesto mediante sus innumerables escritos —demandas, réplicas, duplicas, triplicas...— y así el procedimiento avanzaba a empujones y empujones, diluido en el tiempo por meses, por años, hasta por decenios. Tal dilución era agravada, más bien que remediada, por tentativas repetidas de establecer términos preclusivos rígidos para el cumplimiento de ciertos actos: con la consecuencia, más que todo, que también el procedimiento más simple era, en tal modo, incapsulado entre esquemas determinados apriorísticamente para un tipo standard de proceso ordinario, y que además se hacía necesario a las partes el precaverse en toda forma contra caducidades y preclusiones, levantando demandas, excepciones, recursos, impugnaciones incidentales a fin meramente eventual y cautelar (el así

llamado principio de la eventualidad), con resultados desastrosamente dilatorios.

Las características hasta aquí delineadas estaban, como es claro, estrechamente conectadas entre sí; todas confluían en un tipo de proceso exasperadamente *lento*, con una neta *separación del juez de los hechos* y por consiguiente con una forma de *exaltación de las cuestiones abstractas de derecho* con respecto a aquellas concretas de hecho, con un exceso de *formalismo* paralizante, especialmente, pero no únicamente, en la admisión, asunción y evaluación de las pruebas, y en fin con un sistema procesal que no corresponde a la filosofía experimental, a las exigencias de eficiencia y al sentimiento de justicia del mundo moderno.

3. — Como en otros países, así en Italia el movimiento en favor de la oralidad ha querido reaccionar contra todos estos defectos e introducir un sistema procesal inspirado en una serie de criterios, simbólicamente expresados por la palabra "oralidad", pero en realidad bastante más comprensivos de lo que tal palabra, en sí y por sí, podría significar. Lejos de querer imponer el pasaje de un exceso a exceso opuesto, o sea a la exclusión total y apriorística de cada elemento escrito en el proceso, aquel movimiento, en sus manifestaciones más iluminadas y conscientes, ha significado en erecto, sobre todo, *inmediatez* en los contactos entre el juez y la prueba, admisión y evaluación de la prueba remitida a la "*sana crítica*" del juez, desenvolvimiento del proceso en la manera más *eficiente, rápida y concentrada* posible a fin de no perder los beneficios de la *inmediatez* y de no hacer, por lo tanto, imposible una evaluación crítica de la prueba. Propiamente en esta dirección se ha movido, como se sabe, la campaña conducida en Italia por Giuseppe Chiovenda en favor de la oralidad, una campaña que, aunque continuada por Caslamandrei, no ha encontrado sin embargo el apoyo de otros tres insignes maestros del procesalismo italiano: Mortara, Carnelutti y Redentí³. Los resultados de este contraste se reflejarán, como veremos, en el código de 1940-1942, que ha representado un compromiso, poco feliz y en efecto privado de éxito, entre dos concepciones del todo antitéticas.

³ ² Sobre las vicisitudes experimentadas por el movimiento italiano en pro de la oralidad, desde Chiovenda hasta el código de 1940-42, se remite a DENTI, *ob. cit. supra* nota *. •

Naturalmente, bien lejos de nosotros se encuentra la idea de que estos resultados desfavorables sean el mero producto de un conflicto entre concepciones de individuos, a pesar de tratarse de individuos de la estatura de un Chiovenda, de un Carnelutti o de un Calamandrei. La historia no es nunca el fruto de unas individualidades, sino de exigencias generales bastante más profundas y complejas, aun cuando estas exigencias se reflejen en concepciones individuales.

En particular, la concepción chiovendiana reflejaba la exigencia, típica del tiempo moderno, de un método de pensamiento empírico-inductivo, más bien que escolástico-deductivo; reflejaba, en otros términos, en el proceso aquella grande revolución del pensamiento que encontró sus pioneros en Copérnico, en Galileo, en Bacon, con la crítica que hicieron contra la lógica de las verdades absolutas determinadas *a priori*. Sin embargo, se imponía el grave problema de establecer si el tipo de sociedad, y en particular el tipo de juez que teníamos en Italia en los primeros decenios de nuestro siglo, eran una sociedad y un juez maduros para aquella revolución. El contacto inmediato y personal del juez con las partes y los testigos y por consiguiente la evaluación crítica y caso por caso de la prueba de parte del juez, representan ideales de gran valía en un ordenamiento, en el cual los jueces sean suficientemente evolucionados y honestos, como para poder substraerlos de ciertos "absolutos" legislativos vinculantes. No hay duda que aquellos ideales sean en sí deseables; pero se puede comprender como, en su época, un Mortara o un Redenti pudieran dudar sobre su realizabilidad práctica o su oportunidad.

De otra parte, no parece haber duda que en la historia no hay progreso sin riesgo. La conservación razonable deviene reacción irracional cuando rechaza: también un riesgo justificado. Es por esto que ciertas posiciones, comprensibles quizás hace unos cincuenta años, parecen hoy del todo reprobables y merecen ser condenadas.

Además, si bien todavía en manera no del todo clara y precisa, 1.a. concepción chiovendiana como antes la de Franz Klein expresada en la gran reforma austríaca de 1895, reflejaba otra creciente y fundamental exigencia de nuestra época: aquella de una justicia no meramente formal, aparente, "burguesa", o sea limitada y accesible tan solo a las clases sociales cultas y acomodadas, sino de una justicia efectiva, real, accesible a (todos. Un proceso esencialmente "escrito" no puede ser un proceso fácilmente accesible a los analfabetos, a los desposeídos, a los ignorantes o

sea (y más correctamente) a aquellos cuya cultura no coincide con la cultura y con el lenguaje "oficiales". Ni a éstos puede ser fácilmente accesible' un proceso, en el cual el juez dé peso prevalente a las cuestiones de derecho antes que a aquellas de hecho; ni un proceso, en el cual tengan gran importancia las formas predeterminadas por ley, las trampas procesales (caducidades, preclusiones legales), las iniciativas de parte (pasividad y así llamada neutralidad del juez).

Se comprende por consiguiente, de nuevo, cómo juristas de tan alto nivel como un Camelutti o un Redenti, pero cuyo empeño intelectual probablemente no incluía una reforma en sentido *social* de la justicia, fueran sordos a este tipo de exigencias. Sería en verdad interesante investigar si existe aunque fuese un solo inicio de profundización, en las obras de estos por lo demás grandes juristas, sobre los problemas de la justicia de los pobres, de la igualdad real de las partes, de los costos de la justicia o del significado social de la lentitud del proceso. La verdad es que hasta hace pocos años, estos problemas eran totalmente ignorados por la "ciencia" oficial italiana, y el mismo Calamandrei debió aprovechar su viaje a México para tratarlos, por primera vez, orgánicamente en aquellas luminosas conferencias suyas sobre "Proceso y democracia", las cuales sólo recientemente han comenzado también en Italia a tener la resonancia que merecen⁴.

4. — Desgraciadamente esta actitud de desinterés por los aspectos sociales de la justicia y del derecho, no era propia tan sólo de la doctrina prevalente. Esta se reflejó también en el código de 1940-1942, en la reforma de 1950 y en la actuación judicial de uno y otra. En realidad esta actitud expresaba la voz de "aquellos que cuentan" ^a los que Max Weber y ahora Max Rheinstein, llamarían los *Rechtshonoratioren* ⁵— en la determinación

⁴³ P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, Cedam, 1964, publicado nuevamente en *Opere giuridiche* (al cuidado de M. CAPELLETTI), I., Napoli, Morano, 1965, págs. 618-702 (trad. española de H. FIX ZAMUDIO: *Proceso y democracia*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960; trad. inglesa de J. C. ADAMS & H. ADAMS, *Procedure and Democracy*, New York University Press, 1956).

⁵ ⁴ M. WEBER, *On Law in Economy and Society* (ed. by M. RHEINSTEIN), Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2nd printing 1966, págs. 332-34, 349 *et passim*; M. RHEINSTEIN, *Leader Groups in American Law*, en *Univ. of Chicago L. Rev.*, 38 (1971), págs. 687.

del concepto y del contenido del derecho italiano. Tan solo la Constitución republicana de 1948 ha empezado, como veremos, a atribuir una "voz" también a los *humilidires*: y se trata de una voz que no habla, todavía, con mucha fuerza.

El código de procedimientos civiles de 1940-1942 ha proclamado, en abstracto, el principio de la oralidad (art. 180), pero no la ha realizado de hecho en cuanto no ha realizado aquellas características (inmediatez, concentración, libre admisión y libre apreciación de la prueba), que de la oralidad constituyen la sustancia vital.

Empecemos con la *inmediatez*. Una de las características del código está representada por la introducción de la figura del "juez instructor". Se trata, como es sabido, de uno de los miembros del colegio judicante; él está encargado de preparar e instruir la causa y —punto fundamental, que lo diferencia de institutos extranjeros aparentemente similares— de recibir las pruebas. Esto significa que tan sólo uno de los miembros del órgano decisorio entra en contacto personal e inmediato con las fuentes de información (partes, testigos, etc.): los otros jueces del colegio se limitarán a decidir sobre la base del material recogido por el juez instructor. Es, como se ve, un compromiso, por lo demás ni siquiera original porque fue previsto y condenado nada menos que por Bentham hace más de un siglo y medio⁶; compromiso que realiza la inmediatez sólo a mitad, es más, en rigor, a un tercio, dado que los miembros del colegio son tres.

Pero también el ideal de la concentración resulta sacrificado; de un lado, porque el código tiraba (y tira) una clara línea de separación entre la fase probatoria (frente al juez instructor) y la fase decisoria (frente al colegio), y del otro lado, porque el código preveía (y prevé) que la determinación final del *thema decidendum* se alcanza solamente con el pasaje de la causa de la primera a la segunda fase (cód. proc. civ. art 189)⁷. Hecho todavía más grave, el desenvolvimiento rápido y ordenado del proceso, antes que estar garantizado con poderes directivos del juez, debidamente sancionados y adaptables a las exigencias del caso concreto, fue confiado a una

⁶ •5 Véase el *Traite des preuves judiciaires*, livre 3^{ème}, ch. 5, en BENTHAM, *Oeuvres*, tome II, Bruxelles, Hauman, 1829, págs. 300-02. ⁷ -6 DENTI, *ob. cit. supra* nota*, pág. 131 del vol.

⁷ " 06. *cit. supra* nota *, pág. 132 del vol

serie de términos preclusivos rígidos determinados abstractamente por ley. Y mientras el artículo 175 del código retóricamente proclamaba (y proclama) que "el juez instructor ejercita todos los poderes dirigidos al más solícito y leal desenvolvimiento del procedimiento", el artículo 152 prescribía (y prescribe) en cambio que solamente la ley, y no el juez, puede disponer términos bajo la pena de caducidad.

Tampoco en el plano de la *instrucción probatoria* fueron confiados al juez adecuados poderes directivos, ordenadores y sancip; nadores. Por ejemplo, el artículo 118 del código atribuía al juez el poder de disponer, también de oficio, la inspección de cosas y de personas, pero el último inciso de aquel artículo vaciaba (y vacía) en gran parte el poder del juez imponiendo un límite máximo, en muchísimos casos inadecuado, de la sanción pecuniaria aplicable por el juez mismo en el caso de rehusar el tercero de consentir la inspección; y lo mismo vale para el caso de orden judicial de exhibición de documentos (art. 210). Esta situación era (y es) ulteriormente deteriorada por el hecho de que el poder de "*discovery*", o sea de investigación de los hechos y de las pruebas, de la misma forma en que era negado al juez, así —y aun más— era negado a las partes y a sus defensores. Han permanecido en efecto desconocidos al derecho italiano todos aquellos instrumentos de "*discovery*", que permiten a las partes en un proceso civil inglés, y mucho más aun norteamericano, examinar documentos en poder de terceros y del mismo adversario, y hasta interrogar a aquéllos y a éste informalmente y extrajudicialmente sobre hechos de la causa. Faltando todos estos poderes de las partes y del juez, era (y es) inevitable que el proceso civil italiano, no obstante ciertas afirmaciones sustancial-mente retóricas y declamatorias del nuevo código, sigue siendo un proceso diluido en el tiempo, en el cual una y otra parte y el mismo juez vanamente esperan que surja de los repetidos escritos defensivos, y de los repetidos reenvíos, aquel cabal análisis de los hechos, que en realidad ni el juez ni las partes tienen el poder de realizar.

La conclusión es que, demasiado frecuentemente, no obstante la engañosa declaración de principio contenida en el artículo 116 del código (según la cual "el juez debe valorar las pruebas según su prudente apreciación"), la causa termina por tener que ser decidida sobre la base, o en consecuencia, de reglas abstractas y apriorísticas y de institutos arcaicos, que son la manifestación permanente del sistema de la prueba legal: las reglas de la carga de la prueba (cód, civ., art. 2697); las reglas de exclusión o de

prohibición de ciertas pruebas de extrema importancia como el testimonio de las partes o de terceros interesados (cód. proc. civ., arts. 246 y 247); y en fin, institutos obsoletos a los cuales el juez o las partes están obligados a recurrir *faute de mieux* para comprobar no una verdad real, sino la apariencia de verdad, como el juramento decisorio p supletorio (cód. civ., arts. 2736-39) o el interrogatorio formal de las partes (cód. proc. civ., arts. 230-32):

5. — Lejos de haber sido atenuados, los defectos del código fueron más bien, en conjunto, agravados por la reforma de 1950 y por la práctica judicial.

La reforma del 50 ha hecho inmediatamente impugnables las sentencias parciales; ha limitado fuertemente las preclusiones, sin por lo demás tener el mínimo cuidado de sustituirlas con adecuados poderes directivos del juez; ha legitimado la práctica, ya difundida, de los memoriales escritos en la fase de la causa tenida frente al juez instructor. En fin, reforma y práctica judicial han contribuido ulteriormente a hacer al proceso civil italiano susceptible de proliferar en una serie de impugnaciones, y de diluirse en el tiempo en un sucederse de verbosos y frecuentemente inútiles escritos defensivos. La práctica judicial además ha concurrido en este proceso de deterioro, por ejemplo recurriendo muy escasamente a institutos que serían fundamentales para la realización de un proceso oral e inmediato, como la comparecencia personal de las partes y el interrogatorio informal de las mismas (cód. proc. civ., art. 117), y desaplicando ciertas normas legislativas cuya intención es asegurar un mínimo de concentración del proceso (disp. api. del cód. proc. civ., art. 81). En conclusión, como ha escrito recientemente Vittorio Denti, la legislación procesal italiana vigente "no ha realizado ciertamente un proceso oral (...) no habiendo hecho efectivo ni el principio de la inmediatez ni el de la concentración, y habiendo conservado casi intacto el sistema de la prueba legal. Las consecuencias más graves de esta situación normativa han sido, de un lado, el perdurar de la tendencia a sobrevalorar las cuestiones de derecho respecto a las cuestiones de hecho (tendencia típica de los jueces que no tienen un contacto inmediato con la prueba), y del otro lado, el

progresivo aumento de la duración de los juicios, que ha alcanzado en los últimos tiempos límites verdaderamente intolerables"⁸.

Las manifestaciones prácticas más macroscópicas de esta situación normativa defectuosa emergen, en efecto, propiamente sobre el plano de la duración excesiva de los juicios; el proceso civil ordinario frente al tribunal dura como promedio, en Italia, cerca de dos años y medio tan sólo en su fase de primer grado⁹. Desafortunadamente no son en cambio mensurables con datos estadísticos precisos otros fenómenos no menos graves, como aquel de las injusticias sustanciales derivantes de un procedimiento escasamente eficiente, frecuentemente resultante en una verdad aparente, prevalentemente planteado sobre una superfetación de las cuestiones teóricas de derecho. Defectos los cuales no pueden dejar de confluir a su vez en una forma de indebida glorificación de las impugnaciones, y en particular de la apelación y del recurso de casación, impugnaciones en las cuales la separación del juez de los hechos, la ausencia de relaciones inmediatas del juez con los otros sujetos del proceso, y en fin la dilución en el tiempo de una solución definitiva del litigio, son ulteriormente agravadas. La proporción de las sentencias de primer grado impugnadas es, en efecto, en Italia, enormemente superior, por ejemplo, a aquella que puede encontrarse en Inglaterra o en los Estados Unidos de América, mientras que la duración del procedimiento de apelación se acerca a su vez a los dos años, y a los tres años aquella de los procedimientos en casación⁹.

6. — Ni el código de 1940-42 ni sus reformas sucesivas representaron, por lo tanto, la gran novedad en la historia contemporánea del derecho procesal italiano. Este código y sus reformas, si bien van significado bajo varios perfiles un mejoramiento técnico con respecto a la legislación precedente —por ejemplo, en el campo de las nulidades procesales y en el de la

⁸ " 06. cit. supra nota *, pág. 132 del vol. Véase también nuestro escrito *Un falso idolo: U Codice del 1943*, en *Giurisprudenza italiana*, 124 (1972), IV, c.

⁹ 06. ult. cit., pág. 66; véase también nuestro escrito *Parere iconoclástico sulla riforma del processo civile*: en *Giurisprudenza italiana*, 121 (1969), IV, ce. 81, 84-85,

¹⁰ Véase nuestro estudio *Liberté individuelle et justice sociale dans le 'procès civil italien*, en *Revue internationale de droit comparé*, 23 (1971), págs. 533, 548-51.

disciplina de las ordenanzas— DIO han abierto el camino, en cambio, a una profunda y progresiva adecuación del derecho procesal a las nuevas exigencias culturales y económicas de una sociedad compleja y en rápida transformación, como es la sociedad italiana de la época posterior a la última, guerra ¹⁰: exigencias entre las cuales no puede dejar de enumerarse la de un procedimiento civil rápido y eficiente, adherido a los hechos y flexiblemente adecuado a las circunstancias del caso, como puede ser solamente un procedimiento basado, por regla general, sobre los criterios de la concentración, la inmediatez, la libre admisión y evaluación de las pruebas, y en suma sobre la "oralidad".

La gran novedad en la historia contemporánea del derecho italiano — sustancial y procesal— está representada, en cambio, por la Constitución republicana, resultante de la confluencia de los ideales antiautoritarios, liberales y sociales de las fuerzas políticas de la Resistencia y del antifascismo. En vigor desde el 1° de enero de 1948, se mantuvo desafortunadamente por varios años casi enteramente inaplicada hasta que entró en funciones la Corte constitucional, la cual, desde 1956, ha venido desarrollando con vigor encomiable su tarea de "garante de la Constitución"¹¹.

Los efectos de esta novedad se han hecho evidentes también en el campo del proceso civil ¹² no únicamente en relación a ciertos institutos, normas y principios de éste, sino también en relación al planteamiento general y quisiera decir a la "filosofía proceso. La Constitución afirma la accesibilidad de *todos* -a la tutela jurisdiccional, y por lo tanto también de aquellos que - por su condición económica y cultural, no están en grado de afrontar los costos, los formalismos, la duración, excesiva de un -proceso "escrito"; la Constitución prescribe además un concepto efectivo y no

¹¹ Véase el vigoroso escrito de P. CALAMANDREI, *La Costituzione e le leggi per attinarla* en *Opere Giuridiche* (al cuidado de M. CAPPELLETTI), III, Napoli, Morano, 1968, págs. 511-95.

¹² Para un análisis de la jurisprudencia constitucional relevante respecto al proceso civil, véase M. CAPPELLETTI & V. VIGOKITI, / *diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano*, en *Riv. dir. proc.*, 26 (1971), pág. 604.

meramente teórico, de *igualdad*, al cual también las partes en el proceso civil se pueden referir. Aquel deber de *solidaridad y > laborarían recíproca* de las partes, que sólo vagamente emergía de algunas normas del código de 1940-42 (por ejemplo, del art 88 que establece un deber de lealtad y probidad entre las partes, norma privada por lo demás de sanciones adecuadas), encuentra ahora un apoyo más firme en la Constitución. Lo mismo vale, y con mayor razón, para aquella concepción *social* de la justicia, y para aquella función *social-asistencial* del juez, que como se ha visto pueden hacerse efectivas solamente en un proceso "oral", o sea en un proceso que ponga al juez en una relación personal, directa, inmediata con las partes, con los hechos, con las pruebas.

Sin contener referencias explícitas a. la oralidad del proceso, la Constitución republicana asume por lo tanto un gran relieve también para el tema que nos concierne: y se trata de un relieve no solamente potencial y proyectado hacia el futuro, sino ya manifestado en ciertas decisiones de la Corte constitucional, que aquí desafortunadamente no se pueden relatar¹³.

Otra gran novedad en la historia contemporánea del derecho (y, esta vez, del derecho no sólo italiano, sino europeo), está constituida por la "Convención europea para la salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales", suscrita en Roma el 4 de noviembre de 1950 por los Estados miembros del Consejo de Europa y hoy en vigor en 15 Estados del viejo continente. La Convención, la cual en conjunción a su eficacia de derecho internacional tiene además valor automático de ley interna para Italia, prescribe entre otras cosas dos garantías procesales que tienen una relación estrecha con nuestro tema. Se trata de las garantías de la *publicidad* de los procedimientos y de las decisiones, y de que las decisiones sean emitidas *dentro de un lapso razonable de tiempo*. Como se ve, todos los textos normativos verdaderamente modernos y progresivos, tienden hacia la realización de un tipo de procedimiento *abierto, público, rápido, y por consiguiente, en términos generales, oral*.

7. — Desgraciadamente la realidad procesal italiana está aun bien lejos de haber realizado la tendencia indicada por estos textos más progresistas. El

¹³ Véase una reseña detallada en la 06. *ult. di.*, págs. 615-46.

proceso civil italiano, como se ha visto, es lento y complicado; las relaciones directas del juez con las partes, con los hechos y con las pruebas, son muy limitadas y frecuentemente entumidas entre esquemas formalísticos y anticuados; la admisión y evaluación de las pruebas son frecuentemente entorpecidas por reglas apriorísticas, que no son en nuestro tiempo aceptables.

El cuadro derivado es extremadamente contradictorio. Sin embargo, es un cuadro que refleja fielmente la actual realidad social italiana, una sociedad en la cual lo viejo y lo nuevo se mezclan como las sombras y las luces de un claroscuro: una sociedad —sin duda— en veloz y profunda evolución sobre el plano cultural y económico y por lo tanto sobre el plano jurídico. Ciertamente, las resistencias a las transformaciones, también a las más obviamente necesarias, son fuertes y frecuentemente empedernidas. Esto se ha podido constatar también en los últimos meses, cuando un proyecto legislativo orientado a reformar el proceso civil en materia laboral¹⁴, en tal sentido de convertirlo en un proceso oral, inmediato, concentrado, informal —proyecto aprobado por una de las ramas del Parlamento en julio del año pasado— se ha encontrado con una violenta reacción negativa de muchos ambientes no solamente políticos, forenses y judiciales, sino también científicos¹⁵.

Se trata sin embargo —estamos convencidos— de resistencias que a fin de cuentas no podrán prevalecer. Y nos alienta en este convencimiento también el hecho de que el ideal de un proceso oral permanece en el centro de los intentos más serios de reforma no únicamente en Italia, sino también en tantos otros países del mundo —como en este vuestro México—, que hoy generosamente nos hospeda en el encanto de sus grandes tradiciones de belleza y de civilización*.

¹⁴ El proyecto puede leerse en *Foro italiano*, 94 (1971), V, ce. 205-16; véase el comentario de V. ANDRIOLI a las ce. 75-79. Véase además nuestro estudio *Una procedura nuova per una nuova "giustizia del lavoro"*, en *Riv. giur. lav.*, 22 (1971), págs. 283-304.

¹⁵ Véase el vol. *Incontro sul progetto di riforma del processo del la-varo*, Milano, Giuffrè, 1971.

* (Conferencia dictada en la universidad de la ciudad de México, 13 de marzo de 1972).

LECTURA II

EL RANGO MAYOR DEL ARTÍCULO 48 DE LA LEY 1149 DE 2007

Eduardo López Villegas

Magistrado Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral

Antes de abordar el tema que se anuncia con el título, quisiera llamar la atención sobre el contexto social y el estado de cosas en el mundo judicial respecto a los cuales se expidió la ley procesal laboral.

1. Vivimos en una sociedad que ha tenido transformaciones extraordinarias, en la que el cambio mismo ha cambiado, se ha acelerado radicalmente; la velocidad de los sucesos se ha precipitado; el paso de la marcha de la historia es vertiginoso.

La intensidad y permanencia del fenómeno de aceleración social, quedan retratados en las siguientes imágenes que nos trae un de los sociólogos más influyentes de la actualidad, Zygmunt Bauman, que refiriéndose a quienes son actores de la modernidad líquida, dice: *Y se mueven porque no pueden parar. Son como bicicletas: el único modo de que no se caigan es seguir pedaleando. Es como si obedecieran el precepto de Lewis Carroll: < lo que es aquí, como ves, hace falta correr todo cuanto pueda para permanecer en el mismo sitio.*

16

La carrera en la que está inmersa la sociedad, hace que las instituciones compitan en reducir los tiempos para tramites y gestiones; la proverbial

¹⁶ Bauman Z. Vida Líquida, Barcelona, Paidós, 2006, 176.

lentitud de la administración de justicia se percibe en ese agitado escenario como el de un actor que no pedalea, que no hace lo suficiente siquiera para mantenerse donde estaba; si en otros ámbitos el plazo de meses fue pulverizado, pues ahora para alcanzar esos mismos resultados sólo requieren instantes, la labor de los juzgados, impasible, no ha tenido modificaciones sensibles, como en estado de exasperante quietud, en la que sigue imperando el dicho según el cual la duración de un proceso ordinario es la vida útil de un abogado; y esta es ya una realidad intolerable en un mundo envuelto en una telaraña de redes y conexiones que han ultimado distancias, en el que desapareció el largo plazo; aquella y este son especies en vías de extinción.

A la ley de impulso a la oralidad en el proceso laboral y de la seguridad social le precedieron foros a las que asistió la comunidad jurídica en todo el país; hubo coincidencia nacional en que el camino del mejoramiento de la administración de justicia era la oralidad; una verdad que se impuso por sí misma, estaba por fuera de discusión, era el tópico a partir de la cual se desarrollaba la controversia limitada a precisar las formas de cómo cumplir con la oralidad.

Bien vale como hipótesis que la necesidad de acompasar el ritmo de la justicia con la marcha general de los acontecimientos sociales, aconseja la oralidad como medio de aligerar el equipaje del expediente, destrabar los procesos, y de imprimir rapidez a las decisiones.

Pero a la par del afán que se apodera del mundo se presenta otro fenómeno característico de los últimos 25 años; la red de conexiones múltiples, inestables, complejas que han desarticulado los tejidos tradicionales tienen que ser recompuestos por el derecho, con la adopción de reglas y estatutos, que ya no valen como antes, sino que tienen que ser concebidos para que sean completados por un juez dotado de poderes discrecionales con los que se pueda llevar a cabo el acople con la realidad social, imposible de pergeñar desde la generalidad de la ley.

Son signos inequívocos de la complejidad social, la inflación legislativa, la desmembración de un tronco común de variadas disciplinas jurídicas; lo que causaba perplejidad hace una década, cuando se constaba que del derecho civil, en cien años, se hubiera desprendido el comercial, el laboral y el agrario, hoy es moneda corriente; en veinte años en el derecho comercial, cada actividad ha adoptado su propio estatuto, el financiero, el petrolero, el transportador, las telecomunicaciones, y no es extraño que

cada uno de ellos se halla diversificado en derechos tan diferentes como el de la televisión y el de la telefonía, o el de fondos de inversión y el de cuentas corrientes.

El derecho como todos los saberes entró en crisis epistemológica, y no hay ninguna de ellos que pueda evitar enfrentarse a una zona de incertidumbre respecto a las que no existen fórmulas probadas; aquella realidad que creía palpar Weber de un derecho de *extraordinaria transparencia y precisa inteligibilidad de sus determinaciones* se esfumó; hoy el derecho objetivo no es una realidad plasmada en un texto; es una guía para un juez demiurgo del derecho.

Nuestro Código Civil, la expresión apoteósica del positivismo jurídico, fue expedido con la vocación para regular la universalidad de la vida jurídica de la persona, y dedicó tres artículos de dos mil seiscientos ochenta y seis, para sortear las dificultades con las que podría tropezar la aplicación de alguna de sus normas, en los casos de dudas, de oscuridad, incongruencia o vacíos de la ley, autorizando al juez a acudir a los principios, naturales, a la equidad, y a las reglas generales del derecho; el legislador de hoy es conciente de que sus limitaciones, de que su poder decisorio se agota y vierte en textos inacabados, que sólo alcanzar su forma final con el concurso del juez; los Estatutos de la legislación social, la laboral y la de seguridad social, los inaugura una declaración de objetos, objetivos, características, y de media docena de principios generales que han de presidir toda la interpretación de las centenas de artículos que le siguen. Todo ello tiene una certidumbre: la "juridización" de la sociedad le impone depositar mayor confianza en el juez, regresarle la fe perdida, cuando justo por ello se impuso el procedimiento escrito en el derecho canónico, el universo jurídico de la Edad Media; ciertamente hace ochocientos años, la Decretal de Inocencio III motivo tal decisión en la necesidad de proteger al *inocens litigator* contra una *falsa afirmación de un juez inicuo*.

2. No se puede minimizar el enorme esfuerzo que hace la jurisdicción ordinaria laboral por atender la agobiadora carga procesal, cuyo crecimiento dinámico responde a la diversidad de causas, unas propias del tiempo en que se vive.

Vivimos una época de tránsito de un mundo laboral representado por el trabajador que envejecía al alero de la empresa que lo recibió como aprendiz, que se deja atrás por uno en el que la consigna es el de que la empresa que no cambie la arrasa el mercado, y por obra de la cual se instala el reino de la precariedad; en Seguridad Social no se vive hoy en los años gloriosos del Estado Providencia, cuando el bienestar se ofrecía con generosidad; se evoluciona hacia un Estado que prefiere escapar de esas responsabilidades apelando al principio de la incumbencia, para que cada uno se responsabilice de su propia vejez.

Pero hay otras causas que son de naturaleza patológica. Los jueces son víctimas de la incontinencia del *animus querulandi*; no se entienda como reproche al evidente mejoramiento de las condiciones de acceso a la justicia, ni al afortunado acercamiento de los despachos judiciales al ciudadano; pero si a la forma de acudir a los Despachos como a un bazar judicial a probar suerte, alentados con la inestabilidad de una jurisprudencia conducida al alimón entre jurisdicciones paralelas; desapareció aquel escenario en que la demanda laboral era el último recurso luego de infructuosas y pacientes reclamaciones por derechos sobre los que se tenía la convicción de tener.

Pero, la mayor de las afecciones es la que origina el Estado que difiere honrar sus responsabilidades, que ha perdido el sentido del cumplimiento espontáneo de sus obligaciones, en especial las de la Seguridad Social, y hace uso de los jueces como de un escudo para encubrir sus deliberadas dilaciones, distorsionando con ello la función judicial; el abandono de las gestiones por iniciativa propia de la Caja Nacional de Previsión obligó a la declaración judicial de un estado de cosas inconstitucional que ha perdurado por años; las sentencias judiciales, cuya finalidad es la de servir de guía a las decisiones administrativas para el correcto reconocimiento de derechos, nada pueden contra memorandos internos en los que se ordena resistir al cumplimiento de las obligaciones en los términos que ha esclarecido la jurisprudencia.

Y si se quiere poner las cosas en perspectiva, no puede faltar al cuadro general de causas patológicas las que se generan dentro de la misma administración de justicia.

La justicia laboral y de la seguridad social lejos está de ser satisfactoriamente eficiente; los derechos sociales deben ser oportuna realidad, y no lo pueden ser aquellos derechos que como la pensión de

vejez que se estima se puede gozar por quince años, siete de ellos se consuman litigando por el derecho.

El primer mensaje que se envió desde la Corte Constitucional fue el de que los jueces debían asumir con prioridad ¹⁷ sobre las autoridades de las otras ramas la realización de los derechos fundamentales; esto ha creado un escenario judicial conflictivo superlativo; el juez ha dejado de ser quien resuelve los casos extremos, confusos y difíciles, y ha pasado a inmiscuirse en la función administrativa de la seguridad social; no es suficiente que el médico avale la receta, sino que también debe contar con el peso de la decisión judicial, para que el paciente reciba los medicamentos, bajo reglas que favorecen a la administradora de salud, para la, finalmente, termina creando un derecho y así siendo la real beneficiaria de la tutela al obtener el reembolso de dineros por parte del Fosyga.

Y ese mensaje también tocó a las puertas de los jueces, que se sienten investidos de toda autoridad por encima de cualquier especialidad, cuando se les llama a fungir como jueces de tutela; esto ha creado una doble jurisdicción paralela, que divide lo que no debería ser dividido, la unidad del orden jurídico, bajo el pretexto de que el derecho constitucional y el legislado, son dos mundos diferentes, que surgen de visiones que aunque deberían ser coincidentes, se alega son distintas, y que conduce a que en la primera de ellas se obre con mayor laxitud, haciendo valer la supremacía de la Constitución como permiso para poner entre paréntesis la obligación incondicionada de someterse al derecho, a la ley, y con licencia para eximir de requisitos y exigencias legales a quien bien acredita urgencia y necesidades, y bajo el santo y seña de que se esta evitando la vulneración de los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales son de diferente clase y generaciones; primero fueron los civiles y los políticos, y luego los sociales, los económicos y los culturales. Entre ellos media un abismo institucional, el que va entre el Estado formal liberal y el Estado Social de Derecho, el que va entre los derechos pensados desde el individuo para el individuo, y los derechos pensados desde la colectividad para el individuo; la gran dificultad estriba que la inercia mental no ha permitido dar el salto de que

¹⁷ ¹⁷ La Corte Constitucional – sentencia T 406 de 1992, así lo proclamó la *nueva estrategia para el logro de la eficacia de los derechos: otorgarle de manera prioritaria a juez, y no a la administración o al legislador la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales* .

unos son los instrumentos, categorías y la racionalidad para juzgar sobre los derechos individuales y otra la de los derechos colectivos; toda prestación individual de un derecho de grupo tiene repercusiones que trascienden el escenario del expediente, del de los efectos interpartes. Como sobre este punto no volveremos, baste decir que la exigencia de proponer una reforma viable, impuso que sólo formarían parte del pliego de modificaciones al Código Procesal Laboral las modificaciones los temas sobre los que existiera consenso, y no lo hubo en la reuniones preliminares, como en la que la Comisión de expertos, que abordó el asunto de la formas procesales para cuando se discutieran derechos de interés colectivo para un grupo de trabajadores o afiliados, para garantizar coherencia e igualdad a través de una uniforme aplicación de una fuente normativa común, o para cuando el reconocimiento de unos aparejara desmedro de otros.

3. La Ley 1149 de 2007 dispuso en su Artículo 48. El juez director del proceso: el juez asumirá la dirección del proceso adoptando las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes, y la agilidad y rapidez en su trámite.

En el artículo 48 Código procesal Laboral, reformado por la Ley 1149 de 2001, se encierra la teleología del proceso, condición especial que la sitúa en un rango superior a las de las otras normas del mismo estatuto; erige la figura del juez como director del proceso, y le instruye sobre las finalidades cardinales que ha de perseguir en esa su función y a la luz de la cual debe leer y entender las demás normas del estatuto procesal, y enderezar sus actuaciones procesales.

El juez director del proceso es la personificación de la confianza con la que la sociedad rodea al juez, que viene a actuar en él no como uno más en un triangulo de iguales, conformado con las partes, sino que tiene la responsabilidad de encauzar su actividad procesal por las formas legales previstas expresamente, o en ausencia de ellas las que a su juicio resulten adecuadas para llevar a buen puerto la declaración de justicia en el caso particular puesto bajo su examen.

Un primer aspecto sustantivo es el de la celeridad del proceso; aquí hay una gran transformación; la rapidez con que se debe administrar justicia no es una calidad adjetiva, sino que hace parte de la sustancia de los

derechos sociales, económicos y culturales; la esencia de un Estado Social es la eficacia de los derechos, de los que ya no bastaba su declaración formal y programática como lo hacían las constituciones de corte liberal. Es un mandato expreso para el juez director del proceso y a la luz del cual se ha de leer todas las disposiciones procesales, y por las que se despejan dudas como las que genera la redacción del artículo que impone la realización de dos audiencias con objetivos definidos para cada una de ellas; su relectura a la luz de la celeridad nada impide, por el contrario impone, que una audiencia siga sin interrupción a la otra, si con la demanda y la contestación se acopian las pruebas necesarias para dirimir el conflicto.

Bajo esta perspectiva la sabia previsión del artículo 40 del Código Laboral de la Libertad de formas probatorias para cuando las leyes no prescriban una forma determinada, llena de contenido el mandato por el que el juez debe asumir su condición de director del proceso.

A la celeridad se propende con la concentración de la actividad procesal con la disposición perentoria de que esta no puede desplegarse en más de dos audiencias; esta finalidad choca con una serie de previsiones del procesal civil que permiten dilaciones y segundas oportunidades, que simplemente no caben dentro del diseño del 1149; en estos eventos el camino a tomar es el de la vía principal, el que ofrece mayor movilidad, el del artículo 40, con la consecuente pérdida de importancia de la vía 145, la que conecta por remisión al Código Procesal Civil; con los taponamientos de esta vía, el supuesto de que no existen leyes que prescriban formas especiales va a aparecer con mayor frecuencia, con la misma que debe el juez adoptar las que considere adecuadas para obtener la finalidad del proceso.

La celeridad de la oralidad no es una medida coyuntural para resolver la descongestión judicial, como quedó consignado en el documento de expertos que recomendó la reforma básica de la Ley 1149 de 2007; por el contrario es condición que los Despachos judiciales no tengan una carga histórica, ni abultados inventarios de procesos en trámite para que funcione eficazmente; la mejora de la administración esta cifrada en la mayor productividad de una actuación cuya memoria sea fidedigna, para lo cual se requiere que sea registrada audiovisualmente, sea seguro y expedito su archivo, recuperación y reproducción, para lo cual se requiere que se dote a los Despachos de medios tecnológicos modernos; este diseño

es modesto pues aspira a que la justicia cuente con instrumentos que son usuales en las más variadas actividades económicas y domésticas, en el sector productivo y en el de servicios, en entretenimiento colectivo y en el casero; si a la escasez de recursos se le suma una avara ambición, si a la pobreza la mentalidad de pobre, cediendo a la tentación de hacer rendir el dinero, limitando los medios a la grabación de audio en equipos artesanales, es enterrar las esperanzas de incrementar la productividad, y garantizar la pérdida de la calidad de la administración de justicia en la segunda instancia; dar el salto a la modernidad con implementos anticuados, es perder la oportunidad histórica de hacer de la justicia laboral y de la seguridad social ejemplo de excelencia del servicio, condenándola por décadas a ser servicio pobre, como de asistencia social en pabellones de caridad.

El mandato del juez a propender al equilibrio de las partes en la contienda jurídica tiene predilecta realización en el terreno probatorio, y un amplio campo para dar equitativa realización al principio según el cual incumbe a la parte probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico perseguido.

Un estatuto procesal es un catálogo de previsiones que inevitablemente son superados por la riqueza de eventos y situaciones que se aparejan y combinan en la realidad; no basta con ordenar que el interesado sea quien aporte la prueba; esta regla debe estar en permanente adecuación a las condiciones particulares, componiendo las cargas en el camino, para alcanzar el esquivo objetivo de la verdad material. La carga de la prueba es dinámica y tiene que ser ajustada a la medida de las posibilidades concretas que tienen las partes para recaudar el medio probatorio.

En reciente providencia de la Sala Laboral ¹⁸ en el tema de responsabilidad médica asentó sus tesis sobre la validez de la carga dinámica de la prueba en los procesos de su jurisdicción, y en un terreno de responsabilidad profesional donde no se deben dar por establecidos ni descartados el

¹⁸ C.S.J. Sala Laboral, sentencia de 22 de enero de 2008, radicación 30621; "Lo anterior no se opone a la exigencia de cumplir lo mandado en el artículo 177 del C.P.C., como lo reclama la censura, porque a la luz de este precepto, la Sala de Casación Civil, en materia de responsabilidad médica -sentencia de 13 de diciembre de 2002-, ha acudido a la carga dinámica de la prueba, como medio para distribuirla equitativamente, y como mención ilustrativa, por cuanto no es una norma aplicable *in casus*, es deber del juez laboral bajo el imperio de la Ley 1149 de 2007, que le impone al juez como director del proceso velar por el equilibrio de las partes".

baremo de culpa, la presunción de responsabilidad, ni asignación rígida de deberes probatorios; en un campo de tan variadas actuaciones, el diagnóstico, la intervención, el tratamiento, en el que concurren multiplicidad de causas, en campos que unos son bien esclarecidos por la ciencia. El juez ha de desplegar toda su condición de director del proceso para buscar un equilibrio de las partes, que no le exija a los pacientes la prueba diabólica para sacar adelante sus reclamaciones, ni exponga al médico a hacer de la preparación de defensas jurídicas de su práctica médica su segundo destino.

Y el tercer y último aspecto es el deber del juez prevenir la vulneración de los derechos fundamentales.

Aquí las aguas vuelven a su cauce; la infortunada deconstrucción jurídica promovida desde la Corte Constitucional, proponiendo un sistema esquizofrénico, de doble personalidad, en el que al derecho legislado se le imponía una que no concuerde con la del derecho constitucionalizado, a la voz de que la perspectiva del derecho visto desde la Constitución Política es diferente a la que se tiene si se mira desde la ley, bajo el supuesto de tratarse de mundos separados por un foso insuperable en el que las decisiones de legalidad de los jueces quedan en el territorio de lo infra constitucional, sus decisiones relegadas a cosa juzgada relativa, pues se le considera vedado que penetre a un escenario de iniciados, de visionarios poseedores de un método especial de interpretación del derecho, para los que se les reservaba el coto de la cosa juzgada constitucional; y a una jurisdicción declara incapaz de proteger eficazmente los derechos fundamentales.

Todo este engendro vive artificial y milagrosamente, y fue necesario que el texto normativo dijera lo obvio para que regrese el sentido común, el que el juez ordinario debe proteger los derechos fundamentales, que la finalidad del proceso ordinario es garantizar la realización de los derechos fundamentales, como de los económicos, sociales y culturales.

La importancia del artículo 48 del C.P.L. no está en su redundante texto, cuando dice que un juez debe proteger los derechos fundamentales, sino en la historia de ofuscamiento que esclarece, y en la victoria que significó descubrir y neutralizar el gen del egoísmo de la tutela, que había invertido la ecuación de manera que los derechos fundamentales existan para que puedan presentarse acciones de tutela; no es esto retórica, porque esa tesis se esgrimió con buen éxito, y logró enterrar otra propuesta prevista en el

proyecto de ley que dio origen a la 1140, el proceso especial de salud, expedito, en el que las decisiones del juez de primer instancia podía cumplirse de inmediato, sin perjuicio del trámite de la apelación; aquí imperó, que lo importante era la tutela, aún por encima de los derechos fundamentales, que la prioridad la tenía la salud de la tutela sobre la de los ciudadanos, con un tesis que llevadas al absurdo sostiene que es mejor mantener un estado de vulneración de los derechos para que florezca la tutela.

Esta disposición ha de poner punto final a jueces de doble personalidad, aquellos que asumen una para encarar un proceso ordinario, y otra si se le llama a actuar en tutela; con el artículo 48 en comento, es dentro del mismo proceso ordinario que el juez debe tomar aquellas prevenciones que proceden si fueran reclamadas u oficiosamente adoptadas en el trámite de una acción de tutela; el juez esta llamado a tomar medidas provisionales que suspendan o eviten la vulneración de derechos fundamentales, que con seguridad serán más apropiadas pues las adopta el especializado, que tiene la visión panorámica de la controversia, ya mirando el sistema de seguridad social o el mundo laboral sobre el que adopta a diario decisiones, ya respecto a la controversia particular, la misma que debe llevar hasta su culminación, y por ello, en capacidad de evaluar la oportunidad y conveniencia de la medida provisional con respecto a la eventual decisión final.

La tutela esta instituida para proteger los derechos fundamentales, aseveración que supone que se trata de derechos ya establecidos; en principio la tutela no es el mecanismo para dilucidar si el derecho existe o no; habría que acudir a otros medios de defensa judicial y como reza la Constitución no procede la tutela si el afectado dispone de ese otro medio. Hay un conjunto de controversias que parten del supuesto de la existencia del derecho y de la correlativa obligación, sin que además halla duda sobre su contenido; la controversia gira en torno a la titularidad de quien lo puede reclamar o de quien lo debe pagar.

La ley autoriza a la entidad obligada a reconocer una pensión de sobrevivientes que suspenda su reconocimiento o pago hasta tanto la controversia entre beneficiarios sea resuelta en estrados, que el juez lo otorgue a quien acredite el mejor título entre la cónyuge y la compañera permanente, o entre varias compañeras permanentes. Pero ocurre que, una reclamación a la que por lo general la acompaña la afectación de

derechos como el del mínimo vital, o el de la salud de personas de la tercera edad, el juez puede adoptar decisiones que anticipen la que puede ser la definitiva, o sin que sea óbice el riesgo de no acertar, otorgue el derecho de manera compartida, o parcialmente; finalmente se trata de disponer el pago de un derecho no controvertido, sin que se haga más gravosa la situación del obligado, pues las restituciones mutuas cuando las haya, quedan a cargo de las beneficiarias, y si estas no se obtienen es una afectación que resulta menor si se le pondera respecto al beneficio que significa evitar la vulneración de derechos fundamentales.

Una discusión de contornos semejantes es la que se presenta cuando no hay duda que un afiliado debe ser protegido por el sistema de seguridad social pues está afectado de una invalidez, por la que sin duda debe recibir una prestación ya como indemnización sustitutiva ya como pensión; al juez le corresponde dirimir de ella si tiene por causa el hecho de vivir, o el hecho de trabajar, y consecuentemente si debe ser asumida por la administradora de riesgos profesionales o por la administradora de pensiones de invalidez vejez y muerte. Lo que ha de ponderar, entonces el juez, es la repartición de riesgos por la tardanza en la dilucidación del origen de la invalidez cuando se está en frente a una posible afectación de derechos fundamentales, como el de mínimo vital o el de la salud; el único que puede asumir con holgura los riesgos es el sistema, en cabeza de cualquiera de las dos administradoras, sin que ellas se expongan a pérdidas económicas, ya para cuando se reglamenten mecanismos restituciones o de compensaciones entre ellas, o simplemente, si de dichas de decisiones judiciales que resuelvan provisionalmente sobre las pretensiones, en aras de la protección fundamental de la persona, las agremiaciones, las administradoras, o los entes de control, adoptan medias o diseñan mecanismos que permitan restituir las sumas pagadas a la administradora que finalmente no resultó ser la obligada; no todo ha de depender de reglamentos específicos, y en todo caso estos vacíos no pueden ser cargados a la costa del afiliado.

Adquiere especial importancia las facultades del juez director del proceso para proteger los derechos fundamentales y en especial el de la igualdad, en una coyuntura por la que hoy atraviesa la gestión de la seguridad social en pensiones, atrás referida, para cuando no hay duda de la existencia del derecho pensional que se reclama, o del monto con que este debe ser pagado, y esto puede ser liminarmente establecido a través de las

reiteradas jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia, o a través del cotejo de resoluciones administrativas que definen situaciones sustancialmente iguales a las que se reclama. La defensa de los derechos fundamentales no debe ceder frente a estados generalizados de inconstitucionalidad, como las que se han declarado respecto a algunas administradoras de pensiones, o frente a decisiones administrativas de las que se puede predicar una actitud obcecada de la administración a reconocer derechos sobre los que ya, por la reiteración de las decisiones judiciales, no debe caber duda.

Bien se ha de precisar que el principio de la igualdad en la aplicación de la ley, no es como lo suponen algunos, la un derivado, un sucedáneo del principio de la confianza en la administración, de modo que así como a mi vecino le hicieron la acometida de acueducto a mi me deben dar igual trato, acometida o sentencia judicial; sólo se imparte justicia si se respecta el debido proceso para las dos partes en contienda, con todo el haz de garantías que este derecho fundamental apareja; el juez se ha de sujetar a la verdad probatoria y a las incidencias procesales que corren suertes distintas, aún las reclamaciones sean las mismas; los interesados no escogen el juez, este es quien resulte según las reglas de repartos de competencia y de sorteo; el es el juez natural que debe dictar sentencia a su leal saber y entender; que este debe ser coherente consigo mismo, sin que ello suponga que la tesis que acogió para decidir por ser la mejor, no pueda ser posteriormente revaluada por hallar otra que la supera; el derecho en esencia es corregible; y, menos le obliga otras decisiones de sus pares, que no tienen prioridad simplemente porque hallan sido primero dictadas; de la sagrada autonomía del juez se deriva su responsabilidad que sólo puede asumir si obra según su propio criterio.

LECTURA III

ORALIDAD EN EL PROCESO LABORAL

--DESAFIO EN MARCHA EN LA BUSQUEDA DE IDEALES DE JUSTICIA--

Isaura Vargas Díaz

Magistrada Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral

Para la consolidación de un real y democrático Estado Social de Derecho, impostergablemente, se requiere un Poder Jurisdiccional con capacidad de brindar respuesta oportuna y efectiva a las necesidades de justicia de todos y cada uno de los

miembros de la sociedad. Y esa oportunidad y efectividad no se logran sino cuando cuenta el juez, que es a través de quien se personifica el Estado, con procedimientos que a la vez que garanticen el derecho de defensa de las partes en conflicto, permitan resolver con prontitud y eficiencia, pero también con ponderación y justicia, las controversias ante él presentadas.

Las políticas del Estado tendientes a la reforma del sistema judicial colombiano como respuesta a las crecientes necesidades de justicia deben prever, en consecuencia, mecanismos e instrumentos de solución de conflictos acordes con los postulados de ese Estado Social de Derecho, más aún, en campos como el del derecho del trabajo y de la seguridad social, pues en ellos reposan en buena parte las expectativas de los asociados por una sociedad más justa y equitativa.

La oralidad propuesta en la Ley 1149 de 13 de julio de 2007 (Diario Oficial 46.688), se plantea así como una regla de procedimiento de gran utilidad para alcanzar los ideales de justicia material que reclaman, tanto los trabajadores y sus empleadores, como los usuarios y dispensadores de servicios del vigente sistema de seguridad social, ello en busca de una justicia que propugne por la dignidad humana.

Como regla instrumental del proceso, la oralidad ha acompañado a la jurisdicción laboral desde su nacimiento en el contexto del derecho procesal patrio. Fue así como inicialmente la Ley 57 de 1915 defirió el procedimiento para dirimir las reclamaciones por reparaciones por accidentes de trabajo y sin distingo de su cuantía al 'ordinario' de la época, ante los jueces municipales y frente a determinadas empresas—antecedente más remoto para algunos doctrinantes de los estatutos laborales nacionales—. Luego la Ley 10 de 1934, entre otras disposiciones de orden penal y político estableció unos derechos para los trabajadores particulares entre los que merece destacarse el de la jornada laboral máxima de 8 horas diarias; y ordenó que las controversias surgidas por aplicación de esa ley y mientras se establecía una jurisdicción "*especial*" para

ventilarlas, se tramitaran por el procedimiento *'verbal'* de que trataba el Título 46 del Libro Segundo (artículos 1208 a 1213) del llamado *"Código Judicial"* o Ley 105 de 1931. Más adelante, con fundamento en las facultades extraordinarias previstas en el artículo 121 de la Constitución Nacional de 1886 e invocando el Acto Legislativo número 1 de 1940, el Gobierno de ese entonces, bajo la segunda presidencia de Alfonso López Pumarejo, expidió el Decreto Legislativo 2350 de 1944 que abrió paso y dio luz a la denominada *"jurisdicción especial del trabajo"*, e introdujo por primera vez en la legislación procesal, amén de una estructura orgánica judicial propia, en su artículo 37, el llamado *'procedimiento oral'* para definir las controversias suscitadas en el naciente mundo de la disciplina del derecho del trabajo.

Dicho estatuto, que luego sería convertido en legislación permanente por la Ley 6ª de 1945 con algunas modificaciones que ésta le introdujo, confirió facultades *"pro tempore"* al presidente de la República para que expidiera las normas procedimentales reglamentarias que regulara la actuación de los nuevos jueces y tribunales del trabajo, teniendo en cuenta como directriz de sus actuaciones la *"oralidad"* ; pero dicho gobernante prefirió presentar al Congreso de la República un verdadero proyecto de Código Procesal del Trabajo que recogía las tendencias internacionales más recientes en esa materia y que daba autonomía al procedimiento laboral en forma íntegra, motivado, entre otras razones, por el *"predominio de la palabra como medio de expresión, sin embargo, por el empleo de la escritura como medio de preparación y documentación"*. Proyecto que no fue acogido por el legislativo, quien dispuso, en su lugar, retornar al procedimiento verbal del Código Judicial (Ley 75 de 1945).

Finalmente, y ante situaciones de orden social bien conocidas en la historia nacional que condujeron a decretar turbado el orden público por el año de 1948, en ejercicio de las mismas facultades del artículo 121 constitucional, el primer mandatario expidió el Decreto Legislativo 2158 de 1948 que, con las luces de los entonces magistrados del

Tribunal Supremo del Trabajo y la experiencia que arrojaba la infante jurisdicción de la especialidad, entró a regir el 8 de julio de ese año, pasando a la historia, después de ser autorizado por el legislativo como norma permanente, con base en facultades extraordinarias conferidas al Presidente en cita del ordinal 12 del artículo 76 constitucional de entonces, en el hoy, con las modificaciones, reformas y demás accidentes legislativos posibles en sus 60 años de vida, actual Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Estatuto procesal primigenio que en su artículo 42 establece el procedimiento por audiencias bajo la égida de la *"oralidad"*, y que en su artículo 48 introduce un ideal de justicia, esto es, que el juez, con independencia de la precariedad de la logística que de siempre ha afectado la operatividad del aparato judicial, como la insuficiencia del recurso humano para atender la demanda de justicia, dirija el proceso *"en forma que garantice su rápido adelantamiento, sin perjuicio de la defensa de las partes"*.

No es entonces en la recién nacida Ley 1149 de 13 de julio de 2007, que entró a regir la *"oralidad"*, ella hace sesenta años encontró su génesis en el derecho procesal laboral colombiano, con la perentoriedad de ser obligatoria *"so pena de nulidad"* su preterición, --artículo 3º de la ley y 42 del C.P.T. y S.S.--, por ello espera la sociedad colombiana que sea, como lo debemos pretender todos los actores jurisdiccionales, una respuesta efectiva a los clamores de justicia que apremian la vida de nuestros ciudadanos. Por eso, la importancia que representa su conocimiento inmediato en quienes de cualquier forma intervenimos en el proceso judicial, ya como partes, ora como jueces y aún, como particulares.

Son varias las peculiaridades que acompañan esta normatividad y muchos los interrogantes que se desprenden de su simple lectura, falta ver cuántos más surjan de su operatividad. Sin embargo, el tiempo y la jurisprudencia deben darnos las respuestas a los primeros y, seguramente, el mismo legislativo como el ejecutivo, a la

par con los órganos que administran la Rama Judicial, antes que tarde, las de los segundos, pues de no ser así, los loables propósitos del legislador y los enormes esfuerzos que partes y jueces concursan en su operación se verían frustrados tornándose dichos preceptos en *"meros dictados"* alejados del reclamado concepto de *'justicia social'* que todos perseguimos.

En este sentido parece conveniente realizar una serie de ejercicios hipotéticos de cara a la búsqueda de la real efectividad de la oralidad, con la única pretensión de sembrar inquietudes jurídicas para su real fortalecimiento, así:

1.-Aplicación de la Ley: El artículo 17 reza " Vigencia y derogatoria. La presente ley entrará en vigencia con su promulgación y, su aplicación se efectuará de manera gradual de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la presente ley..."

Una primera lectura de la norma impone diferenciar dos aspectos: a) la vigencia de la ley procesal en el tiempo; y b) su aplicación. En cuanto al primer aspecto debe decirse que constituye principio rector el que las normas procesales son de aplicación inmediata y rigen sólo para el futuro, pues permitir, así sea excepcionalmente, su aplicación retroactiva resta confianza a la administración de justicia, tal como lo regula el artículo 40 de la Ley 153 de 1887: *"las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir"*; idéntica directriz plasma el referido artículo 17 al señalar *"La presente ley entrará en vigencia con su promulgación"*, la cual se efectuó el 13 de julio de 2007 en el Diario Oficial 46688, habilitando así su vigencia desde esa data.

En cuanto al segundo, referente a que su *"aplicación se efectuará de manera gradual"* en máximo cuatro años a partir del 1º de enero de 2008 --artículo 16--, y en la medida que se cumplan circunstancias y condicionamientos de organización judicial, surgen diversos criterios: a) solamente al vencimiento de los dos años y en espera de su

reglamentación; b) la aplicación podrá ser escalonada en el ámbito geográfico, similar a la del sistema penal acusatorio; c) esos condicionamientos no son absolutos y existen disposiciones que permiten desde ya la efectividad de la oralidad, a manera de ejemplo: el artículo 7º, modificadorio del 48 del C.P. del T. y S.S., en cuanto a los deberes del juez como verdadero director del proceso; el artículo 8º, modificadorio del artículo 53 del C.P. del T. y S.S., al situar la solidez y formación del juez al servicio de la rectitud y celeridad del proceso; el artículo 14, modificadorio del artículo 69 del C.P. del T. y S.S., al propender por la protección de los recursos del erario público y velar por la incidencia de la seguridad social en la ciudadanía.

2.- El eje cardinal sobre el que se orienta el nuevo procedimiento oral laboral es el de agotar la instancia del proceso en dos audiencias, la primera para conciliar o, en su defecto, para decidir las excepciones previas propuestas, la de prescripción, cuando no hubiere discusión sobre la fecha de exigibilidad de la pretensión, de su interrupción o de su suspensión, y la de cosa juzgada. También, para adoptar las medidas de saneamiento que requiera el proceso a efectos de evitar nulidades y sentencias inhibitorias y para fijar o focalizar el conflicto. Es decir, esta audiencia se adelanta en términos similares a los previstos en el artículo 39 de la Ley 712 de 2001 que modificó el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social—como a partir de dicha ley se le denomina--, pero varía en cuanto que, no podrá suspenderse—artículo 5º de la ley y 45 del C.P.T. y S.S.--, se desarrollará sin solución de continuidad hasta agotarse su objeto, y se podrá habilitar para ello el tiempo que se requiera—ibídem--.

Precisa igualmente la disposición que antes de terminar la audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio, se citará a la partes y se les informará mediante aviso colocado en la cartelera del juzgado en un lugar visible al día siguiente para la segunda audiencia—artículo 5º de la ley y 45 del C.P.T. y S.S.--.

En esta misma audiencia el juez, una vez haya decretado las pruebas que fueren conducentes y necesarias, extenderá las órdenes de comparendo que sean del caso bajo los apremios legales, y tomará las medidas necesarias para la práctica de pruebas en la segunda audiencia, disponiendo, si es del caso, o con antelación suficiente, el traslado a las partes del dictamen pericial –artículo 11, Parágrafo Primero, numeral 4, de la ley y 77 del C.P.T. y S.S.--.

Hipótesis para reflexionar:

1.- Si en esta audiencia se decide de manera adversa la excepción de "*prescripción*", por discrepancias en cuanto a si se suspende o no el término prescrito en agonía por las vacaciones judiciales, -- y el auto que niega la prosperidad de la excepción fue apelado—y pasan más de los tres meses que permite la nueva ley como intervalo para la segunda audiencia, el juez como director del proceso se encuentra ante diversas variantes:

a- ¿No realiza la audiencia de trámite y juzgamiento por estar sin definición la apelación en tema trascendente?

¿Ante la derogatoria expresa en el artículo 17 de la Ley 1149 de 2007 del artículo 85 del C.P. del T. y S.S., al no establecer términos en la segunda instancia para adoptar la decisión de apelación de autos, cómo hacer global la celeridad procesal?

¿Realiza audiencia de trámite y juzgamiento y mucho después llega la decisión del Tribunal donde se declaró probada la excepción de prescripción, qué pasa con lo adelantado en la audiencia de trámite y juzgamiento?

b.- Se niega a decretar y practicar una prueba en la audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio. La parte que se siente

afectada apela y pasa la fecha de la audiencia de trámite y de juzgamiento sin llegar del juez de segundo grado la decisión. Porqué caminos puede optar el juez?.

¿Si llega la decisión del Tribunal accediendo al decreto y práctica de prueba y se interpuso y concedió apelación de la sentencia de primera instancia, devolverá el juez de primer grado la actuación al Tribunal para los efectos del artículo 82 del C. P. del T. y S.S., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007?.

¿Será sano y compatible en aras de lograr la verdad real no realizar la audiencia de trámite y juzgamiento en espera de la decisión del *ad quem*?.

c.- Verbigracia, en un proceso donde se controvierte el porcentaje de pérdida de capacidad y la fecha de su estructuración para efectos de la pensión de invalidez, en desarrollo de lo dispuesto en el decreto de pruebas se libran oficios a terceros, se ordena la calificación del porcentaje de invalidez o la práctica de unos testimonios para determinar si el origen fue de riesgo profesional y se agotan los tres meses de intervalo entre las dos únicas audiencias y el dictamen se encuentra en apelación, ante tal encrucijada, el juez opta por:

¿Priorizar el rigorismo procesal, dejar el proceso sin la prueba vital y proferir sentencia sin ella?.

¿Dar prevalencia al derecho sustancial y en aras de conseguir el dictamen de la Junta de Calificación en firme, elaborar un criterio jurisprudencial de qué se entiende por "*habilitar*" y propugnar por el logro de esa prueba vital para la decisión de fondo?

3.- Ante la innovación de la figura del "*aviso*", conviene determinar:

¿Si constituye una nueva modalidad de notificación o no para la publicidad de las actuaciones judiciales; en caso positivo cuál sería el término de fijación y las consecuencias de su omisión?

4.- Además, por eliminarse el concepto de primera, segunda y tercera audiencias de trámite que existía, allí mismo deben proponerse por las partes los incidentes a que haya lugar, fundados en hechos que la antecedan, aportándose por éstas las pruebas que los sustenten— artículo 2º de la ley y 37 del C.P.T. y S.S.--.

El precepto en cita dispone que *"quien los propone deberá aportar las pruebas en la misma audiencia"*, surge la inquietud de cómo hacer para no vulnerar el derecho de defensa del incidentado ante la sorpresa de su presentación y de no contar allí con los medios probatorios ni con la posibilidad de suspensión para contraprobar.

5.-Y una segunda y última audiencia, que se denominará *"de trámite y de juzgamiento"*—artículo 4º de la ley y 44 del C.P.T. y S.S.--, que condensará lo que antaño se cumplía en las llamadas audiencias de trámite, cuyo número podía ser hasta cuatro —artículo 44 C.P.T. y S.S.—y la de juzgamiento—ibídem--

En esta segunda audiencia, en la que el juez, como en la anterior, actuará como director del proceso, adoptando las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes, la agilidad y rapidez de su trámite —artículo 7º de la Ley y 48 del C.P.T. y S.S.--, e, inclusive, limitando la duración de las intervenciones de partes y sus apoderados, sin afectar su derecho de defensa— párrafo 2º, artículo 3º de la ley y 42 del C.P.T. y S.S.--, así como el número de testigos cuando considere que son suficientes los recibidos o los otros medios de prueba que obran en el proceso—artículo 8º de la ley y 53 del C.P.T. y S.S.--, se practicarán las pruebas decretadas y se oirán las alegaciones de los apoderados, preservando la pureza de los testimonios al recibirlos de manera separada sin que unos escuchen a

otros en sus declaraciones—artículo 12 de la ley y 80 del C.P.T. y S.S., para, finalmente, dictar la sentencia correspondiente, previo receso de hasta una hora, si lo considera necesario—ibídem--. La sentencia se notifica en estrados y, al parecer, del contexto de las normas se elimina su sustentación escrita—ibídem—

Los principios de concentración e inmediación se reflejan en el espíritu de los cánones procesales ya reseñados, en la práctica muy seguramente los diferentes actores tendremos que resolver inquietudes, a vía de ejemplo:

a.- El artículo 9º de la ley, modificatorio del 59 del C.P.T. y S.S. en buena hora inserta el mecanismo de efectividad a la *"comparecencia de las partes"* cuando el juez hace uso de la facultad inquisitiva, para ello se remite en caso de renuencia a la sanción prevista en el artículo 77 del C.P.T. y S.S., --presunción de certeza de los hechos que perjudican a la parte o indicio grave--.

¿La nueva norma no señala en qué fase del proceso se puede hacer uso de tal facultad, si opta el juez por tal comparecencia en audiencia de trámite y juzgamiento, en qué momento se enteraría el ciudadano a interrogar?.

¿En lógica jurídica el juez deberá valorar la hipotética no comparecencia acto seguido a tal proceder, para publicidad de su decisión y ejercicio del derecho de defensa, si ello se llegase a adoptar en la segunda audiencia y la parte inconforme apela, que pasaría con la sentencia que debería proferirse allí?

b.- Para el esclarecimiento de los hechos se ha decretado la práctica del interrogatorio a instancia de parte, la cual no compareció, porque para la fecha señalada, por ejemplo sufrió un infarto del miocardio. Teniendo en cuenta que la *"prueba"* es un derecho de doble vía, para quien la solicitó por el interés en el esclarecimiento de los hechos controvertidos y para el absolvente a ser oído en su verdad, convirtiéndose realmente

en prueba perteneciente al proceso para ilustrar al juez; ante el rigorismo de las dos audiencias sin suspensión, se presentan varias situaciones:

¿En un proceso de primera instancia ante la imposibilidad de su práctica, quedaría la opción de su realización en la segunda instancia y la obvia revisión de la sentencia sin ese elemento probatorio –artículo 13 ley 1149 de 2007, modificatorio del artículo 82 del C.P.T. y S.S.?

¿De estar frente a un proceso de única instancia se quedaría el debate probatorio sin esa prueba?

¿En aras de no vulnerar el derecho sustancial, ante la prohibición de "*suspensión y aplazamientos*", sería legítimo hacer uso de reabrir el debate probatorio con tal propósito?

c.- La inspección judicial en ciertos casos se torna vital en su práctica fuera del despacho, por la ilustración directa al juez de circunstancias especiales y por la posibilidad de evacuar allí otros medios de prueba. Sabido es que la "*renuencia*", implica demostrar o probar un actuar reactivo e impeditivo de la práctica de la prueba para tener soporte e imponer así la sanción.

¿Si procesalmente debe evacuarse en esta audiencia, se tendrá conocimiento de su práctica si fue decretada a petición de parte; pero, si fue determinación oficiosa adoptada en esa segunda audiencia, en qué momento y bajo qué fórmula se debe considerar remiso o renuente y cómo se manejaría el tema de la apelación?

6.- La segunda instancia se circunscribe a una audiencia en la cual se practicarán, a petición de parte, las pruebas que no lo pudieron ser ante el juez del conocimiento sin culpa de la parte interesada, como las que considere de oficio el Tribunal; se oirán las alegaciones de los apoderados de las partes y se resolverá la apelación o la consulta.

El artículo 10 de la ley, modificatorio del 66 del C.P.T. y S.S. establece que la apelación será *"en el efecto suspensivo, en el acto de la notificación mediante la sustentación oral estrictamente necesaria..."*; esta perentoriedad conduce a la formulación de varios interrogantes, entre otros:

Si es obligatoria y rigurosa la asistencia a la audiencia de juzgamiento, se pueden presentar hipotéticamente multitud de situaciones:

Si el apoderado de una de las partes que debiera haber apelado en el trayecto a la dependencia judicial sufre un accidente de tránsito y termina conducido a un centro de salud, la parte con decisión adversa: (i) se queda sin apelación y sin ejercer el derecho de defensa?; (ii) si justifica el siniestro imprevisto podrá tener solución favorable mediante el uso de la figura de la contumacia del artículo 30 del C.P.T. y S.S., o hacer uso de la figura prevista en el numeral 2º del artículo 168 del C.P.C.?

7.- El artículo 13 de la ley, modificatorio del 82 del C.P.T. y S.S., reza: "Audiencia de trámite y fallo en segunda instancia. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, se fijara la fecha de la audiencia para practicar las pruebas (...) en ella se oirán las alegaciones (...) y se resolverá la apelación". El legislador pese a las bondades de la Ley 712 de 2001 al haber suprimido la audiencia en segunda instancia, la revive en la nueva ley insertando una modalidad de auto calificadorio de admisión del recurso de alzada o de la consulta.

Con la oralidad a plenitud tanto la sentencia como la interposición del recurso de alzada serán de viva voz, actos procesales que exigirán gran concentración para que se emitan las primeras con verdadera argumentación y con su real contenido (artículo 304 del C.P.C.); y la impugnación dado el criterio mayoritario sobre el entendimiento de la consonancia prevista en el artículo 66ª del C.P.T. y S.S., para que plasme sin lapsus u

omisiones los motivos de inconformidad y aún para hacer uso en ese instante de las figuras procesales de aclaración y adición de la sentencia.

8.- El artículo 100 del C.P.T. y S.S. enseña que será exigible ejecutivamente, entre otras la obligación *"que emane de una decisión judicial o arbitral en firme"*, y el artículo 488 del C.P.C. reitera *"Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por el juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley..."*.

A su turno la Ley 1149 de 2007 enseña, artículo 6º *"Las audiencias serán grabadas con los medios técnicos (...) El acta será firmada por el juez y el secretario y de ella hará parte el formato de control de quienes intervinieron"*. Y el artículo 12 ibídem reza *"Audiencia de trámite y juzgamiento en primera instancia. En el día y hora señalados el juez (...) En el mismo acto dictará la sentencia correspondiente o podrá decretar un receso de una (1) hora para proferirla y se notificará en estrados"*. Queda prohibida la reproducción escrita de tales grabaciones.

Con esta preponderancia de la tecnología en la práctica de la oralidad, surge la pregunta de cómo se estructura o materializa un título ejecutivo cuando corresponda a una decisión judicial o inclusive a una acta de conciliación. Algunos ingeniosos consideran como válida una constancia del secretario de la parte resolutive, pero aparecen las dudas sobre congruencia o condicionamientos de la parte motiva; otros optan por la necesidad de la transcripción total de la sentencia y sus respectivas constancias de firmeza (que implicaría quebrantar la expresa prohibición), y finalmente otros siguen con la incógnita en espera de la jurisprudencia.

9.- La oralidad de este procedimiento previsto en la Ley 1149 de 2007 al cubrir igualmente la sentencia de segunda instancia, impondrá crear jurisprudencia sobre la manera de elaborar el ataque en casación ya sea por yerros jurídicos o probatorios.

Así las cosas, se impone una nueva cultura de trabajo al ordenar que la memoria de las audiencias se plasme ya no en el papel al que por centurias nos había acostumbrado la práctica judicial, sino en los medios que ofrece día a día la tecnología, a los cuales exige eso sí fidelidad y seguridad para su registro, y respecto de los cuales señala que serán suministrados por el Estado y, excepcionalmente, por las partes del proceso.

10.- En cuanto a la consulta del fallo de primera instancia, introduce la ley una modificación no poco interesante a aquella que se surte en beneficio de los entes públicos de orden político, esto es, Nación, departamentos y municipios, pues agrega como tales a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, y en ese caso, dispone que al concederse se informe al Ministerio del ramo respectivo y al Ministerio de hacienda y Crédito Público sobre la remisión del expediente al superior – artículo 14 de la ley y 69 del C.P.T. y S.S.

Se espera con esta nueva ley de oralidad procesal laboral, como lo sostuvieron quienes fueron sus ponentes en el Congreso, que se convierta en una forma legítima y expedita de solucionar controversias que pertenecen al campo de conocimiento de los jueces de la jurisdicción laboral, pero que por diversas razones que no es el caso enunciar, resultan ventiladas por vías y procedimientos para los cuales no fueron inicialmente concebidas—ver exposición de motivos en Gaceta del Congreso número 269 de 4 de agosto de 2006--, como también, que se solucionen las controversias judiciales que incumben al derecho del trabajo en ámbitos de celeridad y eficiencia que hagan efectiva la oralidad procesal prevista desde antaño en las normas procesales laborales pero de la cual *"su desarrollo en la práctica aún no se ha logrado"* –ibídem--.

Nosotros podemos afirmar que las necesidades sociales de justicia frente a estas nuevas disposiciones legales demandan el compromiso de los jueces laborales para generar una nueva práctica judicial que, de cara a los usuarios, redimensione la función pacificadora social que por antonomasia estamos llamados a cumplir, así como nuestro carácter de garantes de los derechos concebidos en la Constitución y la ley. De aquéllos, unas legítimas expectativas y un nuevo rol en la medida en que son los primeros colaboradores de la administración de justicia. Y de las autoridades de la Rama Ejecutiva, como de quienes administran los recursos de la Rama Judicial, conciencia de que sin los recursos, medios e instrumentos adecuados a los propósitos de la ley, no será viable el nuevo proyecto judicial en que nos hemos embarcado quienes representamos al Estado frente al ciudadano. Por ello, constituirán herramientas valiosas los talleres sobre oralidad con participación de todos los actores, para lograr su difusión y adquirir destreza en técnicas de conciliación, práctica de interrogatorios de parte o a testigos, la argumentación en las providencias e interposición de recursos.

Decíamos líneas atrás que son muchos los interrogantes que se originan de la lectura de la ley, no solamente de su entendimiento y aplicación en la ficción del proceso, sino también de su operatividad en el mundo real. Conceptualmente, sin pretender un enunciado íntegro, pues sería presuntuoso aquí señalar su totalidad, cabe destacar:

1.- Cómo se armonizan postulados filosóficos del proceso, entre ellos obviamente el laboral, como la preservación del derecho de defensa y la búsqueda de la verdad real, con el rigorismo de la doble audiencia y su prohibida suspensión?.

2.- Qué vigencia mantiene la remisión analógica de que trata el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social al Código de Procedimiento Civil en aquellas temáticas en donde en nuestro ordenamiento procesal no hay disposición especial?.

3.- Cómo lograremos el concurso de voluntades políticas, compromisos institucionales y actividad profesional, para lograr un permanente, progresivo y acelerado desarrollo de esta nueva cultura judicial?

Es muy posible que la jurisprudencia de la Corte pueda dar respuesta a algunos de estos interrogantes, pero sin duda que, en buena parte, ellos penden, no de la interpretación o integración de las normas, sino de la conciencia de todos los actores comprometidos en este proceso que nos deje claro que no podemos, como ya lo hemos visto es lo que ha sucedido, repetir insensatamente la historia.

LECTURA IV

COMENTARIOS AL ARTICULADO DE LA LEY 1149 DE 2007

Autor

Diego Roberto Montoya Millán.
Magistrado Sala Laboral del Tribunal de Bogotá

INTRODUCCIÓN

El advenimiento de la ley 1149 de 2007, ha despertado para retomar y anclar en las conciencias del conglomerado laboral, aquellos postulados citados desde siempre y por sobretodo, sugeridos al legislador en los años 40's, celeridad, mixtura (oral y escrito), publicidad, impulsión oficiosa, ejecución de las sentencias por el mismo juez que las profirió, entre otros, llamando la atención como desde entonces, cuando se insinuaba la creación de la jurisdicción especial para conocer los asuntos del trabajo, se consignaba como una de las características, contemplar dos etapas en la primera instancia, una de conciliación, y otra de decisión.

No obstante, el paso del tiempo, la poca trascendencia de los gobiernos de turno para el sector justicia, desestimó y adormeció aquellas reglas y principios, expuestas por los iniciales soñadores de la creación de ésta jurisdicción. La congestión, "oralidad dictada", precarias condiciones técnicas en los juzgados, pocos falladores en el área laboral, demoras en el trámite de los procesos, generó en diversas épocas anteproyectos de reformas, discusiones en foros, congresos, expidiéndose la no bien ponderada ley 712 de 2001, y ahora la ley 1149 de 2007, tema ésta última de las siguientes líneas.

Se avanza entonces en propender por un cambio de actitud del juez y las partes, derivado de la concertación de los involucrados en la problemática laboral para la expedición de la ley, así como en el soporte institucional brindado por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo Superior de la Judicatura.

En esa perspectiva ha de exigirse mayor compromiso para atender el caso particular, individual, eliminando las “partidas simultáneas” de audiencias, prácticas como no conocer exhaustivamente el expediente, suspensión indefinida de audiencias por circunstancias baladíes, deben desterrarse, implementando el llamado plan consensuado de audiencias, rescatando, en todo caso, esos principios que desde antaño han reposado en el Código de Procedimiento Laboral.

Temas como el respeto a los derechos fundamentales, incorporado en la nueva normatividad, permiten indagar, si en virtud de ello, el principio de consonancia, recuérdese aquí la C-968 de 2003, las técnicas de casación podrían sucumbir, cuando se busque garantizar los derechos fundamentales, lo cual puede efectuarse en cualquier estado del proceso, léase en cualquiera de las instancias o casación, tomando las medidas necesarias para proteger esos derechos, esto es, v. gr., decisiones previas sobre el asunto pretendido, y por otra parte la exigencia del cumplimiento de los términos, para no afectar el debido proceso, asumiendo el Estado y no el juez, en el evento de congestión, la responsabilidad para dilucidar el punto.

Del mismo modo podría pensarse que ante la expresa entronización en el procedimiento laboral del citado art. 7° de la ley 1149 de 2007, la acción de tutela no sería necesaria en asuntos del trabajo y de la seguridad social, imperativo asignado al juez laboral para garantizar el respeto de los derechos fundamentales.

El debate sobre la aplicación y vigencia de ésta ley, apenas empieza, su confrontación con la realidad será asunto de contrastar en el día a día, por parte de la ciudadanía en general, y en particular por los jueces, abogados, y las partes comprometidas en el proceso laboral, tendiente a contribuir con la paz social.

Antes de proceder analizar la Ley 1149 de 2007, el discente deberá desarrollar los siguientes casos fijando su aplicación práctica.

CASO NO. 1

El señor Paquito Gallego estuvo vinculado al servicio de una Empresa Industrial y Comercial del Estado desempeñando el cargo de modisto, por espacio de 22 años, al cabo de los cuales le fue culminado el contrato de trabajo, reconociéndosele por la entidad, una pensión de jubilación, que le sería cancelada al cumplir los 55 años de edad y en cuantía inferior al salario percibido.

El señor Gallego instauró proceso laboral en el que pretendió la indexación de la primera mesada al igual que la integración de todos los factores salariales, en la base de liquidación de la misma. En la tercera audiencia de trámite, surtida ante el juzgado 80 Laboral del circuito de Macondo, las partes llegaron a un acuerdo conciliatorio respecto de la indexación de la primera mesada pensional y el demandante desistió de la pretensión relativa a la reliquidación de la pensión por la no inclusión de todos los factores salariales.

Posteriormente, en vigencia de la Ley 1149 de 2007, Paquito Gallego formula un nuevo proceso en contra de su ex empleador, buscando en esta oportunidad solamente la reliquidación de la mesada inicial por no haberse tenido en cuenta todos los factores constitutivos de salario; a fin de demostrar la deficiencia anotada, solicita como prueba un cálculo actuarial y la recepción de 5 testimonios.

En este segundo proceso, que por reparto le correspondió al Juzgado 50 Laboral del Circuito de Macondo, la Empresa Industrial y Comercial al contestar el libelo se opuso a la prosperidad de las pretensiones argumentando el pago y la cosa juzgada, y formulando como previa, la de prescripción.

De conformidad con la Ley 1149 de 2007:

1. Puede el juez resolver la excepción de cosa juzgada en este momento procesal, sin que así se le haya formulado por la pasiva?.

2. Cómo armonizar lo dispuesto en el artículo 5 de la ley 1149 que prevé la celebración de solo dos audiencias, si se llega a presentar la objeción al dictamen pericial solicitándose para contraprobar, un nuevo experticio?.
3. Como opera el principio de la oralidad para efecto de la práctica de la prueba pericial, a que se refiere el caso?.
4. Qué criterios jurídicos puede fijar el juez, para limitar las intervenciones de los apoderados en las audiencias, atendiendo lo dispuesto en el artículo 3 parágrafo 2 de la norma en comento?
5. Que medidas puede adoptar el juez de conformidad con el artículo 7 de la citada ley a fin de garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes?.
6. Agotada la "audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio", en la que se decretan las pruebas, ¿podría el juez a la luz del artículo 5 de la ley 1149, inmediatamente, en "audiencia de tramite y juzgamiento" practicar los medios probatorios decretados y dictar la sentencia?. Si la respuesta a la anterior pregunta es positiva, que pasaría con el aviso de que trata la referida norma?
7. De acuerdo al artículo 8 de la ley en mención, si al recepcionar dos testimonios el juez considera que con dichas versiones están plenamente demostrados los hechos que sirven de fundamento al petitum, podría, a pesar de haberse decretado la recepción de todos, desechar la declaración de los tres restantes?.
8. A la luz del artículo 9 de la citada ley, qué consecuencias tendría para la parte demandada, en el caso bajo análisis, si su representante legal no asiste a la "audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio"?
9. Una vez proferida la sentencia absolutoria, el apoderado del demandante interpone el recurso de apelación argumentando simplemente, no estar de acuerdo con la providencia emitida, ¿podría el juez conceder el recurso bajo el entendido de que esa manifestación, es la "sustentación oral estrictamente necesaria" de que habla el artículo 10 de la ley en cita?.
10. En el evento de que con base en el Acta de conciliación celebrada ante el juez 80 Laboral de Macondo, el demandante instaure un proceso ejecutivo: ¿cuantas audiencias se pueden practicar en dicho proceso?.

CASO NO. 2

Lucio Seistercios presta servicios a la empresa "Vía Marte" en donde su jefa constantemente le impone labores que exigen su presencia más allá de las 8 horas ordinarias de trabajo, obligándole diariamente a acompañarla a su residencia con el pretexto de culminar allí las funciones requeridas.

Ante la negativa de Lucio de cumplir con funciones extraordinarias, la jefa decide desvincularlo argumentando bajo rendimiento.

Lucio Seistercios instaura el proceso buscando la indemnización por la terminación del contrato sin justa causa, con sustento en que no se cumplió con las exigencias del artículo 2º del Decreto 1373 de 1966, y que además siempre fue objeto de acoso laboral. Para demostrar el fundamento fáctico de las pretensiones, solicitó la recepción de las declaraciones de Pedro Panquiva, Omero Simson y Betty Picapiedra y la práctica de la inspección judicial.

La empresa por su parte se opuso al éxito de las pretensiones al considerar que la desvinculación obedeció a justas causas y además propuso como previa la excepción de falta de competencia asegurando que, el servicio no se prestó en San Esteban ni tampoco esa ciudad es su domicilio principal.

El caso por reparto le correspondió al juez piloto 30 del Circuito de San Esteban despacho que se encuentra dotado de la infraestructura tecnológica pertinente.

Al terminar la audiencia de "conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio", el a quo señaló el día X a las 9 de la mañana para evacuar en la "audiencia de trámite y juzgamiento" las pruebas decretadas.

De conformidad con la Ley 1149 de 2007:

- 1.- Podría el señor juez atendiendo lo dispuesto en los artículos 15, 16 y 17 de Ley referida, aplicarla antes del 1 de enero de 2008?.
- 2.- Podría el juez invocando la aplicación del régimen de transición, imprimirle al caso de Lucio el procedimiento de la nueva ley y a los restantes procesos que cursan en su juzgado, la norma anterior?.
- 3.- En el evento de que el día X a las 9 de la noche no se haya recepcionado toda la prueba testimonial, ni se haya practicado la inspección judicial, y ante la solicitud del abogado de Lucio para que se suspenda la audiencia ¿Qué decisión puede adoptar el juez, sabiendo que al día siguiente tiene programada otra audiencia de "tramite y fallo"?.
- 4.- Como notificaría el señor juez la nueva fecha de audiencia, si no están presentes todos los apoderados de las partes, atendiendo la derogatoria de que trata el artículo 17 de la nueva ley?
- 5.- El art. 1º que reforma el art. 32 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social, faculta al demandante que quiera contraprobar las excepciones previas, para presentar las pruebas en el acto. Se entiende que esas pruebas tienen la única finalidad de contraprobar esas excepciones, sin embargo, podría el Juez servirse de las mismas para resolver de fondo el punto litigioso?
 - Si ello es así, no se estaría dando lugar a que se permita la aportación de pruebas de manera extemporánea, con la excusa de que son aportadas para contraprobar una excepción?.
- 6.- ¿Cuál es el término, una vez ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, para fijar la fecha de audiencia para practicar pruebas y escuchar los alegatos de las partes? (art. 13 Ley 1149/07).
7. - Podría el Tribunal decretar un receso, después de escuchar las alegaciones de las partes, en orden a resolver el recurso de apelación? (art. 13 Ley 1149/07).

- 8.- ¿El receso podría ser hasta de 20 días, para dictar el fallo?.
9. - Qué debe entenderse cuando la norma señala que la consulta procede en las sentencias de primera instancia adversas a una entidad descentralizada en la que la Nación sea garante? Y cómo se puede establecer esa circunstancia en el proceso?.

A continuación unas breves acotaciones a la nueva normatividad:

Artículo 1º. El artículo 32 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social modificado por el artículo 19 de la Ley 712 de 2001, quedará así:

Artículo 32. Trámite de las excepciones. El juez decidirá las excepciones previas en la audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio. También podrá proponerse como previa la excepción de prescripción cuando no haya discusión sobre la fecha de exigibilidad de la pretensión o de su interrupción o de su suspensión, y decidir sobre la excepción de cosa juzgada. Si el demandante tuviere que contraprobar deberá presentar las pruebas en el acto y el juez resolverá allí mismo.

Las excepciones de mérito serán decididas en la sentencia.

COMENTARIO: Deriva de los principios de celeridad y economía procesal, se exige la decisión de la cosa juzgada en esa audiencia, y no en la sentencia, desde luego en el evento en que se reúnan para entonces los supuestos de la figura, aun cuando no la hubiere propuesto la pasiva, o aun cuando la proponga como excepción de mérito. En lo demás, referente a la excepción de prescripción, sus términos para proponerla, condiciones y momentos procesales para resolverla, siguen idénticos a lo dispuesto en el art. 19 de la Ley 712 de 2001, así como la opción del demandante para contraprobar, presentando las pruebas en el acto, e igualmente la obligación del juez de resolver en ese instante.

Artículo 2º. El artículo 37 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social quedará así:

Artículo 37. Proposición y trámite de incidentes. Los incidentes sólo podrán proponerse en la audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio, a menos de que se trate de hechos ocurridos con posterioridad; quien los propone deberá aportar las pruebas en la misma audiencia; se decidirán en la sentencia definitiva, salvo los que por su naturaleza y fines requieren de una decisión previa.

COMENTARIO: La norma consagró lo que ya jurisprudencialmente se había decantado, en cuanto que la rigidez de la norma N° 37 del C.P.L., contrariaba aquellas cuestiones accesorias y conexas al proceso, que pudieran ocurrir después de la primera audiencia de trámite, tales como la tacha del testigo, recusaciones, objeción del dictamen pericial, incidentes de nulidad, por citar solo algunos, permitiéndose proponerlos, entendiéndose la limitación únicamente para aquellas situaciones fácticas, ocurridos antes o en la primera audiencia de trámite.

Con la nueva normatividad, se entroniza positivamente aquella comprensión que los jueces venían asignándole al punto. El trámite a seguir, es el consagrado en la nueva norma, toda vez que el art. 38 del C.P.L. fue derogado, conforme lo dispuso el art. 17 de la Ley 1149 de 2007.

Artículo 3°. El artículo 42 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 21 de la Ley 712 de 2001, quedará así:

Artículo 42. Principios de oralidad y publicidad. Las actuaciones judiciales y la práctica de pruebas en las instancias, se efectuarán oralmente en audiencia pública, so pena de nulidad, salvo las que expresamente señalen la ley, *y los siguientes autos:*

1. Los de sustanciación por fuera de audiencia.
2. Los interlocutorios no susceptibles de apelación.
3. Los interlocutorios que se dicten antes de la *audiencia de conciliación, saneamiento, decisión de excepciones y fijación del litigio* y con posterioridad a las sentencias de instancias.

Parágrafo 1°. En los procesos ejecutivos sólo se aplicarán estos principios en la práctica de pruebas y en la decisión de excepciones.

Parágrafo 2°. El juez limitará la duración de las intervenciones de las partes y de sus apoderados, respetando el derecho a la defensa.

COMENTARIO: Toma nuevamente principios cardinales, oralidad y publicidad, presentes desde siempre en el procedimiento laboral, significando su respeto en las instancias, excluyendo, por vía de excepción algunas decisiones allí señaladas, debiendo precisarse que al eliminarse los numerales 4 y 5 del art. 21 de la Ley 712 de 2001, modificadorio del art. 42 del C.P.L., se infiere que el decreto de pruebas en la segunda instancia debe efectuarse en audiencia pública; su práctica, no era excluida de esos principios por la norma anterior, tampoco por ésta. Del mismo modo y frente al recurso de reposición, debe ser propuesto y resuelto en audiencia, no obstante cabe anotar que como quiera que la demanda y contestación obedecen a medio escrito (carácter mixto del procedimiento) los autos que se dicten antes de la audiencia inicial, desde luego deberán ser dictados por fuera de audiencia, así como la presentación y decisión del recurso de reposición. Igualmente claro es que toda la actuación anterior a la audiencia prevista en el art. 11 de la Ley 1149 de 2007, que modifica el art. 39 de la Ley 712 de 2001 y el art. 77 del C.P.L., *está excluida del principio de oralidad.*

En relación a los autos interlocutorios, su exclusión de la oralidad, referida al punto "con posterioridad a las sentencias de instancia", debe adecuarse a lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 1149 de 2007, modificatorio del art. 82 del C.P.L., en cuanto ahora existe de nuevo en la segunda instancia, audiencia de trámite, para practicar pruebas u oír alegaciones de las partes, previo a resolver el recurso de apelación o el grado jurisdiccional de consulta.

Respecto al proceso ejecutivo, estos principios no sufrieron ninguna variación en relación con lo dispuesto en la Ley 712 de 2001 art. 21. En cuanto a la incorporación, en el parágrafo 2° de la norma en comento, de la expresión "respetando el derecho a la defensa", como soporte para limitar la duración de la intervención de las partes, puede anotarse que ello apunta no solo a la calidad del juez, como director del proceso, lo que también se refleja más adelante en el artículo 7° de ésta ley, sino a puntos como el tema y pertinencia de la prueba, la concentración, inmediación, celeridad, principios tan caros a la oralidad, así como la razonabilidad de la intervención, factores que salvaguardan el derecho a la defensa.

Artículo 4°. El artículo 44 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social quedará así:

Artículo 44. Clases de audiencias. *Las audiencias serán dos: una de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio; y otra de trámite y de juzgamiento.*

COMENTARIO: Al inicio de los tiempos en materia de procedimiento laboral, esa fue la propuesta presentada al Congreso por el gobierno hacia los años 40; en punto al tema, se recomendó contemplar dos etapas en la primera instancia, una de conciliación y otra de decisión, sin embargo, ello no tuvo desarrollo legislativo. Posteriormente se expidió la Ley 6ª de 1945, en donde entre otros aspectos se regularon los órganos integrantes de la jurisdicción y se autorizó temporalmente al Presidente de la República para señalar las normas de procedimiento que guiaran las actuaciones de tribunales y jueces, expirando esas facultades, sin que el ejecutivo se hubiere pronunciado, tan solo el Congreso, más adelante, expidió la Ley 75 de 1945, en donde dispuso, y para lo que aquí interesa, lo siguiente:

"...si las partes no hubieren convenido término probatorio especial, los jueces, cuando lo estimen conveniente para la recepción de las pruebas, podrán hacer más de dos audiencias, sin exceder de cuatro..."

El breve recordatorio anterior para significar que desde el pretérito se quiso instituir únicamente dos audiencias, para el desarrollo del procedimiento laboral, aspecto que lo hace más digerible en nuestra época, contrario al escepticismo de algunos pocos.

Bien, la Ley 1149 de 2007, recogió el tema de las cuatro interminables audiencias, para poner el procedimiento a tono con la agilidad y celeridad propia del actual momento histórico, debiendo realizarse en una primera etapa, la conciliación obligatoria, en donde el juez debe desplegar todas su virtudes en orden a buscar un acercamiento

cordial entre las partes; importa aquí significar la trascendencia que ha de imprimirse a la formación de las nuevas generaciones de jueces y abogados, así como de contera a la ciudadanía en general, para que no subestimen este espacio, instante que brinda la Ley, para que los distanciamientos se eliminen, siendo receptores, de cara a la paz social, de un nuevo concepto, dinámico y eficaz en la administración de justicia.

Ahora bien, en el evento en que no se llegare a una conciliación total o parcial, el juez continuará con la diligencia, resolviendo las excepciones previas, en los términos ya vistos, y si hay lugar pasará a las etapas de saneamiento y fijación del litigio, en donde nuevamente el juez como supremo director del proceso hará acopio de su conocimiento relativo a la causa que lo ocupa, en orden a evitar su prosecución con falencias distorsionadoras, que pudieren desquiciar, distraer en el tiempo, con actuaciones irrelevantes, una decisión razonable y oportuna de justicia.

La audiencia de trámite y juzgamiento está encaminada a la práctica y evacuación de pruebas y todos aquellos incidentes que puedan suceder, para pasar, una vez agotado su objeto, al juzgamiento en donde se resolverá la litis.

Artículo 5°. El artículo 45 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 22 de la Ley 712 de 2001, quedará así:

Artículo 45. Señalamiento de audiencias. Antes de terminar la audiencia el juez señalará fecha y hora para efectuar la siguiente, esta deberá ser informada mediante aviso colocado en la cartelera del Juzgado en un lugar visible al día siguiente.

Las audiencias no podrán suspenderse, se desarrollarán sin solución de continuidad dentro de las horas hábiles, hasta que sea agotado su objeto, sin perjuicio de que el juez como director del proceso habilite más tiempo.

En ningún caso podrán celebrarse más de dos (2) audiencias.

COMENTARIO: Se advierte ahora en la norma que una vez terminada la audiencia, además de señalar fecha y hora para efectuar la siguiente, como se hacía en antaño, deberá ser informada mediante aviso colocado en la cartelera del juzgado, requisito que no podría confundirse con la notificación legal, que habrá de surtir en las audiencias, estrados, estén o no estén presentes las partes, al derogarse en numeral 1° literal c) del art. 41 del C.P.L., modificado por el art. 20 de la Ley 712 de 2001, según los dispuso el art. 17 de la Ley 1149 de 2007. De esta manera, el señalamiento de la nueva fecha mediante el citado aviso apenas tendría la finalidad de informarle de ello a la parte que no asistió, pero no la de revivir término o prohiar la desatención de una parte, al no asistir a la audiencia.

De otro lado se estima, el llamado aviso, no impediría, en un momento dado, agotada y finalizada la audiencia inicial (art. 11 Ley 1149 de 2007) al juez, si considera se encuentran decretadas y practicadas las pruebas, en presencia de las partes dictar el fallo, con lo cual, tan innecesaria e incomoda exigencia se haría a un lado.

En cuanto a que las audiencias no podrán suspenderse, hasta que sea agotado su objeto, deben efectuarse precisiones, derivadas de una sana lógica acorde a una

actividad humana razonable, pues es claro que nadie está obligado a lo imposible, de donde puede inferirse que las audiencias deberán celebrarse dentro de la jornada hábil del día, sin perjuicio de que el juez, si lo estima para el caso, habilite tiempo adicional en orden a concluir la audiencia, o un aspecto puntual de la misma.

La no solución de continuidad de las audiencias, apunta a que el juez permanezca en contacto permanente con la evacuación de la misma, no se suspenda por circunstancias baladíes de las partes, o se ocupe el juez en otros menesteres, procesos distintos, pues precisamente lo que se anhela es que se agote su objeto, ello no impide que su duración persista varios días, o incluso semanas, de acuerdo a la complejidad del tema, permitiéndose recesos, pues no cabría en la mente del legislador, ni del operador judicial, una realización absolutamente continua de una audiencia, los recesos son necesarios dada la propia dinámica del proceso, sus cuestiones accesorias, y las necesidades humanas mínimas vitales, como comer, dormir.

Lo importante y trascendente es que en todo caso, no podrá el juez, ni por supuesto las partes, ocuparse de otros asuntos, hasta que no se agote el objeto para lo cual fueron convocados a esa diligencia; solo la complejidad del caso, la preparación del operador judicial en la causa, así como en su agenda de programación, plan de la audiencia, etc., los abogados, y demás intervinientes, harán viable la nueva propuesta de adelantar el proceso en estos términos, y desde luego la colaboración económica del gobierno en orden a que no resulte infructuosa la disponibilidad manifiesta de la rama judicial en este propósito.

Artículo 6º. El artículo 46 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social quedará así:

Artículo 46. Actas y grabación de audiencias. Las audiencias serán grabadas con los medios técnicos que ofrezcan fidelidad y seguridad de registro, los cuales deberán ser proporcionados por el Estado, o excepcionalmente, con los que las partes suministren. Si la audiencia es grabada, se consignará en el acta el nombre de las personas que intervinieron como partes, apoderados, testigos y auxiliares de la justicia.

El acta será firmada por el juez y el secretario y de ella hará parte el formato de control de asistencia de quienes intervinieron.

Cualquier interesado podrá solicitar una copia de las grabaciones o del acta, y para su obtención deberá proporcionar los medios necesarios para ello.

En ningún caso se hará la reproducción escrita de las grabaciones. Las grabaciones se incorporarán al expediente.

COMENTARIO: Es la misma incorporación, con versión mejorada, de lo ya dispuesto en el C.P.L. en cuando deberá extenderse un acta de lo que ocurra en la audiencia, ahora se le agregan los nuevos adelantos tecnológicos, proporcionados por el Estado, o excepcionalmente por las partes, insistiéndose en el video, medio facilitador en grado sumo para comprender el desenvolvimiento de la audiencia, por sobre todo en temas

como la inmediación, en especial cuando el juez colegiado, en instancia distinta deba resolver sobre esos medios de convicción a fin de evitar interminables alegaciones.

Aquí un llamado al gobierno para que no escatime esfuerzos en el aprovisionamiento logístico, lo que incluye por supuesto apropiadas salas de audiencias, y equipos de audio, video y grabaciones con los mejores estándares, la solución oportuna a los conflictos dentro de la oralidad, así lo impone.

Artículo 7°. El artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social quedará así:

Artículo 48. *El juez director del proceso. El juez asumirá la dirección del proceso adoptando las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes, la agilidad y rapidez en su trámite.*

COMENTARIO: De nuevo se hace un llamado al juez, para que asuma como director del proceso, comprometido en la causa que por reparto dirige, rescatándose normas olvidadas en el C.P.L. como aquellas referidas al principio de libertad, art. 40 del C.P.L., la discusión sobre la libertad de formas procesales, para remediar asuntos que puedan conculcar derechos fundamentales, tomar medidas inmediatas de orden preventivo o transitorio para evitar su vulneración; así por ejemplo, para no citar otras causas donde se involucran derechos de esa denominación, el juez podría eventualmente ordenar transitoriamente el reconocimiento de pensiones, sustituciones de esa estirpe, ahora, el de segundo grado estaría siempre limitado a la consonancia? o tendría otros espacios para decidir, si se advierte menoscabo a estos derechos, cómo abordarlo frente a la reformatio in pejus? En éste aspecto con la sentencia C-968 de 2003, en cuanto ésta declaró exequible el art. 35 de la Ley 712 de 2001, pero bajo la comprensión de que las materias objeto del recurso de apelación incluyen los derechos laborales mínimos e irrenunciables del trabajador, se generan nuevas herramientas al juez laboral para asumir su nuevo rol como guardián de los derechos fundamentales de las partes comprometidas en el proceso.

En otro giro, también puede y debe exigir lealtad y probidad dentro del proceso a la ciudadanía, art. 49 C.P.L., en armonía con el numeral 7° del art. 95 del estatuto superior.

En suma, ahora podrá entenderse expresamente que el juez laboral también es juez constitucional, no hay dualidad, con toda gama de facultades para ser un interviniente eficaz dentro del proceso, salvaguardando en cualquier instante del proceso, desde la propia demanda, aun incluso después de proferido el fallo, cualquier acoso a un derecho fundamental, con respeto desde luego al debido proceso, al derecho de defensa, buscando con ello el equilibrio entre las partes, ofreciendo agilidad en el trámite, sin desconocer la calidad. Temas éstos que ojalá no se queden en mera retórica o postulados de buen comportamiento judicial, aquí se necesita, además de la actitud del funcionario y los intervinientes, el concurso del gobierno nacional, para la implementación adecuada del sistema, con un número adecuado y razonable de jueces frente a la demanda de justicia laboral, que le permita a éstos completa dedicación a la

causa concreta, sin la afugia de la cantidad de expedientes aguardándolo en los anaqueles de la secretaría, con el agravante social que ello genera a la ciudadanía.

Algunos comentadores, anotan que cuando por distintas razones, los plazos no puedan cumplirse, bien por congestión de audiencias u otros motivos, los expedientes deben asignársele a otros jueces disponibles para el efecto.

Artículo 8º. El artículo 53 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social quedará así:

Artículo 53. *Rechazo de pruebas y diligencias inconducentes.* El juez podrá, en decisión motivada, rechazar la práctica de pruebas y diligencias inconducentes o superfluas en relación con el objeto del pleito.

En cuanto a la prueba de testigos, el juez limitará el número de ellos cuando considere que son suficientes los testimonios recibidos o los otros medios de convicción que obran en el proceso.

COMENTARIO: Reitera la facultad del juez para desechar la práctica de pruebas y diligencias inconducentes que no tengan relación con el objeto del pleito, permitiéndole igualmente limitar el número de testigos cuando estime que son suficientes los testimonios ya recibidos o los otros medios de convicción recaudados, postura admisible en el evento de que no implique una violación al derecho de defensa de las partes, razón de más para que el juez esté lo suficientemente concentrado en el proceso, en orden a que le permita evaluar si hay medios adecuados para formar su convencimiento, contrastándolo con el objeto de cada declaración.

Por otra parte se eliminó la limitante referida a la citación de no más de 4 testigos para cada hecho, hoy el juez, en su condición de supremo director de la causa, dedicado al adelantamiento de un proceso puede evaluar mejor esta circunstancia en el momento procesal oportuno.

Artículo 9º. El artículo 59 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social quedará así:

Artículo 59. *Comparecencia de las partes.* El juez podrá ordenar la comparecencia de las partes a las audiencias a fin de interrogarlas libremente sobre los hechos controvertidos; la renuencia de las partes a comparecer tendrá los efectos previstos en el artículo 77.

COMENTARIO: La disposición que regía era una especie de norma "en blanco", ahora se le colocaron "dientes". Cuando el juez indaga por la verdad real y llama oficiosamente a las partes, su inasistencia genera sanciones, recuérdese que no se vive en un "país de ángeles", y muy a nuestro pesar, la experiencia indica que normas no coercitivas, ante la falta de cultura ciudadana no generan usualmente disuasión. En todo caso, será en el momento del fallo cuando el juez sopesa todos los medios probatorios, así como la conducta de las partes, en orden a desvanecer o no, la presunción legal que pueda llegar a entronizarse en virtud de la no comparecencia de alguna de las partes.

De otro lado, recuérdese aquí que quien debe comparecer a esa diligencia es la parte misma, no su apoderado judicial, de lo contrario nada habría cambiado, pues es la parte quien mejor conoce de los hechos controvertidos.

Artículo 10. El artículo 66 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social quedará así:

Artículo 66. *Apelación de las sentencias de primera instancia.* Serán apelables las sentencias de primera instancia, en el efecto suspensivo, en el acto de la notificación mediante la sustentación oral estrictamente necesaria; interpuesto el recurso el juez lo concederá o denegará inmediatamente.

COMENTARIO: La nueva norma elimina la posibilidad de presentar el recurso de apelación dentro de un término, ahora deberá presentarse en la audiencia, en el acto de la notificación, sustentándolo oralmente en lo estrictamente necesario. Se advierte aquí la insinuación al litigante de no extenderse en glosas ajenas al debate, el juez deberá ser muy cuidadoso, aplicando en lo pertinente lo dispuesto en el parágrafo 2° del art. 3° de la Ley 1149 de 2007.

De otro lado, se mantiene el tema de la sustentación de la apelación, aspecto no tocado por la Ley 712 de 2001, cuya aplicación ha venido considerándose sin discusión, precisándose que ahora debe efectuarse de manera inmediata a la interposición del recurso, debiendo el juez concederlo o denegarlo en la propia audiencia una vez sea presentado.

Impone la obligación al litigante de estar sumamente preparado, así como el haber asistido a las audiencias, para poder controvertir en apelación la decisión del juez, por supuesto habrá de entenderse éste podría otorgar un brevísimo receso, si la complejidad del caso lo amerita en orden a la debida sustentación dentro de la audiencia.

Artículo 11. El artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 39 de la Ley 712 de 2001, quedará así:

Artículo 77. *Audiencia obligatoria de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio.* Contestada la demanda principal y la de reconvencción si la hubiere, o cuando no hayan sido contestadas en el término legal, el juez señalará fecha y hora para que las partes comparezcan personalmente, con o sin apoderado, a audiencia pública, *la cual deberá celebrarse a más tardar dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de notificación de la demanda.*

Para efectos de esta audiencia, el juez examinará previamente la totalidad de la actuación surtida y será él quien la dirija.

En la audiencia de conciliación se observarán las siguientes reglas:

Si alguno de los demandantes o de los demandados fuere incapaz, concurrirá su representante legal.

Si antes de la hora señalada para la audiencia, alguna de las partes presenta prueba siquiera sumaria de una justa causa para no comparecer, el juez señalará nueva fecha

para celebrarla, la cual será dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha inicial, sin que en ningún caso pueda haber otro aplazamiento.

Excepto los casos contemplados en los dos (2) incisos anteriores, si el demandante o el demandado no concurren a la audiencia de conciliación, el juez la declarará clausurada y se producirán las siguientes consecuencias procesales:

1. Si se trata del demandante se presumirán ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la contestación de la demanda y en las excepciones de mérito.
2. Si se trata del demandado, se presumirán ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión.
3. Las mismas consecuencias se aplicarán a la demanda de reconvenición.
4. Cuando los hechos no admitan prueba de confesión, la no comparecencia de las partes se apreciará como indicio grave en su contra.
5. En el caso del inciso quinto de este artículo, la ausencia injustificada de cualquiera de los apoderados dará lugar a la imposición de una multa a favor del Consejo Superior de la Judicatura, equivalente a un (1) salario mínimo mensual vigente.

Instalada la audiencia, si concurren las partes, con o sin apoderados, el juez los invitará para que en su presencia y bajo su vigilancia concilien sus diferencias, si fueren susceptibles de solución por este medio, y si no lo hicieren, deberá proponer las fórmulas que estime justas sin que ello signifique prejuzgamiento y sin que las manifestaciones de las partes impliquen confesión. En esta etapa de la audiencia sólo se permitirá diálogo entre el juez y las partes, y entre estas y sus apoderados con el único fin de asesorarlos para proponer fórmulas de conciliación.

Si se llegare a un acuerdo total se dejará constancia de sus términos en el acta correspondiente y se declarará terminado el proceso. El acuerdo tendrá fuerza de cosa juzgada. Si el acuerdo fuese parcial se procederá en la misma forma en lo pertinente.

Parágrafo 1°. Procedimiento para cuando fracase el intento de conciliación. Ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo total, el juez declarará terminada la etapa de conciliación y en la misma audiencia:

1. Decidirá las excepciones previas conforme a lo previsto en el artículo 32.
2. Adoptará las medidas que considere necesarias para evitar nulidades y sentencias inhibitorias.
3. Requerirá a las partes y a sus apoderados para que determinen los hechos en que estén de acuerdo y que fueren susceptibles de prueba de confesión, los cuales se declararán probados mediante auto en el cual desechará las pruebas pedidas que versen sobre los mismos hechos, así como las pretensiones y excepciones que queden excluidas como resultado de la conciliación parcial.

Igualmente, si lo considera necesario las requerirá para que allí mismo aclaren y precisen las pretensiones de la demanda y las excepciones de mérito.

4. A continuación el juez decretará las pruebas que fueren conducentes y necesarias, señalará día y hora para audiencia de trámite y **juzgamiento**, que habrá de celebrarse dentro de los tres (3) meses siguientes; extenderá las órdenes de comparendo que sean del caso, bajo los apremios legales, y tomará todas las medidas necesarias para la práctica de pruebas en la audiencia de trámite y juzgamiento; y respecto al dictamen pericial ordenará su traslado a las partes con antelación suficiente a la fecha de esta audiencia.

COMENTARIO: Se trae en lo pertinente lo ya dispuesto en el art. 39 de la Ley 712 de 2001, el cual modificó el art. 77 del C.P.L., etapas que han tenido excelente acogida en el medio, toda vez que supone un acercamiento entre las partes y el juez, lo que permite un mejor engranaje para el desenvolvimiento del proceso en perspectiva no solo de la oralidad, sino de la celeridad, inmediación, concentración y lealtad, procurando en últimas una decisión oportuna y razonable que colme las aspiraciones de las partes en torno a los postulados de la administración de justicia, especialidad laboral.

Cabe destacar algunas modificaciones traídas en la nueva norma como que deberá celebrarse a más tardar dentro de los tres meses siguientes a la fecha de notificación de la demanda, así mismo si antes de la hora señalada, por los motivos indicados en la norma, no puede comparecer una parte, la nueva fecha habrá de celebrarse dentro de los cinco días siguientes a la fecha inicial, sin que en ningún caso pueda haber otro aplazamiento, aspecto éste último declarado exequible mediante la sentencia C-317 de 9 de abril de 2008, precisándose en la motivación lo siguiente: "el hecho de que no se pueda pedir un segundo aplazamiento de la audiencia, no implica que, ante una circunstancia que lo justifique, se apliquen las consecuencias gravosas que tiene la parte procesal por su inasistencia, independientemente de que el proceso debe continuar de manera normal. En otras palabras, la inasistencia a la segunda audiencia en las condiciones mencionadas (léase caso fortuito o fuerza mayor), no puede dar lugar a la aplicación de las consecuencias negativas del incumplimiento", más adelante señala la Corte Constitucional, en el proveído en cuestión:

"...Estudio de la disposición demandada

11. Se pregunta la Corte si viola la Constitución una disposición que establece que, cuando una de las partes antes de la fecha de la audiencia de conciliación laboral, presente prueba siquiera sumaria de una justa causa para no comparecer, el juez puede aplazar la diligencia por una sola vez. En todo caso, como fue mencionado, el juicio de la Corte tiene como presupuesto el hecho de que la inasistencia de una de las partes a la

segunda citación, cuando tal inasistencia se originó en una circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a la aplicación de las sanciones que establece la norma parcialmente demandada. En este caso, el proceso continúa regularmente salvo que las partes de común acuerdo soliciten al juez la celebración de una nueva audiencia de conciliación. Sin embargo, si no se presenta ninguna de las causales mencionadas, la inasistencia tiene una serie de consecuencias como, por ejemplo, la presunción de veracidad de los hechos alegados por la contra parte susceptibles de confesión..."

Igualmente el señalamiento de cita y hora para la audiencia de trámite y juzgamiento, deberá celebrarse dentro de los tres meses siguiente. Agrega que respecto al dictamen pericial se ordenará su traslado a las partes, con antelación suficiente a la fecha de la audiencia de trámite y juzgamiento (trámite mixto).

De otro lado, parecería sin motivo o respaldo fáctico, la imposición de multa a los apoderados por ausencia injustificada, a favor del Consejo Superior de la Judicatura, pues ella derivaba en la Ley 712 de 2001, art. 9º, por la no asistencia a la segunda oportunidad señalada para celebrar esta audiencia, en donde se les asignó, para la audiencia de conciliación, cuando la parte no podría asistir, facultades para conciliar, admitir hechos y desistir, así como las consecuencias de presumirse como ciertos los hechos susceptibles de confesión de la demanda, su contestación o de las excepciones, según sea el caso, acorde al numeral 3º del art. 39 de la Ley 712 de 2001, declarado inexecutable mediante la sentencia C-204 de 2003, así que con la nueva legislación, Ley 1149 de 2007, no se dispuso que en la segunda oportunidad de esta audiencia, los abogados podrían dispensar a las partes.

La Ley 1149 de 2007 no reprodujo el inciso 5º del art. 39 de la Ley 712 de 2001, así que los abogados no pueden reemplazar a las partes, de manera que al no mencionarse nada al respecto, (inciso 4º, art. 11 Ley 1149 de 2007), habrá de entenderse que en la segunda oportunidad, se mantienen intactas las mismas condiciones previstas para cual se señaló fecha inicial para la celebración de la audiencia, recuérdese que no le es dado al interprete distinguir, en donde no lo hizo el legislador.

Del mismo modo debe llamarse la atención en punto al tema de la decisión de excepciones previas, lo dicho en relación a lo ahora dispuesto en el art. 1º de la presente Ley. Ahora bien, ésta audiencia no solo por su trascendencia dentro del procedimiento laboral, sino por permitirlo expresamente la ley, debe practicarse en los procesos ordinario de única y primera instancia, en los especial de fuero, salvo el segmento de la conciliación -art. 45 Ley 712 de 2001-, ver en lo pertinente la sentencia C-260 de 1999, en cuanto el fuero sindical no es objeto susceptible de conciliar por su titular, y la sentencia C-381 de 2000, en cuanto el sindicato debía ser parte dentro del

proceso, declarando exequible, pero bajo el anterior condicionamiento el art. 3° del Decreto 204 de 1957.

Igualmente nada impide que esta audiencia se agote en otros procesos especiales, v.gr. ejecutivo, sumario, salvo por razones comprensibles, la etapa de conciliación.

Respecto a la prueba pericial, excepción al principio de oralidad, deberá tenerse previsto un lapso razonable, para que este medio pueda evacuarse, dentro del plazo de los tres meses, el juez y las partes, así como los auxiliares de la justicia, casi desde la demanda y su contestación deberán estar advertidos, para que su trámite, presentación, traslado, objeciones se verifique por fuera de audiencia pública, aspectos como la complejidad del dictamen, harán estimar razonablemente la fecha para la celebración de la audiencia de trámite y juzgamiento en orden a que se surta cabalmente la contradicción de la pericia, bajo el entendimiento el punto a resolver no sea de derecho, sino un tema concreto y preciso (art. 51 C.P.L.), desde luego, podrán existir aspectos de fuerza mayor que eventualmente harán determinar por parte del juez como director del proceso, en comunión con las partes, posponer la fecha señalada para la realización de la nueva audiencia; aspecto éste último que sería excepcionalísimo, y solo por las circunstancias anotadas, procurando no sobrepasar el término legal.

Artículo 12. El artículo 80 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social quedará así:

Artículo 80. Audiencia de trámite y juzgamiento en primera instancia. En el día y hora señalados el juez practicará las pruebas, dirigirá las interpelaciones o interrogaciones de las partes y oírás las alegaciones de estas. Los testigos serán interrogados separadamente, de modo que no se enteren del dicho de los demás. *En el mismo acto dictará la sentencia correspondiente o podrá decretar un receso de una (1) hora para proferirla y se notificará en estrados.*

COMENTARIO: En la audiencia de trámite y juzgamiento, debe el juez estar atento a dirigir todos los actos que suceden en esa diligencia, una posición activa, escuchando y resolviendo las propuestas de las partes, interrogando separadamente a los testigos, tal como ocurría, conforme lo dispuesto en el entonces art. 80 del C.P.L.; deben ahora, una vez finaliza la evacuación probatoria, dictar la sentencia, pudiendo decretar un receso de una hora para proferirla, ojalá ese lapso sea suficiente, derivado de la previa presencia del juez en todo el trámite del proceso, lo que indudablemente va a provocarle a los sentidos una mejor disposición y percepción en orden a establecer su convicción, aportándole aquí la calidad, anotándose que el art. 17 de la Ley 1149 de 2007, derogó expresamente el art. 81 del C.P.L.

Artículo 13. Modifícase el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 40 de la Ley 712 de 2001, que quedará así:

Artículo 82. Audiencia de trámite y fallo en segunda instancia. Ejecutoriada el auto que admite la apelación o la consulta, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las

pruebas a que se refiere el artículo 83. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

Cuando se trate de apelación de un auto o no haya pruebas que practicar, en la audiencia se oirán los alegatos de las partes y se resolverá el recurso.

COMENTARIO: Incluye la norma un nuevo aspecto, como es el dictar un auto en la segunda instancia en donde se admite la apelación o consulta, una vez ejecutoriada se fijará la fecha de la audiencia de juzgamiento, en donde se practicarán las pruebas proferidas en el art. 83 del C.P.L., se oirán las alegaciones y se resolverá, tanto la apelación como la consulta, a pesar de no señalarse expresamente este grado jurisdiccional.

Por otra parte, la norma no indica cuál es el segmento de tiempo que ha de transcurrir, entre la ejecutoria del auto que admite la apelación o la consulta, y la audiencia respectiva, o acaso no existe término?; creemos una decisión razonable, podría ser hasta 20 días, como lo disponía el inciso final del artículo 40 de la Ley 712 de 2001, momentos que le permitirían al Tribunal documentarse, toda vez que no ha tenido contacto directo o intermediación, y debe escuchar en audio las grabaciones, con tiempo suficiente a fin de que la sala respectiva pueda ingresar con todo el conocimiento al salón de audiencias, no siempre la rapidez es la mejor amiga o sinónimo de una decisión ponderada, a veces, decía un tratadista: "en el derecho el tiempo se venga de lo que se hace en su contra".

Ahora bien, una vez en la audiencia "se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá...", aquí podría el Tribunal decretar un receso, si lo estima conveniente, atendiendo a las circunstancias del caso, después de escuchar los alegatos, para un mejor proveer, aun cuando ello no lo dice la norma, quizá podría aplicarse en esta instancia, lo dispuesto en el último inciso del art. 12 de la Ley 712 de 2001.

En tratándose de autos, o no haya pruebas por practicar en la audiencia, previo a resolver, se oirán las alegaciones de las partes, aplicando las consideraciones anteriores, aquí debe precisarse que el trámite de apelación de autos regulado por el art. 42 de la Ley 712 de 2001, que modificó el art. 85 del C.P.L., fue derogado expresamente por el art. 17 de la Ley 1149 de 2007, por lo cual el tema queda ahora bajo la preceptiva del art. 13 de la nueva disposición.

Artículo 14. El artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, quedará así:

Artículo 69. Procedencia de la consulta. Además de estos recursos existirá un grado de jurisdicción denominado de "consulta".

Las sentencias de primera instancia, cuando fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario serán necesariamente consultadas con el respectivo Tribunal si no fueren apeladas.

También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante. En este último caso se informará al Ministerio del ramo respectivo y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la remisión del expediente al superior.

COMENTARIO: El artículo en comento quiso precisar, y culminar con la polémica desatada en un sector, con el advenimiento de la seguridad social integral, como disciplina ajena parcialmente al derecho laboral, en cuanto permitía, por esa razón, distinguir los eventos sujetos al grado jurisdiccional de consulta; ahora expresamente se incluye y se hace extensiva a los afiliados y beneficiarios del sistema.

De otro lado, se trae también como sujeto a consulta, las sentencia de primera instancia cuando fueren adversas además a las demás entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, aquí recuérdese decisión de la Corte Constitucional SU-962 de 1999, así como fallo de casación laboral de octubre de 1999, Radicación 12158, entre otras. Igualmente se le exige al juez de primer grado "informe" al ministerio del ramo respectivo y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sobre la remisión del expediente al superior, introduciéndose aquí unas prerrogativas desconcertantes a quienes en últimas, además de su abogado, también podrían estar protegidos por el ministerio público, en representación de la sociedad, incluyéndose una nueva especie de notificación, como es el del informe al ministerio del ramo, con el consiguiente desgaste para la administración de justicia, tan precaria en recursos.

En otro giro, para establecer si la Nación es garante de una entidad descentralizada podrían estimarse varias hipótesis, como cuando debe responder con el patrimonio público de las obligaciones surgidas por las condenas judiciales, circunstancia que podría estar establecida por normas jurídicas, no pudiendo considerarse aquí, entidades privadas, como fondos de pensiones, a pesar de la garantía de pensión mínima a cargo de la Nación, en el evento de quiebra de los fondos ya que la norma refiere a entidades descentralizadas, pudiendo cobijarse por ésta vía judicial aquellos entes descritos en el art. 137 de la Ley 100 de 1993.

Artículo 15. Régimen de transición. Los procesos iniciados antes de la aplicación gradual de la presente ley se continuarán tramitando bajo el régimen procesal anterior.

Dentro del año siguiente contado a partir de la promulgación de la ley, el Consejo Superior de la Judicatura adoptará y pondrá en práctica medidas especiales, suficientes para descongestionar los despachos judiciales laborales, en los procesos promovidos antes de la entrada en vigencia de la presente ley.

Dichas medidas deberán garantizar la descongestión de los despachos judiciales, en un término no mayor de dos años a partir de la promulgación de esta ley.

Quienes sean nombrados como jueces y magistrados, deberán ser especializados o expertos en derecho del trabajo o en seguridad social.

COMENTARIO: La nueva normatividad procesal, indica que las causas iniciadas antes de la aplicación gradual de la Ley, se continuarán tramitando bajo el régimen procesal anterior.

De otra parte ordena se apliquen medidas de descongestión a los despachos judiciales laborales, dentro del año siguiente, contado a la promulgación de la Ley para los procesos iniciados antes de la vigencia de la misma, descongestión que deberá efectuarse en un término no mayor de dos años a partir de la promulgación de la Ley 1149 de 2007, lo cual se aplicará gradualmente, debiendo ser los nuevos operadores judiciales expertos o especializados en derecho del trabajo o en seguridad social.

La norma deja a un lado lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 acerca de la aplicación inmediata de la ley procesal, al punto recuérdese decisiones de la Corte Constitucional SU 881 de 2005, C-251 de 2001 y T-446 de 2007, pudiendo comprenderse que la intención del legislador de 2007 fue la de no querer involucrar el tema de las dos audiencias con aquellos procesos en que ya se hubieren adelantado varias audiencias de trámite iniciadas antes de la vigencia de la nueva Ley, atendiendo igualmente a la implementación de la oralidad, desde luego bajo el entendido que se encuentren descongestionados los juzgados laborales, y asignados los recursos necesarios.

Ahora, en cuanto a que los operadores judiciales deberán ser expertos o especializándose en derecho del trabajo o en seguridad social, aún cuando dicha disposición pudiera exceder lo dispuesto en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), lo cierto es que la bondad de la norma salta a la vista, aplicando, por lo menos, el Tribunal Superior de Bogotá, esos criterios para la designación de los jueces.

Artículo 16. Asignación de recursos. La implementación del sistema oral en la especialidad laboral se hará en forma gradual en un término no superior a cuatro (4) años, a partir del primero (1º) de enero de 2008. El Gobierno Nacional hará la asignación de recursos para la financiación de dicha implementación en cada vigencia.

COMENTARIO: Se fija un plazo no superior a los cuatro años a partir del 1º de enero de 2008, para que opere plenamente el sistema, sin perjuicio de la implementación gradual del mismo, debiendo el gobierno nacional efectuar la asignación de los recursos para su financiación, siendo éste último un tema bien álgido y polémico, pues en ocasiones las sanas intenciones del legislador y la disposición de la judicatura se castran con recortes o incumplimientos económicos para el mejor desarrollo de la ley, en punto a la implementación de la oralidad; en grado sumo, su éxito está fincado en las debidas apropiaciones presupuestales.

Artículo 17. Vigencia y derogatoria. La presente ley entrará en vigencia con su promulgación y, su aplicación se efectuará de manera gradual de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la presente ley; deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, especialmente el artículo 38, el numeral 1 del literal c) del artículo 41 modificado por el artículo 20 de la Ley 712 del 2001 y los artículos 81 y 85, modificado

por el artículo 42 de la Ley 712 de 2001, del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

COMENTARIO: En cuanto a su vigencia, habría que reflexionar si aquellas normas de la nueva ley que no se ocupan propiamente de modificar el procedimiento, en vías de la oralidad deberían empezar a regir al promulgarse la Ley 1149 de 2007, en el entendido son de orden público y de aplicación inmediata, al tenor del art. 40 de la Ley 153 de 1887, y no esperar su aplicación gradual a partir del 1 ° de enero de 2008, en términos de los artículos 16 y 17 de la Ley 1149 de 2007, en cuanto existan recursos económicos y técnicos ,aplicación diferida en el tiempo por los condicionamientos citados.

LECTURA V.

JUSTIFICACIÓN, AUTONOMÍA Y NATURALEZA DEL DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO MATERIAL LABORAL.

*Por: Isaías Rodríguez Díaz**

1.- NECESIDAD DE LAS NORMAS PROCESALES:

La resolución de los conflictos jurídicos requiere el concurso de la actividad jurisdiccional. El titular del interés jurídico no satisfecho somete al sujeto pasivo de la relación jurídica al órgano jurisdiccional competente. Sin embargo, para que esa relación pueda producir válidamente efectos jurídicos, debe estar regida por normas jurídicas abstractas y generales. Esas normas constituyen el Derecho Procesal y sin ellas no sería posible ni la actividad del órgano jurisdiccional, ni la actividad de las partes que intervienen en el proceso. La satisfacción de los intereses jurídicos insatisfechos no sería posible si no

existieran normas procesales que regularan la conducta de las partes y la del órgano jurisdiccional.

2.-AUTONOMÍA DEL DERECHO PROCESAL:

Al comienzo, el Derecho Procesal no fue más que un conjunto de trámites para la ejecución del derecho privado. En esos tiempos, la satisfacción de esos intereses constituyó la suprema aspiración del derecho. Se tenía al derecho procesal como derecho privado formal. Quienes así lo vieron rehusaron estudiarlo. Confundido con el procedimiento, no revestía importancia científica. Los ensayos jurídicos y filosóficos, sin embargo, empezaron a percibirlo de otra manera y ni siquiera los obstáculos, sembrados por los civilistas del Código Napoleónico, frenaron, el avance de la nueva rama. Recogió para sí las acciones y la regulación de la prueba que formaban parte de los Códigos Civiles e invadió el terreno político del Estado al reivindicar la realización de la justicia a través del órgano jurisdiccional. Así nació la autonomía del Derecho Procesal y la acción dejó de ser el derecho mismo para convertirse en una pretensión. Aparecieron los presupuestos procesales, las excepciones y el proceso como relación jurídica integrado por las partes y el Juez. Enseña Prieto Castro¹, que el proceso ha ido más allá y abarca no sólo el procedimiento sino la teoría de los órganos jurisdiccionales, la de las partes, la de la acción procesal, la de los presupuestos y excepciones procesales, la prueba y toda la pluralidad de los fines tutelares. Llegó como diría Podetti², a ser una disciplina jurídica con madurez, que se gobierna por sus propias normas y principios, que ampara una zona importante de la vida jurídica y que su falta afectaría en forma vital a las demás ramas del derecho. Llegó, en otras palabras, a tener autonomía, vida propia,

¹ LEONARDO PRIETO CASTRO. "Del Derecho Procesal y Su Enseñanza Universitaria. Revista General de Derecho. México 1933. Pág. 11 y 12.

² RAMIRO J. PODETTI. "Tratado del Proceso Laboral. Edit. Ediar. Buenos Aires 1949. Tomo I. Pág. 20.

existencia independiente de las otras ramas del Derecho. Dentro de ese contexto autonómico, MAURO MIGUEL ROMEROS³ la define así: rama que estudia el conocimiento total, sistemático, verdadero y cierto de cuantos tribunales administran justicia, de las acciones, excepciones y pruebas utilizadas, y de los procesos y formas solemnes que mejor puedan conducir al restablecimiento del orden jurídico perturbado".

3.- EL DERECHO PROCESAL Y EL DERECHO MATERIAL:

Constituyen el derecho material objetivo del trabajo aquellas normas que establecen, en forma general y abstracta, cuáles son los intereses dignos de tutela por emanar de la relación de trabajo.⁴ El Derecho procesal del trabajo está íntimamente relacionado con el derecho objetivo material, porque el proceso no es más que una forma de hacer efectivos los intereses que ese derecho material considera susceptibles de tutela jurídica. En efecto, los conflictos laborales tienen su origen en la interpretación de la norma jurídica, en la negativa a observar el precepto que confiere el derecho o en la necesidad de imponer, a través del Estado, la voluntad indispensable para que las normas se cumplan. Es por ello que el derecho objetivo material tiene influencia decisiva y determinante sobre el derecho procesal. El primero pretende hacerse efectivo a través del segundo. Si el derecho material subjetivo queda satisfecho, la función jurisdiccional ha cumplido su misión.

Trueba Urbina⁵ habla de una teoría integral para el derecho del trabajo. Fundamenta su teoría en los efectos dinámicos de un derecho social que persigue un orden jurídico

³ MAURO MIGUEL ROMERO. "Principios del Moderno Derecho Procesal Civil". Valladolid. 1931. Pág. 12.

⁴ ARTURO VALENZUELA. "Derecho Procesal del Trabajo". Ed. José M. Cajical, 1959. México. Pág. 180.

⁵ TRUEBA URBINA. "Nuevo Derecho Procesal del Trabajo". Edit. Porrúa, 1980. Pág. 318.

dignificador, protector y reivindicador de los que viven de sus esfuerzos manuales e intelectuales, con el fin de alcanzar la seguridad colectiva y la justicia social. Dentro de esa integralidad distingue:

- A) El derecho objetivo material "en función de recuperar lo que pertenece a la clase trabajadora por la explotación secular del trabajo humano.⁶
- B) El Derecho Administrativo del Trabajo, constituido por reglamentos laborales destinados a hacer efectiva la protección social de los trabajadores a través del Poder Ejecutivo.
- C) El Derecho Procesal del Trabajo, que garantiza esta protección mediante los actos judiciales laborales.

La aplicación de la Teoría Integral conjuga los principios básicos de la protección social a la clase trabajadora y define dos tipos de normas: Las sustanciales y las procesales. He allí el derecho sustantivo y el derecho procesal deviniendo de un mismo tronco común: El Derecho Social. He allí, igualmente, su estrecha vinculación y su íntima relación. El derecho procesal del trabajo como instrumento para hacer efectivo el derecho sustantivo del trabajo y el mantenimiento del orden jurídico y económico en los conflictos que se presentan entre capital y trabajo.

Es innegable, tal como ya ha sido expresado, la forma como el derecho material objetivo del trabajo determina e influye en la normación del proceso laboral. Sentís Melendo lo dice de una manera extraordinaria: "Los aspectos y los caracteres del proceso no son más que una expresión necesaria e inseparable de la relación substancial que en el mismo se hace valer"⁷. El propio Ludovico Barassi en el prefacio de su obra "Tratado del Derecho del Trabajo", dice que el derecho sustancial del

⁶ TRUEBA URBINA. Obra Citada. Pág. 76.

⁷ SANTIAGO SENTÍS MELENDO. "Estudios de Derecho Procesal", Edit. Ejea, Buenos Aires, 1968. Pág. 350.

trabajo es obra de aquellos fenómenos, que son producto del mundo agitado y mudable del trabajo y que el derecho procesal no lo puede perder de vista, puesto que es el instrumento necesario para la satisfacción de esas necesidades individuales y colectivas⁸. Una última cita, para fortalecer esta relación íntima entre el derecho objetivo material y el derecho procesal del trabajo. En su obra *El Proceso Inquisitorio en el Nuevo Proceso Civil*, Piero Calamandrei escribió: "En realidad, si la ciencia jurídica no quiere resultar estéril, como acaso puede parecer que está a punto de caer en un disolvente y fragmentario formalismo, y si cada jurista debe, como puede hacerlo en su campo, contribuir a restaurar en el mundo el sentido de la unidad y la necesidad del derecho, es preciso que, en lo que respecta al derecho procesal, los estudiosos tengan el valor de renunciar a contemplar el proceso puro, abstraído de la SUSTANCIA DE LA CONTROVERSIA QUE EN EL MISMO SE DEBATE"⁹.

4. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO MATERIAL DEL TRABAJO:

Estamos inscritos, desde hace mucho tiempo, en la corriente que ubica al derecho material del trabajo dentro del derecho social y no en la esfera del derecho público o privado, porque no creemos que el derecho del trabajo esté integrado por una suma de normas de derecho público y privado. Los fundamentos del derecho del trabajo pugnan aún por distanciarse de esa ecuación simplista. Para nosotros el Derecho del Trabajo se refiere más al trabajador como miembro de un grupo social, de una categoría profesional, de una comunidad de intereses colectivos, que como individuo considerado como persona aislada.

⁸ LUDOVICO BARASSI. "Tratado de Derecho del Trabajo", Edit. Alfa, Buenos Aires 1953. Pág. 8.

⁹ El Proceso Inquisitorio en el Nuevo Proceso Civil. Citado por SENTÍS MELENDO en su Obra "Estudios Sobre el Proceso Civil. Edit. Bibliog. Arg. Buenos Aires 1945. Pág. 351.

El derecho del trabajo norma el trabajo como actividad social más que como un contrato individual¹⁰. Radbruch lo vio como derecho de clase, como la imposición que los trabajadores, después de muchos años de lucha, lograron sobre la burguesía para implantar algunos de sus derechos. Así lo vemos nosotros y por eso le asignamos prioridad al carácter social de la norma. Los profesores Ripert y Levasseur¹¹ en Francia, coinciden con esta tesis que asienta al derecho material del trabajo, en el derecho social, independizándolo de toda relación con el derecho público y el derecho privado. El principio de la igualdad no se puede hacer valer ante las clases sociales porque ellas son la mejor prueba de que esa supuesta igualdad no existe, decía Ripert. El derecho de la clase trabajadora, dirigido al grupo, hace que el progreso material se corresponda con el progreso social y ese es el fundamento del derecho sustancial del trabajo. Levasseur sostiene idéntico criterio a Ripert: "Sólo la autorización de los grupos sociales produjeron en un debate colectivo, la regulación en un plano superior, de las relaciones de trabajo". Las técnicas normativas fueron impuestas por situaciones de hecho y circunstancias de la vida diaria. El nuevo derecho reclamó organismos nuevos, jurisdicción especial y formas de conciliación e inspección no conocidos y propuso el principio de una nueva organización de las relaciones sociales. En conclusión, compartimos el concepto del derecho del trabajo, con fundamento en el derecho social, que la definición de De La Cueva califica como "estatuto del trabajador y para el trabajador que la clase obrera ha impuesto con el fin de definir su posición frente al capital, fijando, de paso, los beneficios mínimos que deben corresponder a la prestación del servicio"¹². Para nosotros el Derecho del Trabajo ni es un derecho que forma parte del Estado, dotado de poder público, ni es un derecho para regular la vida de los particulares y las relaciones en que estos intervienen. Es un derecho social hecho a la medida histórica de las circunstancias por las presiones colectivas de los hombres agrupados dentro de una categoría profesional.

¹⁰ GUSTAVO RADBRUCH. "Introducción a la Ciencia del Derecho". Madrid, 1930

¹¹ MARIO DE LA CUEVA. "El nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. Edit. Porrúa 1974.

¹² MARIO DE LA CUEVA. Obra Citada.

5. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO:

Trueba Urbina vincula el derecho procesal con el material y lo define como el instrumento para hacer efectivo, a través del proceso, el derecho sustantivo. Hacer efectivo su cumplimiento -dice- a través del proceso, así como el mantenimiento del orden jurídico y económico de los conflictos laborales que surjan con motivo de las relaciones entre capital y trabajo¹³. Valenzuela lo define como el conjunto de normas jurídicas que regulan la actividad del órgano jurisdiccional y de las partes en el proceso, mediante el cual se resuelven los conflictos jurídicos que emanan de una relación de trabajo¹⁴. En todo caso, la naturaleza jurídica del Derecho Procesal del Trabajo no puede estar desvinculada del derecho material y para nosotros las tres ramas del derecho procesal(civil, penal y administrativo) fundadas en los principios de la autonomía de la voluntad, la igualdad de los hombres ante la Ley y la igualdad de éstos en los procesos, constituyen la base de un régimen individualista y liberal que no se corresponde con la realidad social, por ello han aparecido los sistemas legales de excepción en el campo laboral, como el Derecho Procesal del Trabajo, que se enfrenta a los principios clásicos de los juicios civiles, penales y administrativos, relativos a la igualdad de los hombres ante la Ley y a la imparcialidad del juzgador. Tanto el derecho material del trabajo como el derecho procesal establecen frente al principio de la igualdad de las partes ante la Ley otro principio: El de la desigualdad de las partes y reivindican la función tutelar del derecho para esa desigualdad. Quienes estiman que esta disciplina, el derecho procesal del trabajo, es proteccionista, niveladora, reivindicativa, la caracterizan por el predominio del interés social sobre el individual y por ello la ubican entre el proceso dispositivo y el proceso inquisitorio, estableciendo así un equilibrio entre los elementos privado y público del campo procesal. Esto es, ubican el Derecho Procesal del trabajo con funciones limitadas a la protección de la parte débil de la relación, mediante normas de compensación destinadas a equiparar a los contendientes y a hacer cumplir la bilateralidad y la verdadera igualdad de las partes en el proceso. Es lo que

¹³ TRUEBA URBINA. Obra Citada. Pag 52.

¹⁴ ARTURO VALENZUELA. Obra Citada. Pág. 180.
teoría del proceso, que descansa sobre la autonomía de la voluntad

Trueba Urbina, con criterio que compartimos, llama función reivindicadora del derecho social y con lo cual se permite definir al derecho procesal del trabajo como derecho social. Para Trueba Urbina, el Derecho Procesal del Trabajo es un conjunto de principios, instituciones y normas que en función protectora, tutelar y reivindicadora, realizan o crean derechos a favor de los que viven de su trabajo. Este derecho procesal del trabajo es incompatible con la igualdad de los hombres ante la Ley. La naturaleza jurídica del Derecho Procesal del Trabajo es, en consecuencia, la misma del derecho material o sustancial: El derecho social y no el derecho público ni el privado.

6.- LA AUTONOMÍA DEL DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO

La autonomía del derecho procesal del trabajo no es criterio compartido por todos. Algunos piensan que esa autonomía llega hasta el derecho procesal "*Ingenere*", pero no al laboral. Quienes no creen en esa autonomía se fundamentan, sin embargo, en que los principios que presiden al derecho procesal laboral podrían también aplicarse al derecho común. Podetti¹⁵ aspira que así suceda en lo futuro. A pesar de verlos tan distantes en este momento, aspira a que las conquistas del laboral se impongan sobre el proceso general.

De Litala afirma que una disciplina es autónoma cuando abraza un conjunto de principios y de institutos propios. Para este tratadista italiano el derecho procesal del trabajo tiene ese conjunto de principios y de institutos propios¹⁶. De Litala afirma que el derecho procesal del trabajo es distinto de las otras disciplinas jurídicas en tanto y en cuanto su desenvolvimiento tiene ciertos institutos que le constituye una sistemática particular¹⁷. O 7) Ludo vico Barassi ha hecho afirmaciones semejantes al calificar el derecho procesal del trabajo como "instrumento necesario para la

¹⁵ PODETTI, Obra Citada. Pág. 51.

¹⁶ PODETTI, Obra Citada. Pág. 13.

¹⁷ LUDOVICO BARASSI. Obra Citada. Tomo 1, Pág. 37.

satisfacción de las necesidades humanas, que se adecua a las necesidades a las cuales sirve". Son, pues, factores humanos, económicos, jurídicos y sociales, sustanciales e instrumentales, que exigen ser confrontados, analizados y meditados para poder sistematizarlos, exponerlos y difundirlos. Eso es lo que pretendemos, al calificar de autónomo el derecho procesal del trabajo.

Ya antes hicimos mención al principio de la igualdad de los hombres ante la Ley y establecimos como sistema de excepción, que en el Derecho Procesal Laboral se establece el principio opuesto: El de la desigualdad de las partes. Asegurar esa igualdad es el propósito del derecho procesal laboral. Por eso Eduardo Couture ¹⁸ lo llama "nuevo derecho" y dice que ha nacido "para establecer la igualdad perdida por la distinta condición que tienen en el orden económico los que ponen su trabajo y los que se sirven de él para satisfacer sus intereses".

Arturo Valenzuela ha concretado esa autonomía en rasgos concretos y específicos. Para el tratadista mexicano, el derecho procesal laboral reglamenta un derecho autónomo e independiente del derecho civil, cual es el derecho sustancial del trabajo. En segundo lugar, la jurisdicción del trabajo está conferida a órganos especiales. En tercer lugar, esa jurisdicción tiene privilegios de los cuales no goza la jurisdicción civil y en cuarto lugar, el derecho procesal del trabajo tiene un conjunto de principios característicos y propios, diferentes a los del derecho procesal civil.

Con mucha más pasión, Trueba Urbina habla del "principio de la disparidad procesal". Para el brillante tratadista mexicano, el nuevo derecho tiene como finalidad tutelar a la parte más débil de la relación laboral, "es reivindicador de la entidad humana desposeída, pugna por el mejoramiento económico de los trabajadores y significa el inicio de la

¹⁸ TRUEBA URBINA. Obra Citada. Pág. 77.

transformación de la sociedad hacia un nuevo régimen social de derecho"¹⁹. Para Trueba Urbina, no hay duda de que si el derecho material del trabajo es proteccionista, también tiene que serlo la Ley procesal tutelar de ese derecho, puesto que la igualdad de las partes en el juicio de trabajo es inadmisibles sociológica y jurídicamente. Sin el derecho procesal del trabajo, afirma Trueba, resultarían inútiles las normas sustantivas dictadas por el Estado en auxilio de los trabajadores.

Creemos, con las opiniones expuestas, que al Derecho Procesal del Trabajo le deviene su autonomía no sólo en los principios que lo caracterizan, sino del contenido social de su naturaleza jurídica. Los procedimientos laborales difieren de los civiles por su naturaleza social. Sus fines sociales hacen que la nueva jurisdicción se ejerza sin la rigidez que impera en los demás procesos y de allí la especificidad de sus principios. Frente a la función de mantener el equilibrio jurídico, objetivo intrínseco del Derecho Procesal, en el derecho adjetivo del trabajo, esta función niveladora se acentúa más debido a la diferente condición económica y social de los litigantes, que de por sí e indirectamente, genera desiguales condiciones para la defensa y el ataque, que el derecho especial tuvo que equilibrar.^{1*}

¹⁹ TRUEBA URBINA. Obta Citada. Pág. 51

^{1*} (El Nuevo Procedimiento Laboral, Editorial J. Alva, julio de 1987).

UNIDAD II

Jurisdicción y competencia

Objetivos generales

Objetivos específicos

Lectura VI - Noción de garantía jurisdiccional

Lectura VII - Momento de cognición de la jurisdicción.....

- Operación del juez para plasmar en sentencia, la declaración de certeza de un mandato individualizado.....

Lectura VIII - los límites de la jurisdicción y momento determinativo de la jurisdicción y competencia.....

- Momento determinativo de la jurisdicción y de la competencia.....
- Asuntos de conocimiento de los jueces laborales.....

Asuntos de conocimiento de los jueces laborales a través de la casuística.....

Caso N° 1 – Competencia en tratándose de una ejecución de una sociedad en liquidación obligatoria

Autoevaluación.....

Decisiones judiciales.....

Caso N° 2 – Competencia en procesos contra entidades de la seguridad social

Autoevaluación.....

Decisiones judiciales.....

Caso N° 3 – Competencia en asuntos relativos a la ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo.....

Autoevaluación.....

Decisiones judiciales.....

Caso N° 4 – Asuntos relativos al art. 216 del C.C.A.....

Autoevaluación.....

Decisiones judiciales.....

Caso N° 5 – Intervención de terceros - llamamiento en garantía.....

Autoevaluación.....

Decisiones judiciales.....

Caso N° 6. – Responsabilidad médica. Perjuicios causados. Daño fisiológico.....

Autoevaluación.....

Decisiones judiciales.....

Caso N° 7 – Controversia referente al sistema de seguridad social integral.....

Autoevaluación.....

Decisiones judiciales.....

Caso N° 8 – Controversia referente al sistema de seguridad social integral. Artículo 77 ley 100 de 1993 seguros.

previsionales.....

Autoevaluación.....

Decisiones judiciales.....

Caso N° 9 – Jurisdicción internacional. Aplicación de tratados en la legislación.
.....

Autoevaluación.....

Decisiones judiciales.....

Caso N° 10 - ley 1112 de 2007. Competencias relacionadas con lo dispuesto en el art. 41 de esa normatividad – seguridad social en salud.....

Autoevaluación.....

Decisiones judiciales.....

Caso N 11. Cooperativa de trabajo asociado, clausula compromisoria.

Autoevaluación.....

Decisiones judiciales.....

Caso N° 12. Dictámenes de junta de calificación de invalidez – competencia del juez laboral.

Autoevaluación.....

Decisiones judiciales.....

UNIDAD II

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

OBJETIVOS GENERALES

- Distinguir los conflictos jurídicos en orden a su conocimiento por la jurisdicción.
- Acorde a los distintos factores de competencia establecidos en la ley, establecer los asuntos de competencia del juez laboral.

OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Revisar el estado de la doctrina y jurisprudencia en torno a los asuntos que son de conocimiento de la jurisdicción.
- Presentar algunos casos y conceptos relacionados con el tema.
- Determinar los puntos relevantes de la discusión procesal.
- Precisar el alcance de la distinta temática referida al punto anterior, desde el aspecto práctico.

LECTURA VI.

NOCIÓN DE GARANTÍA JURISDICCIONAL

*Piero Calamandrei**

Los varios medios que el Estado prepara para reaccionar (de propia iniciativa o a petición del particular), contra la inobservancia del derecho objetivo, constituyen la que se puede llamar *garantía jurisdiccional* de las normas jurídicas.

Advertimos desde ahora que, para indicar estos varios medios que aquí se comprenden bajo la denominación de garantía jurisdiccional, se encuentran empleadas por la doctrina otras expresiones; medios de *tutela jurídica* o, mejor, de *tutela jurisdiccional*¹⁹, medios de *actuación del derecho* o también, y más simplemente, *sanciones*; y no faltan autorizadísimos tratadistas que estudian este tema, no desde el punto de vista de la jurisdicción, sino desde el de la acción o del proceso, considerando los varios medios de que puede servirse quien pide justicia como constitutivos de diversos tipos de acciones o de procesos. Por nuestra parte, consideramos que, en primer término, se debe aclarar en cuántos modos puede operar prácticamente la jurisdicción, y que la clasificación de las acciones o de los procesos seguirá como consecuencia: también en la definición de las acciones dada por VICO²⁰, "*actiones autem nihil aliñ sunt quam rerum nostrarum legibus praeformatae tutelae*", el *prius* lógico de la acción resulta ser la existencia de una *praeformata tutela*, esto es, el previo establecimiento por parte del Estado de los medios prácticos idóneos para hacer respetar el derecho.

¹⁹ El VI libro del C.C. que se titula "*De la tutela de los derechos*", tiene un título especial (arte. 2907-2933) dedicado a la "*Tutela jurisdiccional de los derechos*" en el mismo sentido en que, en el texto, se habla de "garantía jurisdiccional".

²⁰ *De unversi iuris principio et fine uno*, CXXI.

Preferimos, pues, entre las varias posibles denominaciones, emplear la de “garantía jurisdiccional”, porque la palabra garantía lleva siempre consigo la idea de un remedio, de una defensa, de una *extrema ratio* destinada a valer solamente en un segundo momento, a falta de un evento con el cual se contaba en un primer momento, y que, si se hubiese producido, habría hecho inútil la garantía. El fiador que garantiza una deuda ajena se obliga a pagar sólo en la eventualidad de que no pague el deudor principal: en un sentido remotamente análogo, se dice que el Estado *garantiza* la observancia del derecho, en cuanto es normal y deseable que el derecho sea voluntariamente observado por aquellos a los cuales se dirige como reglas de su conducta: sólo cuando falte esta voluntaria observancia *por parte de los mismos*, empieza el momento jurisdiccional del derecho, esto es, la puesta en práctica, *por parte del Estado*, de los medios de garantía dispuestos para hacerlo observar, incluso, en caso de necesidad, con la fuerza.

De la *coercibilidad* del derecho, fundada sobre el establecimiento de los medios prácticos de *garantía jurisdiccional* mediante los cuales la coercibilidad puede, en caso de necesidad, transformarse en coacción efectiva, deriva que toda norma jurídica en su completa formulación no contiene solamente un mandato, dirigido a los coasociados, de observar un cierto comportamiento en el caso de que se verifiquen determinadas circunstancias previstas como posibles, sino que contiene, además, explícita o implícitamente, el anuncio (la “*praeformata tutela*” de VICO), de lo que el Estado hará cuando aquel mandato no sea obedecido en concreto: anuncio que se resuelve después prácticamente en otro mandato, secundario y accesorio del primero, por el cual el Estado ordena a los propios órganos (jurisdiccionales) observar un cierto comportamiento en el caso de que el mandato primario haya quedado inobservado. Así, al objeto de poder asegurar por la fuerza la observancia práctica del derecho, toda norma jurídica se puede lógicamente descomponer en un sistema de dos normas complementarias, la primera de las cuales (llamada norma *principal* o *primaria*) se dirige

a los coasociados, mientras la segunda (llamada generalmente *sancionatoria* o *sanción*) se dirige a los órganos jurisdiccionales del Estado. El nexo que tiene lugar entre la norma primaria, que establece una regla de conducta para los coasociados, y la norma sancionatoria, que establece lo que deberán hacer los órganos del Estado si la conducta prescrita no es observada en concreto, puede expresarse diciendo que el hecho específico legal de la norma sancionatoria está constituido por la hipótesis de la inobservancia del precepto concreto nacido de la norma primaria. Obsérvese que, al pasar del primero al segundo término de este binomio, el mandato contenido en la norma jurídica *cambia*, por decirlo así, *de dirección*: mientras el mandato contenido en la norma primaria se dirige a la voluntad del individuo a fin de que tenga una cierta conducta, el mandato contenido en la norma secundaria se dirige a los órganos jurisdiccionales a fin de que pongan en práctica sobre el individuo reacio los medios de coacción establecidos.

Este mecanismo se manifiesta de manera muy clara en las normas penales, cuya característica es dada por la sanción (penal), que en su formulación positiva se encuentra siempre enunciada en forma expresa y específica, mientras el mandato primario está con frecuencia subentendido. Todo artículo del Código Penal puede, con poco trabajo, ser descompuesto en un sistema de dos normas: así, para tomar el primer ejemplo que nos viene a la mente, el artículo 717 C.P. puede ser descompuesto en el siguiente binomio: a) *norma primaria*: "Si alguien, en el ejercicio de una profesión sanitaria, ha asistido, etc.." (hecho específico legal) "está obligado a dar aviso a la autoridad" (precepto primario); b) *norma sancionatoria*: "Si aquél, etc., omite dar aviso a la autoridad" (hecho específico legal) "es castigado..., etc." (precepto sancionatorio). Aquí el cambio de dirección del mandato de que antes se ha hablado, es evidente: el mandato primario establece una obligación de conducta a cargo del sanitario (obligación de dar aviso de ciertas enfermedades a la autoridad); el mandato sancionatorio se dirige, en cambio, a los órganos del Estado, a los cuales compete el poder

de castigar al culpable, el cual no es ya considerado como obligado a tener un cierto comportamiento, sino como sujeto al castigo.

El mecanismo es el mismo también en cuanto a las normas no penales; con la diferencia de que, muchas veces, en la formulación de ellas, se pone en evidencia el mandato primario, y la sanción (civil) puede ser subentendida o bien enunciada de un modo genérico y comprensivo para todo un grupo de normas. Los artículos del Código Civil no aparecen acompañados, uno por uno, por la expresa conminación de lo que el Estado está dispuesto a hacer en el caso de que la norma primaria sea transgredida; pero en todo artículo está subentendida la garantía jurisdiccional. El artículo 1498 del Código Civil, según el cual "la obligación principal del comprador es la de pagar el precio", no está acompañado de una expresa norma sancionatoria añadiendo que, si el comprador no paga, el vendedor podrá dirigirse a la autoridad judicial a fin de que lo constriña a pagar; pero esta norma es una consecuencia subentendida de la coercibilidad del derecho, y está comprendida en la fórmula general del artículo 2907: "A la tutela jurisdiccional de los derechos provee la autoridad judicial en virtud de demanda de parte...".

Obsérvese que, en ciertas ocasiones, antes de llegar a la garantía jurisdiccional, el derecho opera ingeniosamente (podría decirse que casi como si quisiera no dejar sin intentar vía alguna para obtener el cumplimiento voluntario antes de recurrir a la *extrema ratio* de la jurisdicción), a fin de establecer, en lugar del mandato primario que ha quedado inobservado, otro mandato que nace de la inobservancia del primero, pero que, al igual que el primero, se dirige a la voluntad del obligado; y solamente cuando este segundo mandato quede también inobservado, entonces intervendrá, en defensa suya, la garantía del Estado. Típica es, a este respecto, la formulación del artículo 1218 C.C. 1865 (al cual responde en sustancia el art. 1218 del nuevo C.C), según el cual "quien ha contratado una obligación está obligado a cumplirla exactamente, y, en su

defecto, al resarcimiento de los daños". Aquí nos encontramos frente a un trinomio, más bien que a un binomio: en el caso de que el obligado contravenga el mandato primario, según el cual "quien ha contratado una obligación" (hecho específico legal) "está obligado a cumplirla exactamente" (precepto primario), de esta inobservancia puede surgir un segundo mandato que tiene carácter secundario frente al primero, pero que se dirige también al mismo obligado: "quien no cumple exactamente la obligación contratada por él" (hecho específico legal), "está obligado a resarcir los daños derivados del incumplimiento" (precepto secundario); y solamente si el obligado no observa tampoco el precepto secundario, entonces la norma cambia de dirección y la garantía jurisdiccional entra en un tercer tiempo.

También para esta categoría de normas secundarias, las cuales, por la transgresión de una norma obligatoria hacen surgir a cargo del mismo transgresor otra obligación de diverso contenido, pero dejada a su voluntad, se emplea por algún autor la denominación de *sanción*: mientras, según otros, el concepto de sanción debería ser reservado a aquellas únicas normas secundarias que operan directamente el paso de la obligación a la coacción jurisdiccional. Por esto, y por algún otro disenso que se encuentra en la doctrina en torno al exacto alcance del concepto de sanción y al preciso significado de esta expresión, preferimos hablar, más bien que de sanciones, de "medios de garantía jurisdiccional"^{2*}.

^{2*} (Instituciones de Derecho Procesal Civil, Editorial Leyer, Colección Clásica del Derecho, Octubre de 2005).-

LECTURA VII.

MOMENTO DE COGNICIÓN DE LA JURISDICCIÓN

*Piero Calamandrei**

Operación del juez para plasmar en sentencia, la declaración de certeza de un mandato individualizado.

Cuando se dice que la coincidencia del hecho específico real con un hecho específico legal hace que nazca *automáticamente* de la norma abstracta un concreto precepto individual, se emplean expresiones que, tomadas a la letra, podrían hacer creer que esta individualización de las normas en preceptos concretos se produce en el mundo de la realidad sensible, de modo que el individuo pueda observar, como un evento históricamente constatable, este mandato concreto que, en el momento justo, se desprende de la norma abstracta, en dirección a él, lo mismo que el relámpago se

desprende de la nube. Pero todos estos son modos de decir de los juristas, los cuales, por razones de orden técnico, hablan del mundo jurídico como si sus esquemas mentales viviesen en el mismo externamente, al igual que criaturas vivas. En realidad, en el mundo externo existen solamente como datos históricos, perceptibles con los sentidos, la ley positiva (un determinado código; un determinado artículo escrito en aquel código) y el concreto obrar práctico de los hombres obligados a observar aquella ley: y para establecer si el comportamiento tenido por los mismos corresponde o no corresponde en concreto a lo abstractamente querido por la ley, es necesario hacer un razonamiento basado sobre la confrontación entre el hecho específico legal y el hecho específico real, al fin del cual, si se observa que estos dos términos coinciden, se deberá llegar a la conclusión de que, en el momento en que se ha verificado en la realidad un hecho similar al formulado en hipótesis por la norma, en aquél mismo momento se debe considerar como nacido el mandato concreto preanunciado en la norma y, por consiguiente, a aquel momento se deben hacer remontar los efectos jurídicos.

Poco esfuerzo es necesario para comprender que no es siempre fácil establecer, en las innumerables y variadísimas configuraciones que pueden asumir en la realidad las relaciones humanas, cuál es la norma que se ajusta al caso y cuál es el comportamiento concreto que para aquel caso corresponde a la voluntad de la ley. Aun cuando las disposiciones legales sean numerosas y precisas, no es posible que para cada caso que se presente en la realidad, se encuentre ya dispuesta, en aquella especie de gran casillero de hipótesis típicas que es el derecho positivo, una norma especial que se adapte exactamente a tales circunstancias; para llegar a colocar el caso en la casilla apropiada no basta conocer exactamente el significado de las normas escritas en los artículos sino que puede ser necesario combinar entre sí varias disposiciones y sacar de esta combinación el principio jurídico, en ellas implícito, aplicable a aquél. Este trabajo de interpretación de la ley no es siempre fácil: se comprende, por consiguiente, que puede verificarse en la realidad una disparidad de opiniones y, por consiguiente, una

situación de falta de certeza acerca de las consecuencias jurídicas que nacen de un determinado hecho, especialmente cuando están frente a frente dos interesados en conflicto, cada uno de los cuales tiende no solamente a dar del hecho la versión que más le favorece, sino también a interpretar el derecho en modo de sacar de él consecuencias concretas favorables a su interés individual.

Aquí comienza, frente a esta situación de falta de certeza o de disentimiento en torno a la existencia y a las consecuencias de un concreto precepto jurídico, la función del juez: la cual se manifiesta, ante todo, en aquella primera fase que más propiamente se llama *cognición* o *juicio*, en *declarar oficialmente la certeza* del derecho incierto o controvertido.

Esta *declaración jurisdiccional de certeza del derecho* tiene una finalidad esencialmente práctica: no se trata de interpretar las leyes en abstracto, por mero interés científico (como podría hacer el jurista que comenta las leyes en un Tratado), sino en declarar la certeza del precepto *ya individualizado* mediante el cual la ley regula en concreto una relación de la vida social ya en acto.

También el juez, como se verá con mayor claridad en el momento oportuno, debe hacer un razonamiento a tal fin: y se suele, en efecto, esquematizar la sentencia del juez, como la conclusión de un silogismo (el llamado silogismo judicial), del cual la norma jurídica constituiría la premisa mayor, y el hecho la premisa menor. En realidad, el trabajo lógico que el juez debe realizar para llegar a su conclusión, es mucho más complicado de lo que pueda hacer suponer este esquema lógico: la parte más delicada de la operación mental del juez no es la de sacar la conclusión de las premisas ya establecidas, sino la de encontrar las premisas y saberlas poner entre sí en tal relación que se aprecie perfecta coincidencia entre la hipótesis abstractamente formulada por la norma y el hecho específico real.

Lógicamente, el razonamiento que debe hacer el juez es, si bien con mayor dominio y precisión técnica, el mismo a través del cual el obligado, casi instintivamente, se da cuenta de encontrarse en una situación de hecho prevista por la ley, debiendo, por esto, tener en concreto un cierto comportamiento (cuando yo entro en la librería y, en compensación del libro que compro, pago espontáneamente el precio, obro de esta manera porque sé que me encuentro en una situación de hecho, calificada como compra-venta, de la cual la ley hace surgir a cargo del comprador la obligación de comportarse así). Pero, entre el razonamiento del obligado y el del juez, hay, sin embargo, una fundamental diferencia: que mientras el primero se encuentra frente a un concreto precepto dirigido *a él mismo* para regular *su* actividad, el juez declara la certeza de un precepto concreto dirigido no a él, sino a los sujetos de la relación controvertida, y que trata de regular no la actividad de él como juzgador, sino la actividad de los justificables.

El juez, en suma, en esta primera fase de la jurisdicción, considera la ley y los hechos con los cuales la misma debe ser puesta en relación *solamente como objeto de su conocer, pero no como regla de su operar*: observador imparcial de la conducta ajena, se encuentra más allá y por encima de la relación a decidir, que considera como tema de investigación y de estudio, reconstruyendo, a guisa de historiador, la forma en que se ha desarrollado, en aquellas circunstancias, la actividad de los interesados y el modo en que habría debido desarrollarse para ser conforme a la ley. Se realiza así la típica operación del juzgador que se llama la *aplicación de la ley*, que ha de considerarse como muy distinta, por precisión del lenguaje técnico, de la *ejecución* u *observancia de la ley*. La ley, o sea la concreta voluntad que de la misma se individualiza cuando los hechos de la realidad corresponden a su hipótesis, puede ser *ejecutada* o bien *observada* solamente por aquél al cual se dirige el precepto, esto es, como suele decirse, por el destinatario del precepto jurídico: *ejecutar* o sea *observar la ley*, significa tener aquel comportamiento práctico que corresponde en concreto al mandato de la ley. *Aplicar la ley* significa, en

cambio, encontrar cuál es la norma jurídica que mejor se adapta y que está en contacto con las circunstancias del caso concreto y, como consecuencia, establecer la certeza respecto de cuál es el comportamiento que otros habrían debido tener en concreto, en ejecución de aquella norma. Si yo, obedeciendo a la norma que manda al comprador pagar el precio, pago el precio de la cosa que he comprado, *ejecuto la ley*, en cuanto me comporto tal como ella me ordena comportarme; si el juez, habiendo obtenido la certeza de que quien ha adquirido una cosa no la ha pagado, declara que éste se encuentra obligado a pagar el precio, *aplica la ley* en cuanto califica y regula de conformidad con la ley, el comportamiento *ajeno*.

Como conclusión de esta operación de aplicación de la ley al hecho, el juez proclama cuál es el mandato concreto que regula el caso controvertido: esta proclamación oficial, en virtud de la cual la opinable conclusión de un razonamiento se transforma en individualizada voluntad de la ley, es lo que distingue a la declaración jurisdiccional de certeza del dictamen, no oficial y siempre discutible, de un jurista privado. También el juez, hasta tanto que se desarrolla la operación de juzgar, se sirve de los mismos instrumentos lógicos de los que se sirve el abogado que quiere demostrar la razón de su cliente, o el jurisperito que responde a quien le pide un consejo; y también el juez, como todo hombre que razona, está sujeto a equivocarse. Pero cuando ha llegado a la conclusión de su razonamiento, y cuando todos los medios ofrecidos por el proceso para controlar que la misma es exacta han sido agotados, en un determinado momento, ésta se desvincula de sus premisas lógicas y adquiere, independientemente de ellas, *autoridad de cosa juzgada*. Este pasaje en cosa juzgada significa que, en un determinado momento, la declaración de certeza del juez se hace legalmente indiscutible: no vale ya por la exactitud ni por la fuerza persuasiva de su motivación lógica, sino que vale porque la misma constituye, como la ley de la cual es individualización, un acto oficial de voluntad, esto es, un mandato de autoridad (C.C., art. 2909).

Ahora la ley abstracta se ha individualizado por obra del juez, en aquella declaración de certeza: no se admite ya, al respecto, ni falta de certeza ni contienda entre los sujetos de la relación declarada cierta; así como la ley vale, mientras está en vigor, no porque su contenido corresponda a la justicia social, sino únicamente por la autoridad de que está revestida (*dura lex, sed lex*), así también la declaración jurisdiccional, una vez que ha pasado en cosa juzgada, vale, no porque sea justa, sino porque tiene, para el caso concreto, la misma fuerza de la ley (*lex specialis*). Aun cierto punto, no es ya legalmente posible entrar a examinar si la sentencia corresponde o no a la ley: la sentencia es la ley, y la ley es lo que el juez ha proclamado como tal. Pero con esto no se quiere decir que el pasaje en cosa juzgada de la declaración de certeza cree el derecho: la declaración de certeza, en el sistema de la legalidad, tiene siempre carácter *declarativo*, no *creativo* del derecho, en cuanto el juez, con su sentencia, proclama, *como ya querido por la ley*, desde el momento en que se ha verificado en la realidad, el hecho específico concreto, aquel mandato que él se limita a reconocer y a poner en claro^{3*}.

^{3*} (Instituciones de Derecho Procesal Civil, Editorial Leyer, Colección Clásica del Derecho, Octubre de 2005).-

LECTURA VIII.

LOS LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN Y MOMENTO DETERMINATIVO DE LA JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

*Piero Calamandrei.**

En virtud del principio de la pluralidad de los órganos judiciales (ordinarios y especiales), la función jurisdiccional se nos presenta encomendada, no a un juez individual singular, sino a un sistema de muchos millares de jueces, a quienes, considerados en su conjunto como una rama homogénea del ordenamiento público, les está potencialmente encomendado el ejercicio de todo el poder jurisdiccional del Estado; pero para poder iniciar prácticamente un proceso ante un juez concretamente individualizado, esto es, para saber, en el momento en que está por iniciarse un proceso, cuál es *en concreto* el juez ante el cual debe ser llevada aquella causa, es necesario conocer cuál es la fracción de jurisdicción que compete *en concreto a cada* uno de los órganos judiciales, es decir, cuáles son los límites dentro de los que puede cada uno de ellos ejercer la función a él encomendada.

Estos límites son de distinta índole, y constituyen por así decirlo otros tantos círculos concéntricos, inscritos el uno dentro del otro, a través de los cuales la fracción de poder que compete a cada juez, se encuentra gradualmente contenida en zonas cada vez más restringidas y precisas.

A) Ante todo, se puede hablar de límites *internacionales* de la jurisdicción. El sistema de los órganos judiciales forma parte del ordenamiento del Estado, y la jurisdicción no es más que una de las funciones de la soberanía; pero la soberanía del Estado está exterior-mente limitada por la existencia de otros Estados y, por consiguiente, la jurisdicción ejercida por los jueces italianos puede encontrar un límite externo a la jurisdicción ejercida por los jueces extranjeros.

- B) En segundo lugar, se puede hablar de límites *constitucionales* de la jurisdicción. Dentro del Estado, la organización judicial se halla en contacto con otras ramas de órganos públicos, que son los órganos legislativos y los órganos administrativos; y si en la concepción hoy predominante esta triple división orgánica debe considerarse, no ya como expresión de tres poderes en pugna, sino como manifestación de tres funciones en colaboración, ello no excluye que para hacer posible esa colaboración sea necesario trazar, dentro del ordenamiento constitucional confines precisos que delimiten el respectivo campo de acción de cada una de las funciones y regulen sus relaciones recíprocas. Los órganos judiciales son así considerados como un todo orgánico que se halla en contacto con otros sistemas orgánicos investidos de funciones distintas.
- C) Dentro del ordenamiento judicial, entendido en sentido lato como el sistema de *todos* los órganos (ordinarios y especiales) a quienes está encomendada en el Estado la función jurisdiccional cabe imaginar, antes de llegar a determinar la partícula de jurisdicción que compete en concreto a cada uno de los componentes de dicho sistema de órganos, otras sucesivas delimitaciones, que constituyen como otras tantas etapas antes de llegar a la delimitación final.

Por lo pronto, se puede considerar el sistema de los órganos jurisdiccionales *ordinarios* como contrapuesto, en su conjunto, a los órganos jurisdiccionales *especiales*; y considerar luego los límites que marcan la distinción entre esos dos órdenes de órganos como límites externos de cada uno de los órdenes, aunque dichos límites, si se consideran en relación al ordenamiento judicial entendido en sentido amplio (es decir, como comprensivo de *todos* los órganos judiciales, ordinarios y especiales) deban considerarse trazados dentro de él.

- D) Ulteriores delimitaciones, como círculos cada vez más estrechos, pueden trazarse en el interior del sistema de los órganos judiciales ordinarios, considerado en sí como jerarquía unitaria contrapuesta a los órganos especiales.

Se presenta aquí ante todo, la división de atribuciones *entre los distintos tipos de órganos*: por ejemplo, la porción de jurisdicción que idealmente se atribuye

a los pretores, se distingue de la atribuida por una parte a los jueces conciliadores y por la otra a los tribunales.

E) Y, por último, se puede, dentro del ámbito de la jurisdicción indistintamente atribuida a cada uno de los tipos de órganos judiciales ordinarios, trazar tantos círculos cuantos son, en la realidad concreta del ordenamiento judicial vigente, los *órganos judiciales pertenecientes a ese tipo*. Y de este modo se llega, finalmente, a través de las antedichas delimitaciones, cada vez más restringidas, a determinar en concreto cuál es la porción de poder jurisdiccional que cada uno de los órganos judiciales, funcional y territorialmente individualizado (por ejemplo, el Tribunal de Roma), ejerce de hecho.

Los cinco criterios de delimitación hasta ahora enunciados no tienen todos, la misma importancia. Cuando se habla de límites internacionales o de límites constitucionales de la jurisdicción, se trazan con ello los confines *externos* del poder perteneciente al ordenamiento judicial italiano más allá de los cuales no puede extenderse ninguno de los jueces pertenecientes a dicho ordenamiento; en cambio, cuando sin salir del ordenamiento judicial se indaga cuáles sean los límites de la jurisdicción encomendada a cada tipo de órganos judiciales, o más concretamente todavía, a cada órgano perteneciente a un determinado tipo, se trazan con ello, entre los distintos órganos que componen el ordenamiento judicial, límites *internos* más allá de los cuales no se extiende la esfera de poder de un juez, *sino que comienza la de un juez distinto*. Fácilmente se entiende que la investigación de esos límites *internos* sólo puede tener sentido en un segundo momento, después de que en un primer momento se haya realizado con éxito positivo la delimitación *externa*: una vez que se haya establecido que sobre una determinada materia ningún órgano judicial del Estado puede proveer (porque tal materia excede los límites internacionales o constitucionales de *cualquier órgano judicial*), sería ocioso ponerse a buscar entre los distintos órganos judiciales del Estado cuál es el que tiene poder para proveer acerca de aquella materia, ya que la primera investigación ha demostrado, en forma general, que no puede haber ninguno.

En relación con estos dos distintos órdenes de límites, *externos e internos* (correspondientes los primeros a las hipótesis indicadas *sub A* y *sub B*; correspondientes los segundos a las hipótesis indicadas *sub D* y *sub E*; de la

hipótesis intermedia *sub C* hablaremos separadamente), se encuentra en el nuevo código una intencionada contraposición de institutos y terminología. Aunque, si bien se mira, estas delimitaciones tiendan todas ellas, aunque desde distintos puntos de vista, a establecer dentro de qué ámbito pueda cada órgano judicial ejercer su función, y se las pueda considerar a todas ellas, en sentido lato, como delimitaciones de la jurisdicción, la nueva ley procesal sólo habla de *jurisdicción* cuando se trata de trazar los límites externos, al paso que habla de *competencia* cuando se trata de límites internos. También bajo el antiguo código la jurisdicción y la competencia eran consideradas como presupuestos procesales distintos: y entre los vicios de la sentencia que podían llevar a la anulación de ella, la "violación de las normas de competencia" (es decir, el pronunciamiento de una sentencia por parte de un juez distinto del que hubiera tenido poder para pronunciarla), se consideraba distintamente del caso en que la "autoridad judicial (es decir, ninguno de los jueces pertenecientes al ordenamiento judicial italiano) no podía pronunciar" (art 544, C.P.C., 1865). Pero la contraposición de los dos conceptos, y de sus correspondientes expresiones, no estaba sistematizada: algunas normas sobre los límites externos de la jurisdicción (límites internacionales: arts. 105-107, C.P.C., 1865) se confundían con las normas acerca de la competencia; los límites constitucionales entre jurisdicción y administración estaban regulados, no en el Código de Procedimiento, sino en leyes posteriores a él, y especialmente en la ley del 31 de marzo de 1877, núm. 3761, sobre los conflictos de atribuciones¹. El nuevo código ha reunido y coordinado dichas normas dispersas, y ha adoptado una terminología más coherente y unitaria. Ha indicado como presupuestos procesales distintos la *jurisdicción* y la *competencia* (art. 5°); ha mencionado las "cuestiones atinentes a la jurisdicción" como distintas de las "cuestiones atinentes a la competencia" (art. 187); ha considerado el "defecto de jurisdicción" como un vicio distinto de la "incompetencia" (cfr. la intitulación de los arts. 37 y sigs.; y el art. 360), y la "regulación de jurisdicción" (art. 41) como un procedimiento distinto de la "regulación de competencia" (art. 4°); y ha unificado lógicamente, bajo el concepto de "defecto de jurisdicción", tanto el defecto atinente a los límites constitucionales ("defecto de jurisdicción del juez ordinario frente a la administración pública", art. 37, primer apartado) cuanto el defecto concerniente a los límites internacionales ("defecto de jurisdicción del juez italiano frente al juez *extranjero*", art. 37, segundo apartado).

Entre las dos hipótesis claramente pertenecientes a los límites externos (ya consideradas *sub A* y *sub B*) y las otras dos correspondientes a los límites internos (las consideradas *sub B* y *sub D*), se inserta, como hipótesis intermedia, la ya mencionada *sub C*, correspondiente a los límites entre los poderes de los jueces ordinarios, considerados en su conjunto, y los jueces especiales. Desde el punto de vista sistemático, se puede plantear aquí este problema: ¿los límites trazados entre la jurisdicción ordinaria y las jurisdicciones especiales deben considerarse externos o internos? Es decir, en otras palabras: ¿la cuestión relativa a dichos límites es una cuestión de jurisdicción o una cuestión de competencia?

Teóricamente habría que responder *en* el segundo sentido: cuando se discute sobre si el poder de decidir en concreto una cierta causa pertenece a un juez ordinario o a un juez especial, no se plantea una cuestión de jurisdicción en el sentido ya aclarado (es decir, en el sentido de que no exista en el ordenamiento judicial del Estado ningún juez provisto del poder de juzgar aquella causa), sino que se plantea una cuestión de *competencia*, toda vez que se tiende a determinar, dentro del Ordenamiento judicial del Estado, cuál es, de los distintos órganos judiciales entre los cuales está potencialmente distribuida la jurisdicción, el concretamente investido del poder jurisdiccional sobre una determinada causa. Sin embargo, el nuevo código considera también este caso como perteneciente a la jurisdicción, y no a la competencia: efectivamente, el artículo 37 habla, con una fórmula única, del "defecto de jurisdicción del juez ordinario frente a la administración pública o los jueces especiales", considerando en el mismo plano los límites externos (constitucionales), que separan la jurisdicción de la administración, y los límites internos, que, dentro del ordenamiento judicial, separan el grupo de órganos que se llaman ordinarios del otro grupo de órganos que se denominan especiales (cfr. también art. 362). La razón de esta aparente desviación de las premisas sistemáticas es principalmente histórica¹: los

¹ Más exactamente se expresa al respecto AzZARm, *Della competenza*, cit, pág. 83: "Se puede observar ciertamente, como algunos lo han hecho, que no es preciso hablar de cuestiones de jurisdicción en este último caso, ya que, dado el concepto unitario de jurisdicción, la circunstancia de que de una controversia deba conocer un juez especial más bien que un juez perteneciente al orden judicial ordinario, no significa excluir la tutela jurisdiccional del Estado, a diferencia de lo que ocurre, según dijimos, cuando se decide que la demanda no puede ser propuesta ante ningún juez. El hecho es, sin embargo, que tanto el uno como el otro caso suelen ser tradicionalmente comprendidos en el concepto de cuestión de jurisdicción: lo cual puede también explicarse históricamente, y acaso no carece tampoco de alguna justificación. Efectivamente, se puede recordar que la noción estrictamente unitaria de la función jurisdiccional, que sólo

límites entre los jueces ordinarios y los jueces especiales se consideran al igual que los límites externos entre jurisdicción y administración, no solo porque las jurisdicciones especiales han surgido, según vimos (§ 76), a modo de superestructuras exteriores que han venido a perturbar, sin un orden preestablecido, la cerrada arquitectura jerárquica de los órganos judiciales ordinarios, sino también porque entre las jurisdicciones especiales se ha considerado siempre en primera línea, como constitucionalmente más importantes, a los órganos de la justicia administrativa, de los cuales, sobre todo en los tiempos que inmediatamente siguieron a su institución, se dudó en reconocer la naturaleza estrictamente jurisdiccional, y se pensó que tenían más afinidad con la administración que con la jurisdicción: de manera que los límites entre ellos y los jueces ordinarios se han considerado, más que límites internos entre órganos judiciales, límites externos similares a los existentes entre órganos investidos de funciones constitucionalmente distintas.

En todo esto hay que ver, pues, únicamente, la expresión de un momento histórico en que la reabsorción de las jurisdicciones especiales, dentro del ordenamiento judicial ordinario, está todavía en pleno devenir: el *día en* que el principio de la jurisdicción única se haya actuado plenamente, todas las cuestiones de distribución de poderes entre órganos judiciales se deberán considerar igualmente como cuestiones de competencia².

Hoy, en la etapa señalada en ese camino por el nuevo código, podemos resumir, pues, en estos términos la diferencia existente, según la terminología adoptada por el vigente derecho positivo, entre cuestión de jurisdicción y cuestión de competencia (o lo que viene a ser lo mismo, entre defecto de jurisdicción e incompetencia):

I. hay cuestión de jurisdicción:

- a) cuando se discute de los límites de los poderes del juez italiano frente al juez extranjero;

en las últimas décadas ha sido justamente puesta de relieve por nuestra doctrina, no estaba en otro tiempo generalmente difundida: por lo cual, es explicable que se mirase a la autoridad judicial ordinaria como única investida de la plenitud de la función jurisdiccional, y que, en consecuencia, se considerara que implicaba una cuestión de jurisdicción toda duda acerca de la competencia de la autoridad judicial considerada en su conjunto".

² Cfr. sobre el tema las agudas observaciones de BRACQ, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1941,1, espec págs. 173-176.

- b) cuando se discute de los límites de los poderes de los jueces (ordinarios o especiales) frente a la administración pública activa;
- c) cuando se discute de los límites de los poderes de los jueces ordinarios frente a los jueces especiales, o viceversa; o de los jueces especiales entre sí;

II. hay cuestión de competencia:

- a) cuando se discute de los límites de los poderes de los jueces ordinarios de un cierto tipo frente a los jueces ordinarios *de otro tipo*;
- b) cuando se discute de los poderes de un juez ordinario frente a otro juez ordinario *del mismo tipo*.

En las secciones siguientes de este capítulo hablaremos por separado de los límites externos de la jurisdicción, en el sentido arriba precisado; y de los límites internos, es decir, de la competencia.

Momento determinativo de la jurisdicción y de la competencia³

La jurisdicción y la competencia se determinan siempre, como veremos, no en abstracto, sino en relación a ciertos elementos extraídos de la relación sustancial (ciudadanía de las partes, domicilio de ellas, valor económico de la causa, etc.), sobre la cual está el juez llamado a proveer: elementos que la ley considera como índices jurídicamente relevantes para someter las distintas categorías de causas a la jurisdicción del Estado, y para vincularlas a la competencia de los jueces más idóneos para proveer sobre ellas. Pero las relaciones humanas acerca de las cuales pueden ser llamados los jueces a proveer, son mutables en el tiempo (la ciudadanía se puede perder, el domicilio se puede cambiar, el valor de un objeto puede variar según las oscilaciones del mercado): y como el proceso tiene una cierta duración que en algunos casos puede ser incluso muy larga, puede ocurrir que en el transcurso de ella las condiciones de la relación sustancial vengán a alterarse tan profundamente, que hagan aparecer, en el momento en que el juez tenga que proveer, índices de jurisdicción y de competencia distintos de los que existían en el momento en que se inició el proceso. Supóngase, por ejemplo, que la jurisdicción esté vinculada por *la*

³ ZANZUCCHI, *Dir.proc. cw.*, I, pág. 235; REDENTI, *Trattato*, u, núm. 52; ANDRIOU, *Comm.*, I, art 5°.

ley a la ciudadanía italiana del actor y que la competencia esté vinculada a la residencia del demandado en la circunscripción de un determinado juez; puede acaecer, en tal caso, que el actor, ciudadano italiano en el momento en que propuso la demanda y como tal inició el proceso, haya perdido la ciudadanía para el momento en que el juez tenga que decidir, o que el demandado, residente en la circunscripción en el momento en que se le había notificado la citación, resulte en el momento de la decisión que se ha trasladado a otra parte. En casos como estos, para resolver el problema de jurisdicción o el de la competencia, ¿habrá que tomar en cuenta el estado de hecho existente al inicio del proceso o el sobrevenido al final de él?

Conviene destacar, antes de responder a esta pregunta, que las cuestiones de jurisdicción y de competencia son consideradas por la ley, según lo veremos mejor a su tiempo, como cuestiones prejudiciales atinentes al proceso, distintas de las cuestiones de mérito (art. 187, art. 279): es decir, para emplear la conocida terminología chiovendiana cuestiones atinentes a los "presupuestos procesales", que deben ser resueltas antes de poder entrar en el examen del mérito. La decisión de esas cuestiones atinentes a la jurisdicción y a la competencia, sirve para establecer si el juez al que se ha acudido tiene los poderes suficientes para poder entrar a decidir el mérito, y debe, por tanto, conseguirse lógicamente antes que se pueda pasar al examen y decisión de la cuestión de mérito.

Fácil es comprender, por tanto, a qué graves riesgos se encontrarían expuestas las partes si, para resolver la cuestión de jurisdicción y de competencia, fuesen únicamente relevantes los elementos de hecho existentes en el momento de la decisión del mérito. La cuestión de jurisdicción y de competencia se presenta prácticamente antes a la parte que al juez, ya que es a la parte a quien incumbe, si quiere hacer valer en juicio una pretensión suya, la elección del juez "competente" (art 92) para promover sobre su demanda; pero esa elección la parte debe realizarla necesariamente en el momento en que se inicia el proceso, tomando como base los indicios de competencia entonces existentes, sin que pueda prever las eventuales mutaciones posteriores. Por el contrario, si para saber cuál sea el juez competente para decidir el mérito hubieran de tomarse en consideración los elementos de hecho existentes en el momento de decidir sobre el mérito, se encontrarían las partes expuestas al grave daño de tener que aguardar al fin del proceso para poder saber si el proceso ha sido bien

o mal instaurado: y cuando el juez, sobre la base de las mutaciones del estado de hecho sobrevenidas en el curso del proceso, se hubiese declarado incompetente y hubiese declarado la competencia de otro juez, nada garantizaría que en el proceso nuevamente propuesto ante ese segundo juez no sobreviniesen todavía otras mutaciones que llevasen luego, en el momento de la nueva decisión sobre el mérito, a otra nueva declaración de incompetencia: y así sucesivamente, en un perpetuo círculo vicioso.

A fin de evitar tales daños, establece la ley que los índices de jurisdicción y de competencia que deben tomarse en cuenta para resolver estas dos cuestiones prejudiciales, sean únicamente las existentes en el momento de la demanda, e inferibles de ella. Se trata, en realidad, como exactamente lo hace observar REDENTF, de dos reglas que se integran recíprocamente, pero que son distintas entre sí. La primera (que el código formula explícitamente sólo en materia de competencia por razón del valor [art. 10]; pero que en realidad tiene carácter general), es ésta: que la jurisdicción y la competencia se determinan por la demanda, *independientemente del fundamento de ella*; la segunda, expresada en el artículo 5°, es esta otra: que "la jurisdicción y la competencia se determinan con respecto al estado de hecho existente en el momento de la proposición de la demanda, y no tienen importancia respecto de ellas los posteriores cambios de dicho estado".

En esas dos reglas se funda el principio de la llamada *perpetuatio iurisdictionis*: en virtud del cual la jurisdicción y la competencia del juez quedan fijadas e inmutables hasta el final del proceso a base de la situación de hecho existente en el tiempo de la demanda (*semel iudex, semper iudex; semel competens, semper competens*), aunque por ventura en el transcurso de él sobrevengan otras circunstancias de hecho que, de haber estado presentes desde el comienzo, hubieren inducido a dar a la cuestión de jurisdicción y de competencia otra solución distinta. La solución de estas dos cuestiones se retrotrae, por consiguiente, al estado de hecho existente en el momento de la demanda; como si el tiempo se hubiese detenido en aquel momento.

El principio de la *perpetuatio iurisdictionis* debe ser entendido, sin embargo, *cum grano salis*, es decir, con las advertencias siguientes:

- a) Las mutaciones posteriores a la proposición de la demanda que la ley considera irrelevantes, sólo son los cambios del "estado de hecho" tal

cual se lo describe y representa en la demanda: mutaciones *de hecho* sobrevenidas en las circunstancias de la relación sustancial que la demanda somete al juez. El principio de la *perpetuatio iurisdictionis* no atañe, por consiguiente, a las mutaciones *de derecho* que en virtud de una nueva ley sobrevenida en el transcurso del proceso den a la relación sustancial controvertida una calificación jurídica distinta de la dada por la ley vigente en el momento de la demanda que modifiquen la distribución de las competencias entre los órganos judiciales⁴. En tales casos la nueva ley establecerá para cada caso si la mutación de derecho opera también o no sobre los procesos en curso⁵; pero no podrá invocarse aquí el principio general de la *perpetuatio iurisdictionis*, que tiene un campo de aplicación distinto.

- c) Por otra parte, el principio de la *perpetuatio iurisdictionis* no excluye que la competencia, originariamente determinada sobre la base de la demanda del actor/pueda modificarse en el curso del proceso (*incompetencia sobrevenida*)⁷ por efectos de las excepciones o de las demandas reconventionales del demandado, que ensanchando el tema del debate a materias que excedan los límites de la competencia del juez al que se ha acudido, hagan oportuno para toda la causa un desplazamiento de competencia basado en la conexión (a su tiempo veremos ejemplos de esto a los arts. 34, 35, 36). Pero también aquí este desplazamiento de competencia resultante de las contrademandas del demandado ocurre *independientemente del fundamento de ellas*.

En conclusión se puede decir que, para determinar la jurisdicción y la competencia del juez (como, por la demás, para resolver cualquier otra cuestión atinente a los presupuestos procesales), el fundamento de las

⁴ Cfr. ANDRIOU, Cbmm., I, art 5°, U; REDENTI, *Trattato*, u, núm. 52.

⁵ El art. 230 de las Disp. de api. ha establecido que el "juez al que se ha acudido regularmente según las leyes anteriores mantiene la competencia sobre los negocios de cuyo conocimiento ha sido investido, aunque se hayan "modificado las normas sobre la competencia".

⁷ CHIOVENDA, *Istituzioni*, E, núms. 175 y 256, pág. 300.

demandas o de las excepciones de las partes no tiene relevancia. Las contrapuestas deducciones del actor y del demandado se consideran aquí en cuanto plantean el *thema detidendum*; en relación a él, y no en relación al *decisum*, es como debe buscarse la solución de las cuestiones de jurisdicción y de competencia. Antes de saber cuál de las dos partes tiene razón, es necesario saber cuál es el juez competente para decidir quién la tiene: en este sentido se dice que la competencia se determina por la demanda considerada en sí misma, como planteamiento de un problema de mérito cuya solución se ignora todavía en el momento en que se elige el juez^{4*}.

Asuntos de conocimiento de los Jueces Laborales

Una mirada desprevenida a los conflictos jurídicos que asumen los jueces laborales, podría estar diseñada en los siguientes puntos:

- Conflictos Jurídicos que conoce la jurisdicción ordinaria laboral.
- Los conflictos jurídicos que se originan directa o indirectamente en el contrato de trabajo.
 - Contrato Realidad.
 - Las acciones sobre fuero sindical, cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral.
 - La suspensión, disolución, liquidación de sindicatos y la cancelación del registro sindical.
 - Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras y prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan.
- Impugnación del dictamen de las juntas de calificación de invalidez en cuanto a su origen.

^{4*} (Instituciones de Derecho Procesal Civil, Editorial Leyer, Colección Clásica del Derecho, Octubre de 2005).-

La ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad, excepto cuando el título ejecutivo corresponda a una sentencia dictada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo a favor de empleados públicos, - Ley 446/98, Ley 954/05. Readecuación de competencias, dado el funcionamiento de los jueces administrativos

- Los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación que los motive.
- Diferencias entre Cooperativas de trabajo asociado y sus asociados. Art. 59 de la Ley 79/88 y Art. 22 del Decreto 468/90.
 - La ejecución de las multas impuesta a favor del Servicio Nacional de Aprendizaje, por incumplimiento de las cuotas establecidas sobre el número de aprendices, dictadas conforme al numeral 13 del artículo 13 de la Ley 119 de 1994.
 - El recurso de anulación de laudos arbitrales.
 - El recurso de revisión.
- Revisión de reconocimiento de sumas periódicas a cargo del tesoro público o de fondos de naturaleza pública (Art. 20 Ley 797/03).
- Asuntos consagrados en el Artículo 216 del Código Contencioso Administrativo.
- Aspectos derivados de lo dispuesto en el art. 16 del decreto 1819 de 1964.
 - Apelaciones frente a las decisiones tomadas por la Superintendencia Nacional de Salud, en los casos referidos por el art. 41 de la ley 1122 de 2007, en armonía con lo dispuesto en los artículos 52 de la ley 510 de 1999 y 148 de la ley 446 de 1998.
 - Calificación de al suspensión o paro colectivo de trabajo. Ley 1210 de julio de 2008.
 - Contrato de trabajo celebrados por nacionales con agentes o misiones diplomáticas para la ejecución de sus fines en el Estado Colombiano.
 - Acoso Laboral.

Empero, lo cierto es que a diario se suscitan controversias que parecieran no ubicarse en el anterior listado, generando diversas interpretaciones lo que obliga a través de las diversas posturas, tanto de académicos, como de las decisiones judiciales y la casuística, examinar el punto.

ASUNTOS DE CONOCIMIENTO DE LOS JUECES LABORALES A TRAVÉS DE LA CASUÍSTICA.

CASO N° 1.

COMPETENCIA EN TRATÁNDOSE DE UNA EJECUCIÓN DE UNA SOCIEDAD EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA.

Una empresa es condenada dentro del proceso ordinario, posteriormente le sobreviene crisis económica y entra en estado de liquidación, al iniciarse el proceso de ejecución se le trae como ejecutada, igualmente se demanda ejecutivamente dentro del mismo

proceso a otra sociedad, afirmándose es la compañía "matriz" o "controlante" de la condenada en ordinario, para que esta última responda solidariamente.

AUTOEVALUACIÓN.

1. Es viable que la jurisdicción ordinaria laboral conozca por vía de ejecución, proceso contra una sociedad matriz, no vinculada al ordinario, en donde se condenó a una empresa controlada por ella? Se podría dictar mandamiento de pago contra la sociedad matriz?.
2. El proceso ejecutivo laboral podría seguirse únicamente contra la sociedad condenada en el proceso ordinario laboral, siendo que antes de la iniciación del ejecutivo, se hallaba en estado de liquidación, o le correspondería a otro ente adelantarle.

DECISIONES JUDICIALES

1.1. JUEZ COMPETENTE EN EJECUCIÓN DE SOCIEDADES EN ESTADO DE LIQUIDACIÓN. (...) "Establecido como está que los cobrados por la señora Consuelo Correa de Puerta a la sociedad FLORIDA SPORT LIMITADA EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA, son créditos laborales causados unos con posterioridad a la iniciación del concordato y otros con posterioridad a la apertura de la liquidación, los mismos deberán ser cobrados y pagados al interior del trámite liquidatorio que adelanta la Superintendencia de Sociedades, de donde resulta forzoso concluir que el mencionado cobro ejecutivo deberá continuar incorporado a dicho trámite y, en consecuencia, esta Corporación dirimirá el presente conflicto enviando el asunto a la citada superintendencia, por competencia.

**(TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. -
SALA LABORAL. RAD. 13 1999 00364 02)**

CASO N° 2

COMPETENCIA EN PROCESOS CONTRA ENTIDADES DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Se demanda al I.S.S. anhelando al pago de la pensión de vejez, presentándose el libelo ante el juez del circuito de ® de Pasto, toda vez que el demandante reside en esa ciudad. La reclamación administrativa, la presentó en Bogotá.

El I.S.S. excepciona, alegando que su domicilio no es Pasto, sin que por el hecho de que el demandante resida allí, deba asumir competencia el juez de Pasto. El juzgado declara probada la excepción de falta de competencia y remite el proceso al juzgado laboral de Bogotá.

AUTOEVALUACIÓN

1. Debe asumir el juez laboral de Bogotá el conocimiento?
2. Debe provocar el juez laboral de Bogotá el conflicto?
3. Estima Usted que el juez laboral de Pasto no debió declarar probada la excepción de falta de competencia?
4. En el evento de que se reclamen los incrementos pensionales establecidos por el decreto 758/90, podría demandarse ante el juez laboral del cto. de Bogotá (domicilio del ISS) o ante la seccional del ISS (Cali) en donde se reconoció la pensión? Serían los jueces laborales de ambas ciudades competentes?

DECISIONES JUDICIALES

2.1. CONFLICTO DE COMPETENCIA.

COMPETENCIA - Entidades del sistema de seguridad social integral - Reconocimiento previo de la prestación.

"Al decidir un conflicto de similares contornos al aquí suscitado, esta Sala de la Corte, el 30 de enero de 2007, Rad. 31149 sostuvo lo siguiente:

"La competencia para conocer de los procesos que se promuevan contra las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social Integral, fue atribuida por el artículo 11 del Código Procesal de la materia, al juez laboral del circuito del lugar del domicilio de la entidad de seguridad social demandada o al del lugar en donde se surtiera la reclamación del respectivo derecho, a elección del demandante.

"Con arreglo a lo anterior, el actor tiene la opción de seleccionar el juez laboral competente, entre el del lugar del domicilio de la entidad de seguridad social demandada o el del lugar donde haya efectuado la reclamación de su derecho.

"En el sub examine el actor optó por el juez del lugar en donde surtió la reclamación administrativa, como aparece señalado en el capítulo correspondiente de su demanda.

"No obstante, la inconformidad del Instituto de Seguros Sociales, materializada en la excepción previa de falta de competencia, que generó la colisión negativa planteada, radica en que la pensión cuyo reajuste solicita el actor, fue reconocida y viene siendo cancelada por la Seccional Risaralda, por lo que, dice, la reclamación de dicho reajuste debe efectuarse ante ella." (**Corte Suprema de Justicia. Auto del veinticuatro (24) de julio de 2007. Rad. 32468. M.P. Dr. Camilo Tarquino Gallego**)

2.2. CONFLICTO DE COMPETENCIA

COMPETENCIA - Entidades del sistema de seguridad social integral - Lugar del domicilio de la entidad demandada. El artículo 11 del código procesal del trabajo y de la seguridad social estatuye que en los procesos que se sigan contra las entidades del sistema de la seguridad social, la

competencia se determina por el lugar del domicilio de la entidad demandada o por el lugar donde se haya surtido la reclamación del respectivo derecho, a elección del actor.

En lo concerniente con el domicilio del instituto de seguros sociales, en providencia de 29 de enero de 2004 radicado 23267, reiterada el 27 de enero de 2005, radicación, 25732, la sala razono que las seccionales no pueden tenerse como domicilio de la entidad y expreso:

Ahora bien, el actor en el acápite de "COMPETENCIA" de la demanda señala que el juez laboral del circuito de Medellín es el competente < por la naturaleza del asunto y por haber estado adscrito el demandante a la seccional del ISS en la ciudad de Medellín,> lo que significa que considera que el domicilio de la entidad en su caso esta radicado en dicha ciudad.

El artículo 4 del decreto 461 de 1994 por medio del cual se aprobó el acuerdo 003 del 3 de mayo de 1993 del consejo directivo del Instituto de Seguros Sociales y que adopto los estatutos de esa entidad como Empresa Industrial y Comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad social estableció que:

<Domicilio. El Instituto de Seguros Sociales tiene su domicilio principal en la ciudad de Santa Fe de Bogotá D. C., por disposición de su consejo Directivo podrá establecer unidades o dependencias, operativas o administrativas, regionales o seccionales y locales en cualquier lugar del territorio nacional independientemente de la división político administrativa del país>.

De conformidad con la norma en cita el domicilio principal de la entidad, lo es la ciudad de Bogotá, y en las demás disposiciones relacionadas con este Instituto, no se señalan domicilio distinto, ni tampoco se ha de entender que el Consejo Directivo los da por establecidos cuando se crean unidades o dependencias, tales como las Gerencias Seccionales, en las que, para efectos expresos, el Gerente Seccional actúa como representante legal del Instituto pero por delegación de funciones del Presidente, tal como se indica en el artículo 3 del Decreto 2599 de 2002..."

"Así las cosas, la Seccional del Quindío con sede en Armenia no puede tenerse como el domicilio del Instituto de Seguros Sociales, y por lo tanto no le asiste razón al Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá en cuanto a este aspecto". . " (Corte Suprema de Justicia. Auto del 19 de septiembre de 2007. Rad. 32692. M.P. Dra Elsy del Pilar Cuello Calderón).

CASO N° 3

COMPETENCIA EN ASUNTOS RELATIVOS A LA EJECUCIÓN DE OBLIGACIONES EMANADAS DE LA RELACIÓN DE TRABAJO.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo profiere sentencia ordenando el reintegro de un empleado público al cargo que ocupaba antes de ser retirado del servicio, y al reconocimiento de los dineros dejados de percibir. Se presenta ejecución ante el Juez Laboral quien libra mandamiento de pago ordenando el reintegro, así como las sumas de dinero solicitadas. La demanda ejecutiva se presentó cuando ya operaban los jueces administrativos. El demandado, entidad oficial, al notificársele el mandamiento de pago interpone incidente de nulidad alegando falta de competencia.

AUTOEVALUACIÓN

1. Era pertinente librar mandamiento de pago?, Por qué?.
2. En caso de estimar, no era de conocimiento de la jurisdicción ordinaria laboral, qué decisión habría adoptado?.
3. La ejecución de un acto administrativo, a favor de un empleado público, le correspondería conocerlo a la jurisdicción ordinaria laboral o a la contenciosa administrativa?.

DECISIONES JUDICIALES

EJECUCIÓN DE SENTENCIA PROVENIENTE DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, EN FAVOR DE EMPLEADOS PÚBLICOS.

"Siendo ello así y como quiera que la Ley 954 de 2.005 entro a regir desde el 28 de abril de 2.005, toda la actuación surtida con posterioridad a esa fecha esta viciada de nulidad

por falta de jurisdicción, lo que impone decretarla incluso a partir de la actuación surtida con posterioridad a la fecha de vigencia de la Ley 954 de 2.005, 28 de abril de 2.005, esto es al auto de fecha 13 de diciembre de 2005, folio 71 inclusive, entendiéndose así que la nueva normatividad vigente y especial al tema permite asignar el conocimiento a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, posibilidad incluso abierta por el numeral 5º del Artículo 2º de la Ley 712 de 2.001 al preceptuar que corresponde a la jurisdicción ordinaria, cuando no se le asigne a otra autoridad, es decir, la ejecución para estos aspectos en nuestra jurisdicción, resulta residual, de manera que deberá adelantarse su trámite efectivamente por la autoridad jurisdiccional asignada por la Ley para asumirla y que para la fecha de este proveído es el Juez Administrativo a quien por reparto le ha de corresponder (num. 7º art. 42 Ley 446 de 1.998), habiendo sido tramitado por el Juzgado 7º Laboral del Circuito de esta ciudad, cuando la competencia al estar ya operando los Juzgados Administrativos, no le correspondía, conforme quedo visto.

"En esa perspectiva, lo que se sigue es decretar la nulidad de lo actuado a partir del auto visible a folio 71 inclusive, dictado el 13 de diciembre de 2005 por el Juzgado Séptimo Laboral, remitiendo el expediente al juzgado administrativo que corresponda por reparto, para el conocimiento. (TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL (RAD. 07 2005 01104 01))

CONFLICTO DE COMPETENCIA ENTRE EL JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE NEIVA Y EL JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DE LA MISMA CIUDAD. DECISIÓN: ASIGNA LA COMPETENCIA A LA JUSTICIA ORDINARIA LABORAL

"El tema central del conflicto gira alrededor de demanda ejecutiva promovida por Cielo González Berdugo, quien exhibe como títulos ejecutivos, base de la ejecución, unos actos administrativos expedidos por La Gobernación del Huila sobre la Bonificación Remunerativa Especial que se les reconoce a todos los docentes del Departamento del Huila que laboran en zona de difícil acceso o en situación crítica de inseguridad o mineras.

"Como puede verse, la pretensión ejecutiva no tiene origen en un contrato estatal ni en una sentencia condenatoria impuesta por la jurisdicción contencioso administrativa, por lo que se trata, según el planteamiento del abogado de la demandante, de un título que contiene una obligación clara, expresa y exigible, regida por las normas del derecho común.

Así, es viable entonces estar a lo previsto por el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil:

"(...) Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia o condena proferida por un juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, o de las providencias que en procesos contencioso administrativos o de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia (...)"

"Como quiera que lo atacado no es la manifestación de voluntad de la administración, contenida en acto administrativo, sino que la pretensión gira en torno al cumplimiento a cargo de una entidad de derecho público de una obligación, en concepto de la parte demandante, clara, expresa y exigible, que no proviene de una sentencia proferida por la jurisdicción contencioso administrativa, ni se deriva de un contrato estatal, la competencia radica en la jurisdicción ordinaria, a donde será remitida la presente actuación". (Consejo Superior de la Judicatura Sala Jurisdiccional Disciplinaria Registro: 21 de mayo de 2008. Radicación: 110010102000200800197 00 75. Magistrado Ponente: Doctor Rubén Dario Henao Orozco).

3.3. CONFLICTO DE JURISDICCIONES

"En consecuencia la Sala estima que quien debe conocer del asunto en conflicto conforme a lo dicho en precedencia es la justicia ordinaria representada por el Juzgado Primero Laboral de Valledupar, toda vez que a la demanda se aportó como anexo la primera copia de la resolución número 986 de fecha 4 de diciembre de 2003, mediante la cual se le reconoció a la

demandante la suma de \$6.297.385 millones de pesos por concepto de liquidación parcial de cesantías, por tanto, el cobro de la indemnización moratoria es exigible por vía ejecutiva en la medida en que a la actora sólo le corresponde acreditar el retardo y el valor correspondiente a cada día de salario.

"Es más, en la recientemente promulgada Ley 1107 de 2006, claramente se estableció que se mantendría la vigencia en punto a las competencias establecidas en la Ley 712 de 2001³, por lo tanto, en casos como el sometido a estudio, donde la acreencia laboral cuyo pago reclama la demandante ya fue reconocida por la administración, y como quiera que no se está discutiendo la legalidad del acto administrativo que la reconoció, sino muy por el contrario el pago de los intereses de la misma, es indudable que la demandante debe acudir a la jurisdicción ordinaria, con el fin de que se cristalice dicho pago que es en últimas lo que se pretende en la demanda.

"Cabe agregar que en el caso de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no es posible aplicar aquella máxima según la cual "...El juez de la acción es el mismo de la ejecución...", porque como se sabe, dicha jurisdicción conoce, sólo excepcionalmente, de procesos ejecutivos.

"Visto lo anterior, no cabe duda que la pretensión ejecutiva que es aquí objeto de conflicto, deberá ser enviada al conocimiento de la jurisdicción laboral representada en este caso por el Juzgado Primero Laboral de Valledupar, porque sin duda la misma proviene de una *relación de trabajo*, dentro del contenido conceptual definido por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. **(Consejo Superior de la Judicatura Sala Jurisdiccional Disciplinaria. dieciséis (16) de abril de dos mil ocho (2008) Magistrado Ponente GUILLERMO BUENO MIRANDA, Radicación No. 11001 01 02 000 2008 00628 00/907C Aprobado según Acta No. 42 de abril 16 de 2008.**

CASO N° 4.

³ "Artículo 2°. Derógase el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 y las demás normas que le sean contrarias. Parágrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001..."

ASUNTOS RELATIVOS AL ART. 216 DEL CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Una entidad educativa del sector oficial estima que el reconocimiento pensional otorgado a un exdocente a través de acto administrativo, violó las normas legales, en cuanto se obtuvo una mesada que no correspondía a las normas vigentes sobre la materia. En conciliación judicial celebrada con el exdocente, se logró una disminución en la cuantía de la mesada. No obstante, la universidad oficial sigue considerando existe una ilegalidad en la cuantía de la mesada, por lo cual presenta demanda ante el contencioso administrativo, solicitando la mesada se ajuste a los lineamientos legales, previa nulidad del acto administrativo reconocedor del derecho, como de la conciliación judicial. El docente impetra conflicto de competencia ante el juez laboral.

AUTOEVALUACIÓN

1. Podría la universidad oficial iniciar ésta controversia ante el contencioso administrativo?.
2. Es acertado, impetrar el conflicto de competencia ante la jurisdicción ordinaria laboral, cuando el contencioso administrativo ni siquiera se ha pronunciado sobre el tema?

DECISIONES JUDICIALES

CONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA LABORAL (ART. 216 C.C.A.)

"En este orden de ideas, tiene que concluirse que la competencia a que alude la ley 362/97, hoy ley 712/01, referida a las diferencias entre entidades públicas y privadas del régimen de seguridad social y sus afiliados presupone que se trata de aquellas cubiertas bajo la normatividad de la ley 100/93, por tanto no quedan comprendidas las prestaciones a cargo directo de un empleador, y por supuesto las que expresamente se

excluyeron del sistema integral de seguridad social, por lo que para el caso inicialmente citado debe acudirse a la regla general del art. 2 del CPL, en cuanto que esta jurisdicción se instituyó para conocer y decidir de los conflictos jurídicos derivados directa o indirectamente del contrato de trabajo.

"De manera que la discusión planteada en autos, no tiene cabida en esta jurisdicción, pues lo cierto es, que el demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es docente, es decir empleado público, lo que apunta a que sea la naturaleza jurídica de su relación con el Estado, el factor determinante para asumir la competencia, así que acorde al art. 2º, numeral 1º de la ley 712/01, al no anunciarse, ni dilucidarse en autos que la vinculación de Don Hector Guillermo Sierra Cuervo, estuviese regido por un contrato de trabajo, conduce a concluir que no es la jurisdicción ordinaria la llamada a conocer, adicionalmente por cuanto el empleador, accionante en el proceso seguido ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y quien en su momento reconoció la pensión, no hace parte del sistema integral de seguridad social.

"De la misma manera, puede consultarse sentencia expediente 6581-02 del 30 de abril de 2003 del Consejo de Estado MP Dr. JESÚS MARIA LEMUS, en cuanto los conflictos jurídicos de los empleados públicos cobijados por el régimen de transición en pensiones, corresponde conocerlos a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

"En estas circunstancias deberá estimarse que no es la jurisdicción ordinaria laboral la llamada a conocer del caso planteado, no generándose conflicto alguno, al seguir conociendo del proceso, la jurisdicción de lo contencioso administrativo..."(**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. SALA LABORAL. RAD. 20 2006 00232 01**)

CASO N° 5.

INTERVENCIÓN DE TERCEROS. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

María Pérez, trae a juicio laboral al empleador de su fallecido cónyuge, así como a la administración del fondo de pensiones en procura de que le reconociera como

beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de su difunto esposo, afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por el fondo de pensiones demandado, quien llamó en garantía a una compañía de seguros de vida, para que en el evento de ser condenado, igualmente la aseguradora responda por la suma adicional para financiar esa prestación, conforme a la póliza colectiva de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes, en donde la compañía de seguros se obligó con la administradora de pensiones a otorgar cobertura automática a los afiliados al fondo de pensiones, así como asegurar el pago de las sumas adicionales que sean necesarias para completar el capital que financie el monto de la pensión.

AUTOEVALUACIÓN

1. Podría la jurisdicción ordinaria laboral admitir el llamamiento en garantía de la compañía de seguros?
3. La intervención de terceros, es un tema ajeno a la competencia del juez laboral?

DECISIONES JUDICIALES

COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN PARA ADMITIR LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

"Al punto propuesto, ya la sala se ha pronunciado, en casos como el traído por el a quo, cuyos pronunciamientos caben igualmente en autos, citándose nuevamente; así.

"Por otra parte la Sala conoce de este ordinario en virtud de lo normado en el artículo 2 del C.P.L al afirmar por el demandante la existencia de un contrato de trabajo, en la forma ya señalada, siendo la presencia de la compañía de seguros derivado indirectamente de ese vínculo jurídico, pues la demandada solidaria la llama, para que eventualmente responda de las

condenas a que pudiere ser sometida amparándose justamente salarios y prestaciones comprendiendo el periodo servido por el actor.

Así las cosas, no es una decisión ajena a esta jurisdicción, bueno es traer a colación la sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, marzo 14 de 1.975:

"LO expuesto conduce a confirmar el auto impugnado, en orden a que seguros del estado intervenga como llamada en garantía.(TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. SALA LABORAL. (RAD. 04 2005 00694 01).

5.2. INTERVENCIÓN ADHESIVA

"Estima la sala, lo expuesto por el interviniente en sus escritos amerita su intervención en autos, conforme lo señala el inciso 1 del art. 52 del CPC, memorial presentado oportunamente inciso 4 art. 52 de la misma codificación, toda vez que es evidente que tiene una relación sustancial con la accionada, además al tercero no se le extienden los efectos jurídicos de la sentencia, y por otra parte podría verse afectado si la demandada es vencida, dado, que afirma, en unión de su Sra., vendió el establecimiento a la accionada; pudiendo el coadyuvante efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, tomando el proceso en el estado en que se halle, al momento de la intervención, siguiendo las directrices dispuestas en el mentado art. 52 del CPC.

"Las circunstancias anotadas, conducen a revocar el auto impugnado, y en su lugar, al estimarse procedente la intervención, deberá aceptarse de plano.(TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL (RAD 07 2004 00312 03).

NO PROCEDENCIA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTIA EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL

(...)

"En decisión aun más reciente dentro del proceso ordinario adelantado por Manuel Ibarguen Espinosa Chaverra contra Ambiente y Renovación Empresa Asociativa de Trabajo y las Empresas Varias Municipales de Medellín, radicado 2006- 0074, la Sala Sexta (hoy Quinta) de Decisión indicó:

"El artículo 57 del Código de Procedimiento Civil, de extensión analógica al Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, refiriéndose al LLAMAMIENTO EN GARANTIA, dice que 'Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación'.

"De acuerdo con criterio jurisprudencial acogido y aplicado por la mayoría de las Salas de Decisión Laboral del Tribunal, el llamamiento en garantía es una figura jurídica extraña en el Ordenamiento Procesal del Trabajo, dado que en éste se ventilan derechos y obligaciones del contrato de trabajo entre las partes involucradas en él, esto es, el trabajador como personal natural, y el patrono como persona natural o jurídica. Bien que la parte enjuiciada pueden ser dos o más patronos obligados en razón del nexo jurídico laboral, o en virtud de la solidaridad. Pero no es posible, en cambio, llamar al proceso o admitir como interviniente a un tercero, persona natural o jurídica, por sólo el hecho de ser garante de las obligaciones contractuales o extracontractuales del patrono accionado y presunto obligado.

"En el caso de autos se demanda el reconocimiento y pago de la indemnización por despido injusto, debidamente indexada, con ocasión del contrato de trabajo que vinculó al demandante con Ambiente y Renovación Empresa Asociativa de Trabajo, donde fue beneficiaria las Empresas Varias de Medellín. Excepción que se propone, por cuanto entre las demandadas se firmó un contrato de prestación de servicio de limpieza vial, barrido, papeleo, cordoneo y recolección del producto generado. En dicho contrato se le exigió al contratista la constitución de una póliza para el pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones al personal del 20% del

valor del contrato, incluidas adiciones y reajustes. En efecto, como bien lo manifestó el señor Juez de primera instancia, no corresponde a esta jurisdicción llamar en garantía a la Compañía de Seguros el Estado, sino la Jurisdicción Ordinaria Civil, dadas las características que rodean este tipo de contratos, no siendo viable, por tanto, se tenga que llamar a un tercero, a fin de hacerse responsable del pago de tal indemnización.

“Significa lo anterior que la decisión del a quo al negar la petición sobre llamamiento en garantía de Seguros del Estado S.A., formulada por la entidad demandada, debe ser confirmada, y así se hará, por encontrarla esta Sala cabalmente ajustada a la jurisprudencia y, por ende, a derecho.”

“De acuerdo con los anteriores precedentes, que la Sala de Decisión acoge, se revocará la decisión de primer grado y, en su lugar, se declarará probada la excepción previa de falta de jurisdicción para conocer del llamamiento en garantía propuesto por Colfondos S.A. en contra de la Compañía de Seguros Colpatria S.A.

(TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN SALA LABORAL . RAD. 2006-0402).

CASO N° 6.

RESPONSABILIDAD MÉDICA. PERJUICIOS CAUSADOS. DAÑO FISIOLÓGICO.

Carla Ortiz le reclama a Cajanal, Empresa Industrial y Comercial del Estado la indemnización por los perjuicios causados, derivados del daño fisiológico de origen profesional, el cual afecta su salud, así como las relaciones interpersonales, al inobservar la demandada normas de salud ocupacional, lo que generó estrés, ánimo depresivo y trastorno somatomorfo. Fue pensionada por invalidez, al tener una

pérdida de capacidad laboral del 98%. Como si fuera poco, estando afiliada al sistema de seguridad social integral, fue intervenida por los médicos adscritos a Cajanal de una patología inexistente, no cicatrizando debidamente, las secuelas producidas por la intervención produjeron una deformación facial, contribuyendo ello a que se agudizara la afección en las relaciones interpersonales.

AUTOEVALUACIÓN

1. La responsabilidad médica, cuando el afectado está afiliado al sistema de seguridad social integral es de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo? – Explique.
2. Cuando se demanda al empleador oficial, para que éste reconozca la indemnización por los perjuicios causados con ocasión de daño fisiológico, el juez competente, será el ordinario laboral?.
3. Si se trata de una entidad de medicina prepagada, la cual tiene una falla de responsabilidad médica y se le demanda la indemnización por perjuicios, cuál será el juez competente?.

DECISIONES JUDICIALES

CONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA LABORAL EN EVENTOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA

"Como ya lo tiene definido la Sala en sentencia del 19 de febrero de 2007, radicación 29519, en materia de competencias es a ella que le corresponde dirimir las controversias referentes al sistema de seguridad social integral de conformidad con la Ley 712 de 2001, de la cual afirma:

""Introdujo una innovación competencial que se anotó líneas arriba, mandato normativo que no hace ningún tipo de excepción y que denota más bien el interés de otorgar una competencia integral y omnicomprendensiva y especializar un sector de la jurisdicción ordinaria para conocer todos los asuntos atinentes a la referida materia".

"Y, se ha de refrendar tal tesis, para abundar en claridad de la separación de competencias con las otras jurisdicciones, en el sub lite, a partir del hecho admitido de que quien reclama es una afiliada al sistema de seguridad social; se cumple la condición a partir de la cual se irradia la competencia de la jurisdicción ordinaria, pues lo hace frente a una institución que es parte estructural del sistema, ya que funja como una EPS, o que actúe como prestadora de los servicios de salud, y la controversia gira sobre la manera como se cumplió con una prestación – no un mero hecho- de la administración debida a quienes están afiliados.

"Por lo demás, la tesis del Consejo de Estado, no hallaría acomodo en situaciones gobernadas por la Ley 1122 de 2007, que garantiza la integralidad del sistema al disponer que son indelegables las responsabilidades de aseguramiento de las Entidades Promotoras de Salud.

No supone lo anterior que todo tema de responsabilidad médica cae bajo la órbita de los jueces laborales y de la seguridad social; también son jueces naturales los de la jurisdicción civil cuando los servicios prestados tienen su origen en la médica particular, o los administrativos cuando entidades públicas prestan servicios de salud a quienes no están afiliados o vinculados al sistema.

"Un segundo pilar de la distribución de las competencias, es la improrrogabilidad de las jurisdicciones; los demandantes no escogen sus jueces, y según reglas objetivas éstas están asignadas privativamente, no de manera alternativa, a cada una de las jurisdicciones.(Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 22 de enero de 2008. Rad. 30621. M.P. Dr. Eduardo Adolfo López Villegas).

RESPONSABILIDAD MÉDICA Y HOSPITALARIA

"Se reafirman criterios para insistir en la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

EXTRACTOS: «Jurisdicción y competencia en materia de responsabilidad médico-hospitalaria oficial. La Sala es competente para conocer y desatar los recursos de apelación interpuestos, de conformidad con las precisiones trazadas en las sentencias de 19 de septiembre de 2007¹), toda vez que se trata de definir la responsabilidad de una entidad pública y de varios llamados en garantía, con ocasión de la prestación del servicio público oficial médico-hospitalario, circunstancia por la cual en materia de jurisdicción y competencia se reiteran los planteamientos contenidos en los precedentes citados.

“(…)

“En síntesis, pretender asignar la competencia para conocer de la responsabilidad por el acto médico u hospitalario, vía residual, a la Sala de Casación Civil y Agraria de la propia Corte Suprema de Justicia, cuando los servicios prestados tengan origen en una relación contractual privada, y al Consejo de Estado, cuando entidades públicas presten servicios de salud a quienes no están afiliados o vinculados al sistema, supone por parte de la Sala de Casación Laboral arrogarse un marco general de competencia que no ha sido trazado por el legislador, comoquiera que dicha interpretación haría nugatoria las competencias que expresamente el ordenamiento jurídico ha asignado a otros jueces de la República.

“En efecto, cuando se imputa la responsabilidad extracontractual de la administración pública, derivada de un hecho, omisión, u operación administrativa en el campo médico, no es posible entender que la misma, por más que el servicio se haya suministrado con ocasión del sistema de salud, deba ventilarse ante la jurisdicción ordinaria; por lo tanto, la competencia se derivará del análisis que el juez de lo contencioso administrativo haga frente al asunto concreto, a partir de los postulados establecidos en el artículo 90 de la Constitución Política y, de forma concreta, en

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, expedientes 15382 y 16010. Se pueden consultar igualmente, las sentencias de 19 de octubre de 2007, expediente 30871, y de 4 de diciembre de 2007, expediente 17918.

relación con el sistema de salud público, desde la perspectiva de la responsabilidad extra contrato. A contrario sensu, el análisis desde el sistema de seguridad social, supondrá, en todos los casos, determinar, prima facie, la existencia y la calidad de "vinculación" con la entidad prestadora del servicio, esto es, bien a título de afiliado, vinculado o beneficiario, en orden a establecer si la persona . que entra en conflicto con la institución respectiva, estaba o no dentro del sistema, lo cual presupone un estudio contractual de cotización (CONSEJO DE ESTADO Sentencia de 24 de abril de 2008. Radicación 17062. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero)

CONFLICTO DE JURISDICCIONES: DAÑO FISIOLÓGICO

"Finalmente es de anotar que en lo esencial el numeral 4°. del artículo 2°. de la Ley 712 de 2001 es mutatis mutandi igual al artículo 2°. de la Ley 362 de 1997 que acogió en forma más explícita la exégesis que las Altas Corporaciones de Justicia le habían impartido. Valga recordar que en esas sentencias se precisó que después de la expedición de la Ley 100 de 1993, para los efectos del Sistema de Seguridad Social Integral, no es necesario tener en cuenta la naturaleza jurídica del vínculo ni los actos que reconocieron o negaron un derecho sustancial en esta materia, sino la relación afiliado, beneficiario o usuario con la respectiva entidad administradora o prestadora del servicio de seguridad social integral. Por tanto es la materia de la controversia lo que define la jurisdicción competente y no el status jurídico del trabajador..."

De todo lo anterior se concluye entonces que si clarificado como lo está cuáles son las prestaciones sociales, económicas y de salud que se encuentran desarrolladas en la Ley 100 de 1993, debe entenderse que son éstas y nada más que éstas las que son del conocimiento de la

jurisdicción ordinaria que debe atender sin que importe la naturaleza de la relación jurídica o del acto jurídico que se controvierta.

Siguiendo entonces los anteriores derroteros, fácil es concluir que dentro del asunto en análisis, la indemnización por perjuicios que solicita la señora EDILMA CECILIA PARDO DE MONROY, hace parte del Sistema de Seguridad Social I Integral porque se refiere a una reclamación que tiene relación con el sistema de riesgos profesionales, por cuanto en la misma demanda se indica que los daños a su salud y capacidad laboral tienen carácter profesional debido a que se ocasionaron por el estrés a que se vio sometida por exceso de trabajo.

"Además no debe olvidarse que la demandante ingresó a laborar como docente para el Distrito Capital de Bogotá, a partir del 26 de marzo de 1996, por lo tanto, no hace parte de régimen especial alguno.

"En consecuencia, se llega a la conclusión que el trámite y decisión del asunto le competente a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de seguridad social integral (CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA. Bogotá D.C., 15 de marzo de 2007 Magistrado Ponente GUILLERMO BUENO MIRANDA, Radicación No. 11001 01 02 000 2006 01929 00/691C. Aprobado según Acta No. 28 de marzo 15 de 2007).

PERJUICIOS – DAÑO FISIOLÓGICO – VIDA EN RELACIÓN

"Al margen del anterior resultado, considera la Corte necesario expresar su opinión acerca de la competencia de esta jurisdicción para conocer asuntos como el aquí tratado, pues si bien los jueces de instancia asumieron el conocimiento del mismo sin titubeos, es indudable que

existen inquietudes y dudas sobre esta trascendental materia en la comunidad jurídica nacional que reclaman un pronunciamiento de esta Corporación.

"Hay que empezar destacando que el numeral 4 del artículo 2º de la Ley 712 de 2001 atribuyó a esta jurisdicción el conocimiento de las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos materia de discusión.

"En orden a desentrañar el alcance de la disposición legal transcrita es menester indagar en primer lugar cuál fue la idea del legislador cuando aludió a la expresión "controversias referentes al sistema de seguridad social integral" y específicamente delimitar el concepto de sistema de seguridad social integral, para lo cual es necesario precisar que por tal debe entenderse, en sentido amplio conforme lo define el preámbulo de la Ley 100 de 1993, "el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad"

"En términos más puntuales el artículo 1º ibídem es enfático al establecer que el sistema comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones económicas, de salud y servicios complementarios, materia de esta ley, u otras que se incorporen normativamente en el futuro (resalta la Sala); y los artículos 6º y 7º siguen esta misma línea al disponer como objetivos del sistema el cubrimiento de las contingencias económicas y de salud en los términos previstos en esa ley.

"Desde el punto de vista ontológico, entonces, la definición de sistema de seguridad social integral lleva a concluir que el mismo está asociado inicialmente y tiene que ver con la satisfacción de unas obligaciones prestacionales a cargo de las entidades señaladas por la ley como responsables de su asunción, las cuales, bueno es precisarlo, no se reducen a las contempladas en las normas ya enunciadas sino que incluyen las establecidas en los artículos 159, 163 y 208 de la Ley 100, sin dejar de lado las prestaciones económicas contempladas en los artículos 206 y 207 ibídem, entre otras.

"Se sigue de lo discurrido que el denominado sistema de seguridad social integral surgido de la Ley 100 de 1993 no puede circunscribirse al establecimiento de unas prestaciones de carácter asistencial o económico, sino que incluye adicionalmente un conjunto de obligaciones específicas, actividades, prácticas, fórmulas, actitudes métodos y procedimientos dentro de los que debe desenvolverse la prestación, elementos que cobran especial importancia en el terreno de la salud dada la complejidad de este servicio y los valores y bienes que allí están en juego.

"Bajo esos parámetros y acorde con la definición que viene de hacerse, ninguna duda queda de que aquellos conflictos derivados de los perjuicios que sufran las personas debido a la falta de atención médica cuando ella es obligatoria, a defectos o insuficiencia en la misma, a la aplicación de tratamientos alejados o ajenos a los estándares y practicas profesionales usuales, o la negativa de la EPS de autorizar la realización de medios diagnósticos o terapéuticos autorizados por el médico tratante, entre otros, constituyen controversias que tienen que ver con la seguridad social integral en tanto entrañan fallas, carencias o deficiencias en la observancia de las obligaciones y deberes que la ley ha impuesto a las entidades administradoras o prestadoras de servicios de salud, y por lo mismo el conocimiento de ellos corresponde a esta jurisdicción.

"Además del elemento objetivo que se dejó analizado, la ley también fijó un componente subjetivo para la determinación de la competencia consistente en que los conflictos deben suscitarse "entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras". En lo que tiene que ver con el campo de la salud es sabido que

los afiliados pueden pertenecer al régimen contributivo o al subsidiado (artículo 157, Ley 100); que los beneficiarios son aquellas personas pertenecientes al núcleo familiar del afiliado señaladas en el artículo 163 ibídem; que las entidades administradoras del sistema son básicamente las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y que al lado de éstas se encuentran las que prestan directamente los servicios de atención de salud (IPS), de modo que en las diferencias de seguridad social que se susciten ante esta jurisdicción deben aparecer como sujetos procesales o como víctima o causante del perjuicio alguna de las personas naturales o jurídicas señaladas". (Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral. Sentencia del 13 de febrero de 2007. M.P. Dr. Carlos Isaac Nader).

CASO N° 7.

CONTROVERSIA REFERENTE AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL.

Un empleado público, de nombre Matías Mancera pretende de Cajanal le reconózca la pensión de jubilación, por vía del régimen de transición señalado en el art. 36 de la ley 100 de 1993, cumpliendo los requisitos para pensionarse el 31 de diciembre de 2003. Le consulta a un abogado quien le recomienda debe presentar la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

AUTOEVALUACIÓN

1. Sería viable que la jurisdicción administrativa, asumiera el conocimiento?
Explique.
2. En el evento de que finalmente se decidiera presentar la demanda ante el juez laboral, esta se admitiera y, no se propusieran excepciones, llegado el momento de dictar sentencia, se podría decidir de fondo?

DECISIONES JUDICIALES

LA RELIQUIDACIÓN DE PENSIONES OTORGADAS POR CAJANAL ANTES DE LA LEY 100/93, ES AJENA AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL Y POR ENDE AL CONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

"En autos, se aspira a la reliquidación de una pensión otorgada a través de la resolución #003718 de junio de 1.992, folio 69, la que tal, como quedó vista, no hace parte del sistema de ley 100/93, lo que excluye el conocimiento de esta jurisdicción, dado además la calidad de empleado público que al retiro tuvo el actor en el Ministerio de Hacienda, folio 12, no acreditándose tampoco que el beneficiario estaba vinculado con la accionada a través de un contrato de trabajo, de manera que al no acreditar su condición de trabajador oficial, se asume entonces su calidad de empleado publico al retiro, tal como se anotó, al laborar como guarda de aduanas al servicio del Ministerio de Hacienda, folio 12, situaciones que impiden a esta jurisdicción conocer del tema propuesto por don JAIME MAESTRE CÉSPEDES, así que la decisión, será la de declarar la nulidad por falta de jurisdicción a partir incluso del auto admisorio de la demanda, folio 30 y acorde a la sentencia C-662 de junio 8 de 2.004, se remitirá a la jurisdicción de lo contenciosos administrativo a fin de que se adecua través de esa cuerda procesal, precisándose que en todo caso le corresponde a esta instancia evaluar, antes de fallar, si se hallan presentes los presupuestos procesales, y la existencia de motivos constitutivos de nulidad".(TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL. (RAD. 08 2003 00549 01).

CONFLICTO ENTRE JUZGADO ADMINISTRATIVO Y LABORAL DE LA MISMA CIUDAD. RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN OTORGADA POR LA GOBERNACIÓN DEL TOLIMA

"Se concluye de las anteriores disposiciones que los pensionados, aun aquellos a quienes se les reconoció la pensión con anterioridad al 1° de abril de 1994, quedaron incorporados al Sistema General de Pensiones y éste es uno de los componentes del Sistema de Seguridad Social Integral.

"Se dijo anteriormente que el artículo 2° de la Ley 712 de 2001 en su numeral 4°, dispuso que las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan, son de conocimiento de la Jurisdicción Ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social.

"Así las cosas, conforme con las normas que se han expuesto y la asignación de competencias que configuró el Legislador, la controversia de que se trata en el caso bajo se examen, corresponde a la jurisdicción ordinaria laboral y por tanto así habrá de desatarse este conflicto.(CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Bogotá. D.C. 27 de marzo de 2008. Magistrada Ponente: Dra. MARÍA MERCEDES LÓPEZ MORA. Radicado No. 110010102000200701764 00).

CASO N° 8.

CONTROVERSIA REFERENTE AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL.

Doña Elvira Ramírez acude a un hospital – E.S.E., para recibir atención médica, suscribe un pagaré a efectos de garantizar el pago por los servicios asistenciales, hechos ocurridos en vigencia del sistema de seguridad social integral, sin embargo, la señora Ramírez incumple el pago, procediendo la entidad hospitalaria a demandar ejecutivamente con base en ese título valor.

AUTOEVALUACIÓN

1. Al tenor del numeral 5° del art. 2° del C.P.L. será el juez laboral competente para conocer de este asunto?
2. En el evento de que se estimara le corresponde a otra especialidad, bastaría únicamente indicar en el proveído respectivo el rechazo de la demanda?, o debe remitirse a quien se considere competente?
3. Una A.F.P. demanda a una empresa aseguradora reclamándole se de cumplimiento al contrato de seguros previsionales, en orden a que reconozca la suma adicional contemplada en el artículo 77 de la ley 100 de 1993, como consecuencia del fallecimiento del afiliado don Tarcisio Toro, a fin de financiar la pensión de sobrevivientes de los beneficiarios del citado causante.

Usted como juez laboral admitiría esta demanda, o consideraría, por tratarse de un asunto ajeno a la seguridad social que involucra aspectos relativos a un contrato de seguro, debe tramitarse a través de un juez civil?

En el evento en que se estimare dicha controversia es de conocimiento de los jueces laborales, cual sería el término de prescripción, si lo hay, el regulado por el artículo 1081 del código de comercio o el general establecido en el artículo 151 del código de procedimiento laboral?

DECISIONES JUDICIALES

COLISIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE JUEZ CIVIL MUNICIPAL Y JUEZ LABORAL DEL CIRCUITO. EJECUCIÓN DE PAGOS DE SERVICIOS MÉDICOS CONTENIDOS EN UN TÍTULO VALOR, EN FAVOR DE UNA E.S.E.

"Analizado el conflicto desde esta óptica, tenemos que el origen de la obligación dineraria cuyo cumplimiento forzado se persigue surge por la prestación de un servicio de salud que se hizo constar en un pagaré, el cual, dada su naturaleza de título valor se hace valer en forma independiente al asunto que lo origina. En ese orden de ideas, si bien es cierto la obligación referida tuvo su origen en la prestación de un servicio de salud por parte de una E.S.E, que sin lugar a dudas funge como actora del sistema de seguridad social en salud a un usuario, por esa sola razón no se sitúa en cabeza de la jurisdicción laboral la competencia para el conocimiento de la controversia, pues aquí no se persigue el reconocimiento prestaciones, derechos o la asunción de obligaciones contempladas en el sistema integral de seguridad social, sino la observancia de una obligación dineraria a cuyo pago se obligó la demandada de manera personal por la prestación de un servicio a través de un título valor que se rige por las normas del código de comercio.

"Quiere decir lo anterior, entonces, que la solución de esta contención corresponde es al Juez Civil Municipal. (TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL. SALA MIXTA. RADICACION 2006- 00183-01).

CONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN EN LOS EVENTOS DEL ART. 77 DE LA LEY 100 DE 1993

"De esta manera no hay dubitación a que el punto en discusión es tema de la seguridad social integral, ahora, las entidades distanciadas en juicio, pertenecen al sistema, la accionada, que en principio no lo pareciera, para el caso específico no solo maneja recursos del sistema de seguridad social integral tal como se anotó, sino que esta autorizada por la Superbancaria (Fl. 285, 288 s.s.), para operar el ramo de pensiones Ley 100, así como el ramo de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, no debiendo por tanto, resultar extraño a la jurisdicción, la reclamación derivada de las pólizas suscritas, presentada por COLFONDOS a

la **COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA COLPATRIA S.A.** en atención al tema que involucra, y las características de las partes, para esta específica discusión.

"(...).

"En suma, el caso planteado para nada se sale de la órbita de la seguridad social integral, le es consustancial, le pertenece, incluso en concepto de la Superfinanciera (Fls. 60 – 64) a estos seguros no le resultan aplicables en su integridad las normas del Código de Comercio que regulan seguros privados, y de otro lado, siendo la accionante persona jurídica del sistema, que por extensión, aboga por su **afiliado**, conforme al Artículo 77 de la Ley 100 de 1993, y la demandada, que para este específico caso actúa como un ente de la seguridad social acorde a lo ya explicado, conducen a comprender que ciertamente esta jurisdicción deba conocer del conflicto al tenor del Artículo 2° numeral 4° de la Ley 712 de 2001, siguiéndose la revocatoria del auto impugnado, en su lugar se declarará no probado el medio exceptivo de falta de jurisdicción, debiendo continuarse con el trámite procesal. **(TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL. (RAD. 03 2006 00252 01).**

NO PRESCRIPCIÓN SEGUROS PREVISIONALES

"Adicionalmente es de destacar que la Constitución Política de 1991 en su artículo 48 enmarca a la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio y un derecho irrenunciable, lo que reafirma la tesis de que los seguros previsionales de marras, como se dijo, son dable considerarlos como una categoría especial, que los sustrae de las regulaciones comerciales o mercantiles propias de los seguros generales que vayan en contravía de los principios, cometidos o fines del sistema pensional, como para el caso acontece con la aplicación de las reglas de la prescripción previstas en el artículo 1081 del Código de Comercio, que en definitiva no tienen cabida o aplicación en esta clase de seguros propios de la invalidez y sobrevivientes, así las entidades aseguradoras autorizadas para su manejo y explotación estén sujetas al estatuto financiero.

"Hasta lo aquí dicho, se colige que el Juez de apelaciones erró al aplicar la norma comercial y determinar con base en ella que estaban prescritos los derechos derivados de la póliza del seguro previsional tomada por Colfondos S.A. a la Aseguradora de Vida Colseguros S.A..

*"En estas condiciones, la controversia queda circunscrita a definir cuál es el término de prescripción de las sumas aseguradas y bajo que normatividad se regula, o, si como lo sostiene la sociedad recurrente **el derecho de amparo del seguro previsional a reclamar entre entidades**, esto es, el que le asiste a la administradora de pensiones frente a la compañía de seguros, en verdad no prescribe.*

"(...)

*"Así mismo, importa decir que la obligación del reconocimiento de la "suma adicional" que completa ese capital de la pensión de invalidez o sobrevivientes, según sea el caso, que es el derecho que ampara el citado seguro previsional, realmente se hace **exigible** es cuando se concede la respectiva pensión por el lleno de los requisitos legales, por parte de la administradora de pensiones de manera directa o por decisión judicial en la eventualidad de una controversia, dicho en otras palabras, **es a partir del momento en que se otorga la prestación pensional que se puede entender causado el derecho a que se traslade al tomador el aporte adicional que corresponda a la aseguradora.** De lo contrario, se harían nugatorios los efectos de la póliza vigente para la época del siniestro y de la norma legal que prevé la financiación de las aludidas pensiones tomando como un componente necesario esa suma o aporte adicional, que se indica una vez más, busca integrar el capital para el pago de la prestación, en aquellas situaciones que no resulte suficiente lo que se tiene en la cuenta individual del afiliado al RAIS.*

"En definitiva, los derechos que emanen del mencionado seguro previsional de la seguridad social, para efectos de trasladar los recursos faltantes para financiar la pensión al tomador que lo es el fondo de pensiones y a favor de uno de sus afiliados, en puridad de verdad, como quedó visto, son imprescriptibles, manteniéndose en esta forma latente la posibilidad de llamar en cualquier tiempo a responder a la aseguradora por esa suma adicional que se comprometió a pagar en la correspondiente póliza existente y vigente para cuando acaeció la contingencia de la invalidez o la muerte.(CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN LABORAL Magistrado Ponente: LUIS JAVIER OSORIO LOPEZ. Radicación No. 31214 , veintiuno (21) de noviembre de dos mil siete (2007).

CASO N° 9.

JURISDICCIÓN INTERNACIONAL. APLICACIÓN DE TRATADOS EN LA LEGISLACIÓN.

Maria José Lucumí laboró al servicio de una misión diplomática acreditada en Colombia desde el 1° de abril de 1989 hasta el 29 de junio de 2008, se desempeñó como recepcionista, reclama prestaciones sociales, concretándolas en cesantías, sus intereses y primas. La accionada replica, argumentando que en el país de origen no se reconocían prestaciones sociales por el servicio subordinado.

AUTOEVALUACIÓN

1. Frente a la Convención de Viena de 1961, aprobada por Colombia mediante ley 6ª de 1972, sería un limitante externo o internacional, para asumir la jurisdicción ordinaria laboral su conocimiento?.
2. Tendría alguna trascendencia el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, aprobado por Colombia, mediante la Ley 74 de 1968?.
3. En el evento de que las funciones de recepcionista tuviese incluidas actividades gubernamentales de la misión diplomática demandada podría asumir la jurisdicción ordinaria laboral el conocimiento?.
4. Los convenios internacionales de trabajo, o tratados no ratificados por Colombia forman parte de la legislación nacional?. En caso afirmativo, ocuparían algún lugar dentro de la jerarquía normativa de Colombia, o serían meros criterios de refuerzo para alguna decisión judicial?.
- 5.Cuál es la fuerza vinculante de los tratados internacionales ratificados a las voces de los art. 53 y 93 de la Constitución Política?.

DECISIONES JUDICIALES

COMPETENCIA EN DEMANDAS DE NACIONALES CONTRA MISIONES DIPLOMÁTICAS

"Pretende la gestora de la acción incoada, llamar a responder ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral Colombiana, a la Misión Diplomática de la Embajada del Líbano en Colombia, representada por el Señor Embajador Munir Khreich.

"Frente a la anterior solicitud, innegablemente de gran trascendencia, como también lo que aquí se decidirá, es preciso recordar lo que sobre el punto ha estimado la jurisprudencia colombiana.

"Esta Sala de la Corte, de tiempo atrás, ha sido del criterio de la impertinencia de la admisión de demanda y trámite de proceso laboral, contra Embajadas de países extranjeros acreditados en Colombia, bajo el argumento de que ello contrariaría los principios de independencia, soberanía y libertad con que el derecho internacional ha rodeado a los representantes nacionales en otros Estados.

"No obstante lo anterior, en torno a la discusión de si la jurisdicción laboral era la competente para conocer de asuntos en los que interviniera un agente diplomático extranjero, han gravitado dos tesis diametralmente opuestas: la primera, referida a la interpretación del artículo 31 de la Convención de Viena de 1961, aprobada por el Estado Colombiano a través de la Ley 6ª de 1972, que predica la existencia de la inmunidad de jurisdicción en materia laboral, al equiparar la jurisdicción del trabajo a la civil, y que la citada Convención se encargó de regular; la segunda, según la cual el derecho laboral goza de plena autonomía como disciplina jurídica, por lo que, al no aparecer mencionada dentro de las consagradas en la Convención de Viena, en una interpretación restrictiva de la norma, se podía, válidamente, someter a la jurisdicción del trabajo, el conocimiento de los asuntos laborales que comprometieran a agentes diplomáticos extranjeros. Así, esta última recibió aceptación de la Sección Primera de la Sala, en providencia del 9 de julio de 1986, en la que, después de reproducir las competencias otorgadas a la Sala de Casación Laboral y su similar civil, por las normas legales de procedimiento, y el 151 - 3 de la anterior Constitución Nacional, dijo:

“La norma internacional aplicable, o sea la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas hecha en Viena el 18 de abril de 1961 y aprobada por Colombia mediante la Ley 6ª de 1972, consagra únicamente la inmunidad de los agentes diplomáticos en materia Penal - sin excepción alguna - y la inmunidad frente a la jurisdicción Civil y administrativa con algunas excepciones (artículo XXX Convención).

“Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con una regla universal de lógica jurídica, las excepciones (a lo cual equivale la exención o inmunidad) deben ser expresas y taxativas, y están sujetas a la interpretación restrictiva. Entonces, si la citada Convención de Viena hubiese querido consagrar la inmunidad diplomática en relación con la jurisdicción laboral o del trabajo, así lo hubiera consagrado expresamente.”

“Considérese también que el derecho laboral, derecho obrero o derecho del trabajo es rama autónoma desde fines del siglo pasado, plenamente reconocida como tal por la doctrina y la legislación. Y ello principalmente y en primer lugar en el campo internacional, gracias a las organizaciones profesionales de carácter internacional, a los congresos y conferencias internacionales especializados, y a los tratados o convenios internacionales de derecho obrero o del trabajo. No es dable entonces pensar que los redactores de la Convención de Viena de 1961 ignoraran tal hecho, y hubiesen pretendido englobar en la jurisdicción Civil o Administrativa, lo correspondiente específicamente al nuevo derecho laboral o del trabajo. No se olvide que desde 1919 la OIT inició la elaboración de un verdadero Código Internacional del Trabajo, reconocido universalmente en el mundo jurídico, a nivel internacional especialmente, de importancia tal que ha merecido la calificación de “estatuto del siglo XX”.

Sin embargo, el 2 de julio de 1987, la Sala Plena de Casación Laboral rectificó la tesis, con las siguientes reflexiones, pertinentes:

“(…) los agentes diplomáticos acreditados ante el Gobierno colombiano gozan de inmunidad frente a toda especie de litigios entre particulares, sean ellos mercantiles, laborales o puramente

civiles, desde luego que, cuando el artículo XXXI de la Convención emplea las palabras "jurisdicción civil" no es para restringir el término "civil" al ámbito exclusivo de ese derecho sino para diferenciar la rama de la justicia que dirime los conflictos de intereses que se presenten dentro del ámbito de las leyes que regulan las conductas recíprocas de los habitantes del país en el aspecto patrimonial y del estado civil de las personas, de aquellas otras ramas de la justicia que tienen a su cargo reprimir los delitos o juzgar sobre la validez de los actos o hechos de la Administración Pública."

"De lo anterior se desprende necesariamente que conforme a las disposiciones que acaban de mencionarse, esta Sala carece de competencia para conocer de la presente demanda, por cuanto el agente diplomático extranjero contra el cual se dirige goza de inmunidad ante la justicia del trabajo, como parte que es manifiestamente de la llamada "jurisdicción civil".

"Si a ello se agrega que dicha demanda no se refiere siquiera a unos presuntos servicios prestados personalmente al Embajador Gillespie sino a unas labores cumplidas en beneficio de una agencia oficial de gobierno extranjero, esa demanda viene a equivaler un intento de que la justicia colombiana, cuyo ámbito se circunscribe al de nuestro propio territorio, llame a juicio al gobierno de otro Estado soberano y eventualmente profiera sentencia contra él como consecuencia de actos oficiales de aquel país extranjero, intento este que resulta inadmisibles a todas las luces."

"Con esta tesis queda rectificadas las tesis sostenidas por la Sección Primera de esta Sala en auto de 9 de julio de 1986 (...)"

"Resulta ahora, para esta Sala, de imperiosa necesidad reestudiar el tema, pues en estos últimos veinte años, múltiples argumentos han surgido, para reevaluar las vigentes consideraciones con relación a la inmunidad de jurisdicción de los Estados en materia laboral, los cuales, por su importancia, no pueden desconocerse, ya que hacen parte del proceso dialéctico, que se ha

construido para dotar de realismo y eficacia los derechos de los trabajadores, en todas las latitudes.

"En verdad, con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, se construyó la tesis jurisprudencial, respecto del carácter fundamental del derecho al trabajo, como atributo inalienable de la personalidad jurídica, y como factor preponderante en el desarrollo del individuo y de la sociedad, dentro del marco del Estado Social de Derecho.

"En esa medida, el artículo 25 de la Carta edificó al trabajo como un derecho y una obligación social, con plenas garantías y con protección especial del Estado, en condiciones dignas y justas, y lo dotó de unos principios mínimos fundamentales que debe reconocer la ley, como lo prevé el artículo 53 Ibídem.

"Lo anterior, desde luego, permite señalar que el derecho del trabajo, al ostentar el carácter de fundamental, y en atención al mandato contenido en el artículo 93 de la Constitución Política, debe interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos, y con plena observancia de los valores y principios que lo protegen y garantizan. Sin dejar de lado que el artículo 9° Superior también impone al Estado el reconocimiento de los principios del Derecho Internacional aceptados por Colombia.

"El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado mediante la Ley 74 de 1968 dispone:

"Artículo 5°

"2. -No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado".

"Artículo 6.

1.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas, para garantizar este derecho."

"En el precedente orden de ideas descrito, surge palmario que, al tener el trabajo la entidad de derecho humano, mediante el cual se dignifica a la persona y se contribuye al desarrollo de la sociedad, deba ser objeto de protección, indistintamente, por todas las naciones. Dentro de este contexto, no resulta ahora apropiado desconocer derechos y prerrogativas de los trabajadores, con grave menoscabo en su condición humana, con afectación a la credibilidad que la sociedad debe tener en la justicia que, en últimas, es la encargada de dirimir las controversias, sin distinción alguna, como lo pregonan al unísono la comunidad internacional.

"Si bien, como algunos lo sostienen, para señalar la competencia de la Corte, respecto del conocimiento de demandas laborales, bastaría con predicar que la misma Convención de Viena de 1961, aprobada por el Estado Colombiano por la Ley 6ª de 1972, no se ocupó de la inmunidad de jurisdicción de los Estados en materia laboral, dada la autonomía de esta rama del derecho adquirida desde comienzos del siglo pasado, existen otras consideraciones que en el momento actual cobran vigencia.

"En efecto, ante tal ausencia normativa, la referida Convención afirmó que:

"(...) las normas del Derecho Internacional consuetudinario han de continuar rigiendo las cuestiones que no hayan sido expresamente reguladas en las disposiciones de la presente Convención."

"Lo anterior fue corroborado por el artículo 38 numeral 1º literal b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que determinó, entre otras, como fuentes interpretativas del derecho,

"la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho", y en el literal c) "los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas".

"Innegablemente, si durante el siglo XIX imperó la tesis de la inmunidad de los Estados "par in parem not habet imperium", con el advenimiento del siglo XX, tal postura se ha morigerado ante la irresistible necesidad de mejorar las relaciones comerciales entre los Estados, quienes no solo empezaron a actuar conforme a las potestades soberanas que les correspondían, sino que asumieron un rol como si se tratara de cualquier otro individuo.

"Esta modificación en el universo jurídico, indudablemente, generó diversas diferencias en el ámbito internacional, que debieron ser discutidas y zanjadas, pasándose de una concepción de la inmunidad absoluta de jurisdicción, a una aplicación relativa, en la que el Estado debía responder por los actos que, como particular, hubiera realizado.

"Y no podría ser de otra manera, pues surgía evidente que, de seguirse admitiendo la referida inmunidad absoluta, el individuo acreedor, quedaría en situación de desigualdad y desventaja, al no poder obtener una respuesta eficaz frente a la eventual demanda que llegase a presentar, acorde con los ordenamientos legales internos.

"Así por ejemplo en materia laboral, distintos países, con fundamento en la costumbre internacional, han admitido su sujeción a las normas laborales internas. Entre ellos se encuentran: Estados Unidos, Polonia, Chile, República Islámica de Irán, Grecia, Rusia, Rumania, Francia, Tailandia, Indonesia, Brasil, Perú, Panamá, Guatemala, Suráfrica, Kenia, Honduras, Nueva Zelanda, Nicaragua, India, Italia, Austria, Hungría, Bulgaria y Argentina. De ello dan cuenta las comunicaciones pertinentes que éstos han enviado al Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

"Lo anterior pone de manifiesto, que la tesis de la inmunidad absoluta de jurisdicción de los Estados se ha debilitado, dando paso a otra - inmunidad relativa -, que no puede ignorarse, pues

sería tanto como estar de espaldas ante un episodio de la humanidad que reclama su propio tratamiento.

"Si en el ámbito de las relaciones comerciales, esta última práctica adquirió relevancia, en un tema tan sensible como el derivado de las controversias laborales, se ha venido convirtiendo en la única forma de efectivizar aquellos derechos hasta ahora ilusorios; tanta es su trascendencia que la redacción de la Convención de las Naciones Unidas, sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, de diciembre 2 de 2004, se ocupó del tema, al delimitar los conceptos respecto de las inmunidades, y su aplicación en el tema de los contratos laborales ejecutados en el país del Estado foro.

"Esta nueva orientación, conlleva la necesidad de responder a los ciudadanos del Estado, cuando, como en este caso, a pesar de ser habitantes nacionales, y haber prestado servicios a Misiones Diplomáticas de otros países, esta Corte ha venido negando la posibilidad de verificar mediante un proceso, si les asiste un derecho salarial o prestacional, basada en el respeto a la soberanía inviolable de los Estados. Realmente, en la actualidad no existe fundamento alguno de orden constitucional o legal para persistir en dicha tesis, porque de esta forma, eventualmente, se desconocerían los enunciados beneficios, y las normas del derecho laboral. Ello es así, dado que, frente a una relación laboral, acorde con las normas del trabajo del Estado receptor, para este asunto el de Colombia, ese servicio es distinto de las actividades que el país extranjero desarrolla dentro del ámbito de sus funciones soberanas, es decir, que aquellas no son gubernamentales.

"Precisado lo anterior, respecto de la inexistencia de inmunidad absoluta de jurisdicción de los Estados, en materia laboral, deben puntualizarse otros aspectos, con el objeto de no generar confusiones, en el procedimiento a seguir.

"Primeramente, debe aclararse que el demandado, según lo invoca la demandante, es a quien efectivamente le prestó el servicio, esto es, a la "Misión Diplomática Embajada del Líbano en

Colombia representada por el señor Embajador", es decir, el Estado extranjero, representado por el agente diplomático.

"En lo que tiene que ver con la competencia para el conocimiento de la acción, la remisión a esta Corte que hace la Constitución Política en su artículo 235, resuelve cualquier duda:

"Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

(...)

5. Conocer de todos los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la Nación, en los casos previstos por el derecho internacional."

"Es incuestionable que cuando el ordenamiento superior, impone el conocimiento a esta Corporación, como textualmente lo prevé la disposición en comento, debe entenderse que dentro de los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos acreditados en nuestro país, ya comparezcan por sí o por representación del Estado, están incluidos los contratos bilaterales de orden laboral que celebran con habitantes nacionales, para la ejecución de sus fines en el Estado receptor; de tal manera, entonces, que esta Corte, por regulación expresa constitucional, está en la obligación de admitir la demanda presentada por la señora ADELAIDA GARCÍA DE BORRISOW y darle el curso correspondiente; además, porque al hacerlo se armoniza la decisión con la costumbre internacional.

"A su vez, al someterse el trámite a esta Corporación, como órgano límite, deberá surtir el procedimiento ordinario de única instancia, de conformidad con los artículos 70 y siguientes del C.P.L y S.S.; no obstante, deberá tenerse en cuenta el contenido del artículo 41 de la Ley 6ª de 1972, aprobatoria de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, suscrita en Viena el 18 de abril de 1961, en el sentido de que las gestiones se efectuarán a través del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia".

**(CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN LABORAL
Radicación No. 32096. Magistrado Ponente: CAMILO TARQUINO
GALLEGO. Bogotá, D.C., 13 de diciembre de 2007.**

CONVENIO INTERNACIONAL DE TRABAJO RATIFICADO POR COLOMBIA-
Evolución de la jurisprudencia constitucional acerca de su valor en el ordenamiento jurídico

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Noción

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN SENTIDO LATO-Concepto

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD STRICTO SENSU-Concepto

CONVENIO INTERNACIONAL DE TRABAJO RATIFICADO POR COLOMBIA-
Integración a la legislación interna

No ofrece ninguna duda que todos los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia fueron integrados a la legislación interna, por disposición expresa del inciso cuarto del artículo 53 de la Constitución. Esto significa que, de manera general, todos estos convenios adquieren el carácter de normas jurídicas obligatorias en el derecho interno por el solo hecho de su ratificación, sin que sea necesario que se dicten nuevas leyes para incorporar su contenido específico en el ordenamiento jurídico del país o para desarrollarlo.

CONVENIO INTERNACIONAL DE TRABAJO RATIFICADO POR COLOMBIA-
Determinación de los que hacen parte del bloque de constitucionalidad/**CONVENIO INTERNACIONAL DE TRABAJO RATIFICADO POR COLOMBIA-**Determinación de los que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto y en sentido lato

Es preciso distinguir entre los convenios de la OIT, puesto que si bien todos los que han sido "debidamente ratificados" por Colombia, "hacen parte de la legislación interna" -es decir, son normas jurídicas principales y obligatorias para todos los habitantes del territorio nacional, sin

necesidad de que una ley posterior los desarrolle en el derecho interno- no todos los convenios forman parte del bloque de constitucionalidad, en razón a que algunos no reconocen ni regulan derechos humanos, sino aspectos administrativos, estadísticos o de otra índole no constitucional. Igualmente, es claro que algunos convenios deben necesariamente formar parte del bloque de constitucionalidad, puesto que protegen derechos humanos en el ámbito laboral. Adicionalmente, la Corte Constitucional puede, como ya lo ha hecho, de acuerdo con criterios objetivos, indicar de manera específica qué otros convenios forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato, en razón a que son un referente para interpretar los derechos de los trabajadores y darle plena efectividad al principio fundamental de la protección del trabajador y al derecho al trabajo. Cuando algún convenio prohíba la limitación de un derecho humano durante un estado de excepción o desarrolle tal prohibición, corresponde a la Corte señalar específicamente su pertenencia al bloque de constitucionalidad en sentido estricto, como también lo ha realizado en sentencias anteriores.

CONVENIO INTERNACIONAL DE TRABAJO RATIFICADO POR COLOMBIA-

Carácter normativo obligatorio impide que sean considerados como parámetros supletorios ante vacíos en las leyes

De ninguna manera los convenios internacionales del trabajo pueden ser considerados simplemente como parámetros supletorios en el ordenamiento laboral. Independientemente de la definición acerca de cuáles son los convenios que forman parte del bloque de constitucionalidad, es claro que todos forman parte de la legislación interna, lo que significa que no pueden ser relegados, por regla general, a parámetros supletorios de interpretación ante vacíos normativos en el orden legal. Adicionalmente, aquellos convenios que integran el bloque de constitucionalidad han de ser aplicados por todas las autoridades y los particulares para asegurarse de que las leyes nacionales sean interpretadas de manera acorde con la Constitución y tales convenios. Por lo tanto, al resolver "el caso controvertido" – en los términos del artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo acusado en el presente proceso-, tales convenios son norma

aplicable de manera principal y directa, y han de incidir en la determinación del alcance de las normas legales que también sean aplicables. Adicionalmente, los convenios que integran el bloque de constitucionalidad en sentido estricto han de prevalecer en el orden interno (C.P., art. 93, inc. 1).

CONVENIO INTERNACIONAL DE TRABAJO RATIFICADO POR COLOMBIA- Aplicación en la resolución de controversias

Los convenios de la OIT ratificados por Colombia son fuente principal y son aplicables directamente para resolver las controversias. Además, es importante recalcar que los convenios que integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato orientan la interpretación de la norma suprema, y que aquellos convenios que forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto prevalecen en el orden interno. Así habrán de valorarlos especialmente los jueces y los funcionarios administrativos. (Sentencia C-401/05 Magistrado Ponente: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA).

CASO N° 10.

LEY 1112 DE 2007. COMPETENCIAS RELACIONADAS CON LO DISPUESTO EN EL ART. 41 DE ESA NORMATIVIDAD. SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

Javier Sánchez usuario del sistema de seguridad social en salud, acude a su E.P.S. para ser atendido por una deficiencia física que le ocasionaba intenso dolor; no obstante el portero de la entidad le impidió su acceso argumentando que el carnet exigido no era lo suficientemente legible en lo relativo a la denominación precisa de la E.P.S. en donde se encontraba.

Afligido, no solo por la falta de atención, sino por la agudeza del dolor, acude a un centro médico del barrio, en donde lo atienden de urgencia, suministrándole los medicamentos de rigor, asumiendo su hija los gastos económicos en que incurrieron por concepto de la asistencia médica. En atención a que la E.P.S. no cubrió la obligación respectiva, decide el señor Javier Sánchez después de su recuperación, llevar el caso a la justicia.

AUTOEVALUACIÓN

1. Podría el juez laboral en virtud del art. 2° de la ley 712 de 2001 asumir la competencia para decidir el anterior conflicto.
2. Sería la superintendencia nacional de salud la entidad competente para tramitar y resolver éste conflicto, excluyendo al juez laboral?.
3. En el evento de considerar que únicamente puede conocer la superintendencia de salud, y no estando el usuario del sistema de seguridad social en salud, conforme con la decisión tomada por esa entidad, ante quién podría recurrir esa decisión?. Ó definitivamente no tiene la facultad de controvertirla ante otra autoridad?.
4. Podría don Javier Sánchez, usuario afectado, a fin de evitar conflicto de competencia, en el trámite de su reclamación , presentar directamente una acción de tutela?.

DECISIONES JUDICIALES

"Ahora bien, para determinar cuáles son las autoridades judiciales que originalmente tuvieron la competencia asignada a la Superintendencia, cuyo superior jerárquico está llamado a tramitar el recurso de apelación respecto de las decisiones judiciales de asignadas por la norma bajo examen, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

"El Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social"²¹ le asignó a la jurisdicción laboral y de seguridad social el conocimiento de "las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan" (artículo 2º numeral 4º²²). Conforme a la Ley 100 de 1993, el Sistema de Seguridad Social Integral está compuesto por "los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios" (art.8º). Es decir, que la jurisdicción laboral tiene asignado, entre otros asuntos, el conocimiento de las controversias que se susciten en razón del servicio público de salud, como componente del sistema de seguridad social integral. Sobre la competencia para tramitar estos asuntos, el mismo Código establece que los jueces laborales del circuito conocen en única instancia de los negocios cuya cuantía no exceda del equivalente a diez (10) veces el salario mínimo legal mensual vigente y en primera instancia de todos los demás (art.12). De los asuntos que no sean susceptibles de fijación de cuantía, conocerán los mismos jueces laborales del circuito en primera instancia (Art.13)²³. A su vez, las salas laborales de los tribunales

²¹ Según la nueva denominación dada por la Ley 712 de 2001, "por la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo".

²² Declarado exequible en Sentencia C-1027 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández: "Mediante la Ley 712 de 2001, por la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo, se perfecciona el gran avance logrado por la Ley 362 de 1997, pues al delimitar el campo de la jurisdicción laboral en el artículo 1º de dicho ordenamiento se anuncia que en adelante el Código Procesal del Trabajo se denominará Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, agregando que los asuntos de que conoce la jurisdicción ordinaria "en sus especialidades laboral y de seguridad social" se tramitarán de conformidad con dicho Código. Así mismo, en el artículo 2º de la ley en mención se regula la competencia general de la jurisdicción ordinaria "en sus especialidades laboral y de seguridad social", atribuyéndole en su numeral 4º acusado el conocimiento de las controversias referentes al "sistema de seguridad social integral" que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan".

²³ En cuanto a la competencia por razón del territorio el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social establece: "ART. 11.—Modificado. L. 712/2001, art. 8º. Competencia en los procesos contra las entidades del sistema de seguridad social integral. En los procesos que se sigan en contra de las entidades que conforman el sistema de seguridad social integral, será competente el juez laboral del circuito del lugar del domicilio de la entidad de seguridad social demandada o el del lugar donde se haya surtido la reclamación del respectivo derecho, a elección del demandante.

superiores de distrito judicial conocerán, entre otros asuntos, de los recursos de apelación contra los autos susceptibles de dicho recurso y contra las sentencias proferidas en primera instancia (art.15). Lo anterior significa que en el caso de las atribuciones judiciales asignadas en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 a la Superintendencia Nacional de Salud (conflictos de la seguridad social en salud relacionados con coberturas del POS, reembolso de gastos de urgencia, multifiliación y libre elección y movilidad dentro del sistema), dicha entidad desplaza, a prevención, a los jueces laborales del circuito (o civiles del circuito en los lugares en que no existen los primeros), cuya segunda instancia está asignada a la Sala Laboral de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. En ese orden de ideas, las decisiones judiciales de la Superintendencia Nacional de Salud serán apelables ante las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, como superiores jerárquicos de los jueces que fueron desplazados por la referida entidad administrativa de su función de decidir en primera instancia.

"(...)

"Ciertamente, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, ahora bajo examen, otorga a la Superintendencia Nacional de Salud competencias jurisdiccionales para "conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez", entre otros asuntos, aquel referente a la "Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario"²⁴.

"Se trata de una competencia que sólo puede ser ejercida "a petición de parte"²⁵, en aquellos casos concretos en que la negativa de un servicio esté poniendo en riesgo o amenazando la salud del usuario, como la misma disposición acusada lo dice. Por lo tanto, estas competencias

En los lugares donde no haya juez laboral del circuito conocerá de estos procesos el respectivo juez del circuito en lo civil".

²⁴ Cf. Artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, aquí acusado, literal a).

²⁵ Cf. Párrafo 1° de la disposición acusada.

judiciales en modo alguno pueden ser confundidas -como lo afirma uno de los intervinientes- con aquellas otras de regulación socioeconómica conferidas a la Comisión de Regulación en Salud, CRES, por el artículo 7° de la misma Ley 1122 de 2007²⁶, pues estas últimas no son judiciales sino regulatorias, y se adoptan mediante decisiones generales y abstractas, y no en casos concretos en que media negativa de la EPS". (**Sentencia C-119/08. 11.1. DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL ARTÍCULO 41 DE LA LEY 1122 DE 2007, "por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".** Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. febrero 13 de 2008.

CASO N° 11.

COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO, CLAUSULA COMPROMISORIA.

Alberto Benavidez trae a juicio laboral a una Cooperativa de Trabajo Asociado buscando que en la realidad se declare tuvo un contrato de trabajo, afirmando ello en los hechos de la demanda; la Cooperativa excepciona *Cláusula Compromisoria*, sustentando en que en los estatutos se pactó sustraer a la jurisdicción ordinaria del conocimiento, respecto a las diferencias que surjan entre la cooperativa y sus trabajadores asociados, en razón de actos cooperativos de trabajo, los cuales se someterán al procedimiento arbitral, estatutos debidamente aprobados y vigentes desde antes de la iniciación del conflicto.

AUTOEVALUACIÓN

1. Está habilitada la jurisdicción ordinaria laboral para conocer de los conflictos jurídicos por asuntos de trabajo entre los asociados a una cooperativa de trabajo asociado y ésta última?

²⁶ "Artículo 7°. Funciones. La Comisión de Regulación en Salud ejercerá las siguientes funciones:

"1. Definir y modificar los Planes Obligatorios de Salud (POS) que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) garantizarán a los afiliados según las normas de los Regímenes Contributivo y Subsidiado.

"2. Definir y revisar, como mínimo una vez al año, el listado de medicamentos esenciales y genéricos que harán parte de los Planes de Beneficios.

..."

2. En el caso propuesto nos hallamos frente a cláusula compromisoria o un compromiso?
3. En relación a los hechos planteados, sería válido declarar probada la excepción propuesta, con la consiguiente declinatoria de jurisdicción?

DECISIONES JUDICIALES

CLAUSULA COMPROMISORIA NO SUSTRAE DEL CONOCIMIENTO A LA JURISDICCION ORDINARIA, CUANDO SE DEMANDA A UNA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO, ALEGANDO HUBO CONTRATO DE TRABAJO

"Al punto, la citada cláusula compromisoria, le restaría conocimiento a la jurisdicción ordinaria, en el evento en que las diferencias ocurrieran en razón de actos cooperativos de trabajo, aspecto que no es el planteado por la actora, pues edifica su demanda, sobre la base de la existencia de un contrato de trabajo, si bien con el Banco Colpatria, la narrativa fáctica involucra a la excepcionante, no precisamente por actos cooperativos de trabajo, sino en razón de un "aparente contrato de asociación", señalando que la cooperativa accionada carece de la autorización de funcionamiento como empresa de servicios temporales, ver folio 14, hechos 5 al 13 del libelo introductorio, infiriéndose entonces que el debate gira en torno a la actividad que en la realidad pudo desempeñar la cooperativa frente a la vinculación de orden laboral que se pregona, tuvieron los demandantes con el Banco Colpatria, pues mientras los demandantes sugieren hubo por parte de la cooperativa funciones de empresa de servicios temporales, esta entidad argumenta, presentó una oferta comercial al Banco Colpatria en orden a prestar el servicio de "outsourcing de corretaje de servicios y productos financieros" acorde al objeto social de la cooperativa (fl. 232).

"En ese orden de ideas, estima la sala le asiste razón al a-quo, en cuanto declaró no probada la excepción de falta de jurisdicción. De este modo y como la excepción de falta de jurisdicción se apoya en cláusula compromisoria, referida a los actos cooperativos de trabajo, no siendo ese el fundamento del libelo introductorio, es factible que la jurisdicción conozca de la presente controversia". **(TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. SALA LABORAL. (RAD. 17 2006 00934 01).**

CASO N° 12.

DICTAMENES DE JUNTA DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ – COMPETENCIA DEL JUEZ LABORAL.

La Junta Nacional de Calificación de invalidez determinó en su dictamen que la lesión que afecta al afiliado Luis Charria es de origen profesional, por tanto la ARP es la llamada al pago de la pensión. No obstante, la ARP estima la lesión es de origen común, haciendo caso omiso a la decisión de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, mientras tanto el afiliado se encuentra en condiciones precarias al no devengar salario ni sustento para su familia. La E.P.S. respectiva, tampoco asume el pago de la pensión, respaldándose en el dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

AUTOEVALUACIÓN

1. Pueden ser atacados los dictámenes realizados por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez?
2. Podría el afiliado acudir al juez de tutela, para resolver el caso propuesto?
3. Debe esperarse para el reconocimiento de las consecuencias dispuestas en el dictamen, cuando hay controversia, a la decisión de un juez laboral?
4. Si la ARP afectada con el dictamen decide llevar la controversia ante la jurisdicción ordinaria laboral, para atacar el dictamen debe citar al proceso tanto a la A.F.P., E.P.S., como al afiliado Sr. Charria, deberían estos intervenir en cuanto eventualmente podrían verse afectados con la decisión judicial?
5. Debería la A.R.P. dirigir su demanda contra el dictamen proferido por la Junta a través de su Secretaría que la representa, en los términos del decreto 2463 de 2001, o habría que demandar a todos los integrantes de la junta?
6. El hecho determinante de la minusvalía del afiliado Sr. Charria, su origen y sus circunstancias de tiempo, modo, lugar, dictaminadas por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez pueden ser controvertidas ante el juez laboral?
7. Como podría probatoriamente el juez apartarse del dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, traído como prueba al proceso

laboral, en donde se determinó, tal como se anotó la pérdida de capacidad laboral del afiliado Sr. Charria, derivada de un accidente de trabajo?

DECISIONES JUDICIALES

EL HECHO GENITOR DE LA MINUSVALÍA ES CONTROVERTIBLE ANTE EL JUEZ DEL TRABAJO, A PESAR DEL DICTAMEN DE LAS JUNTAS DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ

"Ciertamente, la Corte ha estimado que en la actualidad el estado de invalidez de un trabajador corresponde establecerse mediante la valoración científica de las juntas de Calificación, a través del procedimiento señalado en los reglamentos dictados por el Gobierno Nacional. Pero la Sala de Casación Laboral no ha sostenido que los parámetros señalados en el dictamen de la Junta sean intocables. La regla sentada en el fallo citado por el recurrente como apoyo de su criterio es que, en principio, la declaración del estado de invalidez es materia de expertos y no corresponde, en los actuales momentos, a la entidad de seguridad social, como ocurría antes, sino a unos entes autónomos, como son las juntas Regionales en primera instancia, y la Nacional en último grado.

"De ninguna manera ha considerado la Corte que los hechos relativos a las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre el hecho genitor de la minusvalía, tenidos en cuenta por uno de tales entes, o por ambos si se agotan las dos instancias, sean materia incontrovertible ante la jurisdicción del trabajo.

"Cuando en casos como en el que ocupó a la Sala en esa oportunidad, se planteó una manifiesta contradicción de la valoración médica sobre el nivel de la incapacidad entre las juntas de calificación que intervinieron para tal efecto, la Corte no tuvo duda sobre el carácter discutible del punto y la plena competencia de los jueces para establecer, también por medios técnico-científicos el verdadero grado de invalidez del afectado. Con mucha más razón cuando se trata del señalamiento de la fecha en que se estructura la invalidez, porque no en todos los casos se podrá inferir tal data de una prueba infalible e incontrastable y, por lo mismo, incontrovertible, como sería lo ideal

"Reitera la Corte, entonces, su criterio ya decantado de que los jueces del trabajo y de la seguridad social sí tienen plena competencia y aptitud para examinar los hechos realmente demostrados que contextualizan la invalidez establecida por las juntas, a fin de resolver las

controversias que los interesados formulen al respecto. Ello, por supuesto, no llega hasta reconocerle potestad al juez de dictaminar en forma definitiva, sin el apoyo de los conocedores de la materia, si el trabajador está realmente incapacitado o no y cuál es la etiología de su mal, como tampoco cuál es el grado de la invalidez, ni la distribución porcentual de las discapacidades y minusvalías.

"ACLARACION DE VOTO DEL DR LOPEZ-En el sub examine, el Ad quem frente a una pericia rendida por la junta Regional de Calificación antes del proceso, por la que fija fecha de estructuración de la invalidez, simplemente la desestimó puesto que a su juicio: además de ilógica es contraria a la evidencia; frente a esta circunstancia es la razón por la cual aclaro el voto- procedían las siguientes precisiones.

"Las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez son organismos del Sistema de Seguridad Social y tienen la competencia legal para el estado de invalidez, art 41 de la ley 100/1993 en especial el de determinar el grado de perdida de la capacidad laboral por solicitud de autoridades judiciales o administrativas también el de resolver sobre los conceptos relacionados con el origen la incapacidad emitidos por entidad prestadora de salud en primera instancia y en segunda instancia por la administradora de riesgos profesionales.

"

El pronunciamiento sobre el estado de invalidez de las juntas calificadoras se rinde mediante dictámenes sujetos a recurso de reposición y de apelación ante las juntas Nacionales, todo de conformidad con el decreto 2163 de 2001.

"

Las juntas calificadoras no tienen ni pueden tener funciones jurisdiccionales, carecen de competencia para resolver de manera definitiva las controversias suscitadas en torno a la calificación de la invalidez, cual es privativo del poder judicial de conformidad con la Carta Política; es a la jurisdicción laboral a la que corresponde exclusivamente dirimir las

controversias de manera definitiva y para ello ha de respetar la debida integración de litisconsorcio y el régimen probatorio.

"El art 40 del decreto 2163 de 2001 establece la posibilidad de controvertir los dictámenes demandando a la junta correspondiente.

"Y en cuanto su dictamen verse sobre materia científicas o técnicas como lo ha de ser siempre el grado de la pérdida de capacidad laboral s ha de entender como prueba solemne.

"Y el lo que es materia central del proceso la fecha de estructuración de una invalidez originada en una enfermedad, no puede ser considerado de manera diversa a un asunto propio de una experticia. La fecha en que el daño fisiológico ha llegado a ser irreversible e incapacitante como consecuencia de una enfermedad es condición que debe ser calificada por un ajunta de expertos instituidos para tal fin, y siguiendo precisos lineamientos: los contenidos en el manual Único contenido en el decreto 2163 de 2001 referido.

"Ciertamente lo dictaminado no tiene que ser acogido si su fundamentación no es clara precisa firme; tampoco puede ser simplemente desestimado o desvirtuado con suposiciones generales como si se tratara de un simple indicio o del dicho de un tercero : solo puede ser desatendido con base en otros fundamentos de mayor calidad los que ha de recabar el juez dentro de los limites que impone el respeto por la prueba solemne según dispone el art 61 del C.P.L ; cuando la ley exija determina solemnidad ad substantiam actus, no se podrá admitir su prueba por otro medio así entonces el juez puede valerse de conceptos y criterios emitidos por algunos de los organismos de la seguridad social por cualquiera otra región a la que acuda para tener nuevos criterios o de los documentos de los que se valieron estas instituciones para ser respaldo a sus conceptos o dictámenes". (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN LABORAL Magistrado Ponente: CARLOS ISAAC NADER RADICACIÓN No. 29622. Bogotá D.C., Diecinueve (19) de octubre de dos mil seis (2006)

PRUEBA OFICIOSA: ES FACTIBLE ORDENAR UN PERITAZGO CON OTRA JUNTA DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, RESPECTO A LA VALORACIÓN DE LA PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL, AL ESTIMARSE EXISTEN DIFERENCIAS NOTORIAS ENTRE LA CALIFICACIÓN INICIAL DE LA REGIONAL Y LA NACIONAL

"Por otra parte, la circunstancia de que la Junta Nacional actúe como órgano de segunda instancia para resolver las reclamaciones formuladas por los interesados contra las evaluaciones de las juntas regionales, no necesariamente su concepto obliga al juez. De no ser así, ciertamente carecería de sentido la intervención de la jurisdicción laboral simplemente para dar un aval al pronunciamiento de un ente que, tal cual lo reconoce la censura, no tiene la potestad del Estado para "decidir" el derecho. Sólo el juez puede, con la fuerza que imprime a sus decisiones el instituto de la cosa juzgada, definir si hay lugar a establecer el estado de invalidez o los parámetros en que debe reconocerse la pensión objeto de controversia y, para tal propósito, nada le impide acudir al apoyo de un ente especializado en la materia y que cumple funciones públicas, así sus miembros no sean servidores del Estado, en virtud del moderno esquema de administración descentralizada por colaboración.

"ACLARACION DE VOTO DEL DR GNECCO-Comparto la decisión adoptada por cuanto entiendo que lo que en realidad se debatió en este proceso fue la legalidad de un dictamen emitido por una junta de calificación de invalidez, cuestión que, desde luego, puede ventilarse ante la jurisdicción laboral y de seguridad social y por ello podía acudirse a los medios de prueba legalmente admitidos para verificar el acomodo de ese experticio a la ley.

"Pero debo aclarar que la situación es diferente cuando en un proceso obra un dictamen de esa estirpe y lo demandado no es su validez o legalidad. Y ello es así porque la ley ha asignado una competencia específica en relación con las controversias relacionadas con la pérdida de la capacidad laboral, que no puede ser desconocida por los jueces acudiendo a las facultades establecidas en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en materia de apreciación de la prueba, pues por virtud de esa delegación legal en ese proceso judicial, será el dictamen de las juntas establecidas para el efecto el medio de convicción idóneo para establecer tanto el estado como el origen de la invalidez.

"Y aún cuando no desconozco que en determinadas oportunidades y dada la conformación de dichas juntas, otros medios probatorios puedan ofrecer un mayor grado de persuasión al juzgador, ello en modo alguno significa que pueda restársele valor probatorio a un dictamen emitido por una junta de calificación de invalidez en ejercicio de sus atribuciones legales, con mayor razón si se toma en consideración que dichos dictámenes pueden ser controvertidos de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley, tanto cuando se han proferido antes de iniciado el proceso judicial en el que se aporten como prueba, tal como aquí sucedió, como cuando se han producido una vez iniciado éste" (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN LABORAL Magistrado Ponente: CARLOS ISAAC NADER. RADICACIÓN No. 29328. Bogotá D.C., Trece (13) de septiembre de dos mil seis (2006).

"13.3. JUNTA DE CALIFICACION DE INVALIDEZ-Dictamen sobre la definición de la naturaleza de un accidente sufrido por un trabajador es obligatorio

"Para esta Sala resulta claro que las determinaciones de las juntas de calificación de invalidez en relación con la definición de la naturaleza de un accidente sufrido por un trabajador, son de carácter obligatorio. En consecuencia, deben ser acatadas por las entidades administradoras de riesgos profesionales. No obstante, como es la regla general con los actos de fuerza vinculante, dichas entidades pueden a su vez interponer las acciones y recursos previstos en el ordenamiento legal con el objeto de impugnar tales decisiones.

CALIFICACION DE INVALIDEZ-Controversias sobre la determinación del origen del accidente de trabajo, enfermedad profesional o muerte

EMPRESA ASEGURADORA-Deber de acudir a la jurisdicción laboral para controvertir el dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez

*"En casos como el presente, la carga de acudir a la jurisdicción laboral para controvertir el dictamen de la Junta de calificación de Invalidez que define el origen de la contingencia, es de la empresa aseguradora que aparezca como responsable según dicho dictamen de la Junta, y no de la persona pensionada. Mientras no se pronuncie la jurisdicción laboral, la empresa aseguradora (A.R.P. o E.P.S.) debe acatar el dictamen de la Junta y, por tanto, pagar la pensión de invalidez hasta que se resuelva la controversia de manera definitiva. Como ya se mencionó, la Corte ha precisado que la carga sobre la existencia de este tipo de conflictos entre distintas empresas aseguradoras o entre estas y el empleador, no puede recaer sobre el trabajador o ex-trabajador titular de la correspondiente prestación. **Sentencia T-726/07 M.P. DRA. CATALINA BOTERO MARINO**).*

JUNTA DE CALIFICACION DE INVALIDEZ-Definición y objeto

"Las juntas de calificación de invalidez son organismos de creación legal, autónomos, sin ánimo de lucro, de carácter privado, sin personería jurídica, cuyas decisiones son de carácter

obligatorio. Están integradas por expertos altamente calificados en diferentes disciplinas, los cuales son designados por el Ministerio de la Protección Social, no ostentan la calidad de funcionarios públicos, y reciben sus honorarios de las entidades de previsión o seguridad social ante quienes actúan, o de la administradora a la que esté afiliado quien solicite sus servicios.

JUNTA DE CALIFICACION DE INVALIDEZ-Naturaleza técnica de sus dictámenes de invalidez

"Las juntas de calificación de invalidez emiten dictámenes de naturaleza puramente técnica, debiendo para ello ceñirse al manual único de calificación de invalidez, contenido en el Decreto reglamentario 917 de 1999, donde se establecen las pautas para calificar el origen y el grado de pérdida de la capacidad laboral como consecuencia de la enfermedad o del accidente y definidas en la deficiencia, discapacidad y minusvalía.

JUNTA DE CALIFICACION DE INVALIDEZ-Limitación de calificación de invalidez en la apelación del proceso extrajudicial

"El dictamen que rinda la junta nacional de calificación de invalidez en virtud de la apelación no tiene por objeto determinar un nuevo grado de pérdida de la capacidad laboral del trabajador por condiciones sobrevinientes en la evolución de la enfermedad, sino determinar si el origen de la enfermedad o accidente o el grado de pérdida de la capacidad laboral establecidos inicialmente por la junta regional de calificación de invalidez tienen el fundamento técnico-científico y jurídico requerido, considerado los argumentos de la impugnación.

JUNTA DE CALIFICACION DE INVALIDEZ-Etapas judicial y extrajudicial de la calificación de invalidez

"En la calificación de una invalidez existen dos etapas; (i) una extrajudicial en donde interviene la junta regional exclusivamente o ésta y la junta nacional, según se haya interpuesto o no el

recurso de apelación contra el dictamen emitido por la primera y, (ii) una judicial, que es eventual, ante la jurisdicción laboral, si se presenta la correspondiente demanda.

JUNTA DE CALIFICACION DE INVALIDEZ-Calificación de invalidez no hace tránsito a cosa juzgada

"Las juntas de calificación de invalidez solamente certifican el origen y el grado de la incapacidad sufrida por un trabajador para el reconocimiento de las respectivas prestaciones sociales, por lo que sus decisiones no hacen tránsito a cosa juzgada; por ello, no existe un desplazamiento de la competencia de los jueces para señalar de manera definitiva la titularidad de los derechos que se reclaman. Si las decisiones de las juntas regionales o nacional de calificación de invalidez no son impugnadas ante la jurisdicción laboral, se convertirán en obligatorias para el efecto del reconocimiento de la prestación social solicitada.

JUNTA DE CALIFICACION DE INVALIDEZ-Eventos en los que se puede acudir a la revisión de la calificación de invalidez

"La revisión se puede acudir cuando se presentan cambios en los síntomas o manifestaciones que se le puedan detectar a un trabajador accidentado o enfermo como consecuencia de nuevos exámenes practicados. Los cambios que se puedan presentar pueden tener el efecto de modificar el estado clínico del enfermo y, por tanto, el grado de pérdida de su capacidad laboral, pero en ningún caso variar su origen. Es totalmente lógico que se presente una evolución de la enfermedad, lo cual puede conllevar un aumento o una disminución del grado de pérdida de la capacidad laboral que requiere una nueva calificación. En cambio, la determinación del origen de aquella ya quedó definida en el procedimiento de calificación y no requiere una nueva calificación.

JUNTA DE CALIFICACION DE INVALIDEZ-Determinación del origen de la invalidez es inmodificable.

"La determinación del origen definido por la junta de calificación de invalidez es definitivo por su propia naturaleza, por lo que no es posible que cambie; por el contrario, el grado de pérdida de la capacidad laboral sí es susceptible de cambio, por lo que puede ser objeto de modificación a través del mecanismo de la revisión.

JUNTA DE CALIFICACION DE INVALIDEZ-Revisión de calificación de invalidez
no es un recurso adicional pero su dictamen puede ser objeto de recursos

*"El trámite de la revisión de la calificación de invalidez no puede ser entendido como un recurso adicional o una tercera instancia respecto del trámite inicial; la revisión implica adelantar un nuevo procedimiento que se iniciará en primera instancia ante la junta regional de calificación de invalidez respectiva. El dictamen que ésta profiera podrá ser objeto de los recursos de reposición y apelación, para así garantizar el principio de la doble instancia y la posibilidad de la corrección de errores que se hayan podido cometer únicamente en la calificación del grado de pérdida de la capacidad laboral del enfermo o accidentado. Una vez emitido el dictamen por parte de la junta nacional de calificación de invalidez y existiendo diferencias, en este caso en cuanto a la calificación del origen de la enfermedad, se debe acudir a la justicia laboral; para ello se cuenta con el término general de prescripción de 3 años de acuerdo con lo previsto por el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.(**Sentencia T-1007/04 M.P. DR. JAIME ARAUJO RENTERIA***

UNIDAD III

Actuaciones procesales

Objetivos específicos.....

Objetivos generales.....

Introducción

Lectura I- Importancia práctica de la acción en el sistema del proceso

Lectura II – Bilateralidad de la acción. La excepción.....

Lectura III - Objetivos del procedimiento.....

Caso N° 1. Demanda y contestación.....

Autoevaluación.....	
Decisiones judiciales.....	
Caso N° 2 . Demanda y contestación.....	
Autoevaluación.....	
Decisiones judiciales.....	
Caso N° 3. Excepciones. Cosa juzgada.....	
Autoevaluación.....	
Decisiones judiciales.....	
Caso N° 4 – Excepciones prescripción.....	
Autoevaluación.....	
Decisiones judiciales.....	
Los presupuestos procesales	
Lectura XII - Relación procesal y acción: los llamados “presupuestos procesales”	
Caso N°5 – Presupuestos procesales demanda proveniente del contencioso administrativo.....	
Autoevaluación.....	
Decisiones judiciales.....	
Caso N° 6 – Ausencia de presupuestos procesales.....	

Autoevaluación.....

Decisiones judiciales.....

Caso N° 7 – Presupuestos procesales. Agotamiento de la vía gubernativa

Autoevaluación.....

Decisiones judiciales.....

Autonomía o analogía en los procesos laborales: actos de comunicación.

1.La aplicación analógica y por reenvío de las normas del C.PC al C.P del T y de la S.S.....

2- Respecto de las notificaciones.....

3- comentario especial para los siguientes tópicos.....

3.1. La notificación por aviso.....

**3.2. El
emplazamiento.....**

A manera de conclusión.....

Caso N° 8- notificaciones.....

Autoevaluación.....

Comentario.....

Decisiones judiciales.....

Lectura XIII – noción del proceso: legalidad o libertad de las formas procesales.....

Lectura XIV - el procedimiento como sucesión de actos; fases del procedimiento y posición de la providencia jurisdiccional.....

Lectura XV - caracteres típicos del procedimiento: escritura y oralidad; mediación e inmediatez; concentración y fraccionamiento; publicidad y secreto; preclusión y elasticidad.....

ACTUACIONES PROCESALES

OBJETIVOS GENERALES

- Examinar y analizar en algunos aspectos, la forma en que se desenvuelve el desarrollo del trámite procesal en la jurisdicción ordinaria laboral.
- Conocer el discurrir procesal desde los umbrales del conflicto hasta su culminación.

OBJETIVOS ESPECIFICOS

- a) Identificar aspectos puntuales de las diferentes actuaciones dentro de la demanda y su contestación.
- b) Reconocer distintas soluciones a los casos controversiales.
- c) Conoce las diversas posturas jurisprudenciales aplicables al tema.
- d) Determinar la procedencia de una libertad de formas procesales o sujeción a la legalidad.

INTRODUCCIÓN

En punto al tema siguiente, conviene consignar que lo constituye una memoria práctica, compuesta por diversas actividades realizadas por los participantes en el debate judicial, así como la propuesta de las formas, en cuanto cómo podrían ser realizadas y ordenadas esas actividades, tendientes en últimas, al anhelo de una razonable decisión judicial, ello por supuesto con el acompañamiento de la jurisprudencia, lecturas y ensayos, tal como se anunció desde los umbrales de éste documento.

LECTURA IX.

IMPORTANCIA PRÁCTICA DE LA ACCIÓN EN EL SISTEMA DEL PROCESO.

*Piero Calamandrei.**

"...la acción, antes que una construcción dogmática de los teóricos, es una realidad práctica aceptada por el derecho de todos los Estados civilizados, cuyo ordenamiento procesal no puede ser comprendido, por lo que es en su estructura positiva y empírica, si al describirlo no se considera como uno de sus fundamentos precisamente esta acción, en torno a la cual se desarrollan las teorías; la que es una realidad que puede llevar consigo las más variadas interpretaciones dogmáticas, pero con la que, sin embargo, debe contar todo el que desee comprender cómo *está constituido*, en la civilización contemporánea, el proceso.

El proceso de los pueblos modernos, civil o penal, es esencialmente un *proceso en virtud de demanda (Klageverfahren)*, esto es, un proceso en el que el órgano judicial no toma en consideración la realidad social para conocerla o para modificarla, ni sus aspectos jurídicos, sino dentro de los límites de la propuesta que se le presenta por el sujeto que ejercita la acción. El alcance práctico de esa acción no es solamente visible en el momento inicial del proceso, en cuanto el órgano judicial, en la fase de cognición o en la de ejecución, no se pone en movimiento más que en virtud de petición del órgano agente; sino que se revela también en el curso del proceso y especialmente en el momento conclusivo del mismo, ya que el juez, puesto en movimiento por el órgano agente, no puede tomar en consideración, como materia de su investigación, más que aquel perfil de la realidad sobre el cual el actor (o, en contradicción con él, el demandado) llama su atención, y no tiene otra elección que la que puede llevarse a cabo entre adoptar o rechazar la propuesta que el actor le presenta, ya preparada para ser

transformada en providencia jurisdiccional. La acción es, pues, empíricamente, no solo la facultad de dar el primer impulso a la actividad del juez, que de otra forma permanecería inerte; sino que es, además, el poder de preparar por el juez la materia y el programa de su providencia. No se trata solamente de un impulso para poner en movimiento, en virtud del cual la justicia, superada la fase de inercia, quede después en libertad de seguir su camino; se trata de una *constante colaboración*, mediante la cual, durante todo el curso del proceso, el actor continúa señalando la ruta, a la cual el juzgador se debe atener.

En virtud de esta colaboración, el conocimiento del juez, en lugar de atacar directamente la realidad social dentro de la que vive la relación controvertida, la toca sólo de rebote, en aquellos términos y en aquellos aspectos en que la controversia se encuentra aislada y representada por la parte de su proyecto de providencia: entre el juez y la realidad social se interpone así la obra intermediaria del sujeto agente, similar, se podría decir, a la del ayudante que alcanza los vidrios portaobjetos, con los preparados para examinar, al científico, inclinado sobre el microscopio.

También por esto consideramos que, para ofrecer una construcción didácticamente fiel del proceso actual, es necesario, a ejemplo de CHIOVENDA²⁷, considerar la acción como uno de los conceptos fundamentales del sistema procesal; parece, en efecto, que la construcción del proceso, hecha por CARNELUTTI sobre el concepto de "litis", en lugar de hacerla sobre el de acción, choca, en un cierto sentido, con la realidad del proceso actual en el que el juez se halla en contacto, no con la "litis", sino con la acción, en cuanto es llamado, no a establecer cuál es la regulación jurídica que corresponde mejor a la realidad social

²⁷ Véase especialmente *L'azione nel sistema del diritto*, cit.

directamente observada, sino simplemente a decidir si merece ser acogida, en relación a un hecho específico ya encuadrado por el agente en un esquema jurídico, la propuesta de providencia que le es presentada por su necesario colaborador.

Hasta tal punto se reconoce en el proceso actual la importancia práctica de esta colaboración de la parte, que constituye una condición y un límite a la actividad jurisdiccional, que el nuevo C.P.C. no solo se ha inspirado en los principios tradicionales transmitidos al respecto por la doctrina (*ne procedat iudex ex officio; nemo iudex sine actore; ne eat iudex ultra petita partium*); sino que ha considerado oportuno repetirlos en disposiciones especiales, que son el artículo 99, correspondiente al artículo 35 del código anterior, en el que se enuncia el principio de *ja demanda* ("quien quiera hacer valer un derecho en juicio debe proponer demanda al juez competente"), y el artículo 112, en el que enuncia el principio de la *correspondencia entre la petición y el pronunciamiento* ("el juez debe pronunciar sobre toda la demanda, y no más allá de los límites de ella"); véase también el artículo 2909 del C.C. ..."^{5*}.

LECTURA X.

BILATERALIDAD DE LA ACCIÓN, LA EXCEPCIÓN

*Piero Calamandrei.**

^{5*} (Instituciones de Derecho Procesal Civil, Editorial Leyer, Colección Clásica del Derecho, Octubre de 2005).-

La acción entendida como actividad dirigida a estimular la jurisdicción y a invocar del juez una providencia jurisdiccional conforme a la propuesta del reclamante, presenta también (independientemente de la teoría que se acepte sobre su naturaleza jurídica) otro carácter empírico, que es el de su bilateralidad.

La jurisdicción, se ha dicho, trata siempre de restablecer la observancia del derecho respecto de quien habría debido voluntariamente observarlo, y de obtener con la sujeción lo que no se ha obtenido por la voluntad. En armonía con esta finalidad de la jurisdicción, quien acciona para obtener del juez una providencia jurisdiccional, considera esta providencia no solamente como destinada a satisfacer el interés propio de él como proponente, sino como destinada, además, a valer *respecto de otra persona*, esto es, de la persona sobre la cual deberá obrar la sujeción impuesta por el Estado (el acreedor pide la condena del deudor; el propietario de un fundo pide que su propiedad sea declarada cierta respecto del propietario colindante; el cónyuge pide que el matrimonio sea anulado respecto del otro cónyuge; y así sucesivamente). La acción se presenta, pues, en todo caso, como la petición que una persona hace al órgano judicial de una providencia destinada a obrar en la esfera jurídica *de otra persona*.

Veremos a su tiempo, al hablar de los sujetos del proceso, que en el proceso moderno hay siempre, frente a una de las partes que pide la providencia, al menos otra parte respecto de la cual la providencia se pide; pero esta característica *bilateralidad del proceso* no es, en sustancia, más que una consecuencia de la *bilateralidad de la acción*, la cual trata siempre de obtener del Estado una providencia que ponga en obra una *sujeción*, y presupone, por consiguiente, en todo caso, que frente a quien pide la sujeción de otro (*actor* en el proceso civil, *acusador* en el proceso penal), se encuentra alguien que debe ser sujeto (*demandado* en el proceso civil, *imputado* en el proceso penal).

Pero obsérvese que, así como no basta la simple petición de providencia para hacer que la providencia solicitada se conceda, sino que es necesario, por el contrario, que caso

por caso, los órganos judiciales verifiquen la existencia en concreto de las condiciones de derecho y *de hecho* a los cuales la ley subordina la concesión, la parte contra la cual debería operar la sujeción es siempre admitida (por el *principio* ¡*fe la contradicción*: art. 101 C.P.C.: véase art. 38 C.P.C. 1865) a hacer valer ante el juez todas las razones de derecho y de hecho que puedan servir para demostrar la falta de fundamento de la demanda y para hacerla rechazar. El órgano judicial puede, de este modo, encontrarse (es lo normal en la fase de cognición; pero puede verificarse también en la fase ejecutiva, en caso de oposición por parte de la persona que debería sufrir la ejecución: véanse arts. 615 y sigs. C.P.C.) no solamente frente a la petición del actor, sino, al mismo tiempo, frente a la contrapropuesta formulada por el demandado, que lo estimula a rechazar la petición contraria. De este modo, el impulso y la colaboración en la jurisdicción le llegan al órgano judicial *tíe dos partes*; el juez no debe decir en virtud de una sola propuesta de providencia, sino que debe *escoger entre dos propuestas*, por lo general antitéticas (el actor pedirá, por ejemplo, la condena del demandado al pago de la deuda, esto es, una sentencia de condena; el demandado pedirá, por el contrario, ser absuelto, porque la deuda ha sido pagada, esto es, una sentencia de rechazamiento o sea de declaración negativa de mera certeza).

De este modo la acción, como actividad dirigida a presentar al juez una propuesta de providencia, no es solamente propia del actor: porque también el demandado, aun cuando se limite a pedir el rechazamiento de la demanda contraria, viene, en sustancia, a solicitar del juez que pronuncie una sentencia de declaración negativa de mera certeza, esto es, una providencia diversa de la pedida por el actor, y favorable, en lugar de a éste, a él como demandado.

También la actividad del demandado se puede hacer entrar así, bajo este aspecto, en el concepto de acción: es conveniente, sin embargo, advertir que, en la terminología procesal, a todas las actividades que desarrolla el demandado para defenderse de la

demanda contraria y para pedir el rechazamiento, se les da la denominación genérica, que tiene su origen en la *exceptio* del proceso formulario romano, de *excepciones* (véanse, por ejemplo, art. 183, apartado segundo; art. 184; art. 345 C.P.C., etc.), con significado amplísimo equivalente al de *defensas* (véase art. 167); y frente al *accionar* del actor se habla de *excepcionar* del demandado, en el sentido de *contradecir*¹. Pero a la palabra excepción se da también un significado técnicamente más restringido, reservado a aquellos únicos casos en los que la petición de rechazo está basada sobre razones de las que el juez no podría tener en cuenta si el demandado no las hubiese hecho valer. El ejemplo más notorio de este fenómeno se verifica en materia de prescripción; el juez no puede rechazar la demanda con la que el actor hace valer un crédito prescrito, si el deudor demandado no "excepciorva" la prescripción: "el juez no puede suplir de oficio a la prescripción no opuesta" (art. 2938 C.C.).

En estos casos, la instancia del demandado constituye, como ya se ha dicho de la acción, un límite y una condición a la actividad del juez: y si la acción se concibe, como dentro de poco se verá, como un derecho del actor, la excepción aparece en estos casos como un contraderecho del demandado, del ejercicio del cual depende el rechazamiento de la demanda del actor. Para estos casos la doctrina habla de *excepción en sentido propio* o en *sentido estricto*², y a ellos precisamente alude el artículo 112 del nuevo código, cuando establece que el juez "no puede pronunciar de oficio sobre excepciones que puedan ser propuestas solamente por las partes" ...^{6*}.

¹ REDEOTI, *Praflì*, págs. 107,108.

² CHIOVENDA, *Istituzioni*, I. § 13; ESCOBEDO, F., *L'eccezione in senso sostanziale* (Milano, 1972); BOLAFFI, *Le eccezioni nel dir. Sostanziale* (Milano 1936).

^{6*} (Instituciones de Derecho Procesal Civil, Editorial Leyer, Colección Clásica del Derecho, Octubre de 2005).-

LECTURA XI

OBJETIVOS DEL PROCEDIMIENTO

*Jeremias Bentham.**

Son cuatro. Rectitud en las decisiones. Celeridad. Economía. Eliminación de obstáculos superfluos. Distinción entre el fin directo y los fines colaterales. Inconvenientes accesorios de procedimiento: 1) dilaciones; 2) vejaciones; 3) gastos. Rectitud en las decisiones. Conformidad a la ley. Justicia abstracta. Lo que se entiende por tal. Su peligro. Carácter de una buena ley de procedimiento. Carácter de una norma falsa: toda norma que fuerza al juez a pronunciarse en contra de persuasión. Crítica del procedimiento dirigido, no con objeto de disminuir los inconvenientes accesorios, sino de aumentarlos.

Dificultad de alcanzar los fines colaterales. Ignorancia e indiferencia del público sobre la desgraciada suerte de los litigantes. Cuál es la causa. Todas las reglas del procedimiento

deben dirigirse a estas cuatro finalidades: 1) rectitud en las decisiones; 2) celeridad; 3) economía; 4) eliminación de los obstáculos superfluos.

La rectitud en las decisiones constituye el fin directo; los otros tres no son sino objetivos colaterales. Se trata de evitar inconvenientes accesorios conocidos con el nombre de *plazos, vejaciones y gastos*; bien entendido que se trata de plazos, de vejaciones y de gastos innecesarios o en los cuales prepondere el daño, es decir, que hecho el balance de sus efectos el mal sobrepase al bien. Lo que yo entiendo por *rectitud en las decisiones*, es su conformidad con la ley, puesto que sobre la ley se regulan los temores y las esperanzas de los ciudadanos. La ley representa una expectativa. El público quedará satisfecho si la decisión del juez se ajusta a esa expectativa: si la contraría, se habrá establecido un principio de seguridad y, en casos importantes, una alarma proporcional.

Se puede concebir fácilmente una justicia abstracta, que es la que parecerá tal a los ojos de un juez infalible, conocedor de todas las circunstancias de la causa; pero, distinguir esa justicia abstracta de la justicia legal, constituye una pretensión vana y peligrosa que entregarla al juez a las fantasías de su imaginación y le haría perder de vista su verdadera guía, que no es otra que la ley. La ley adjetiva, es decir, la ley de procedimiento que únicamente será buena en tanto concurra al cumplimiento de la ley sustantiva.

¿Qué es una regla falsa en materia de procedimiento? Es una regla que tiende a colocar en contradicción la decisión del juez y la ley; que constriñe al juez a pronunciarse en contra de su íntima persuasión, a sacrificar el fondo a la forma, a juzgar como hombre de ley de muy distinta forma que lo haría como hombre privado. En este caso, el arte queda condenado por los artistas: son ellos mismos quienes se acusan porque al convertirse en jueces no dejan de ser hombres. La manera de actuar puede ser constreñida, pero la forma de pensar no lo puede ser: la conducta pertenece al oficio, el sentimiento a la naturaleza. Si el juez, de

acuerdo con las reglas del procedimiento, absuelve al acusado a quien cree culpable según los términos de la ley: si hace perder a un ciudadano un derecho que, conforme con su persuasión, la *ley* quería conservar; en una palabra, si el negocio lleva a un desenlace contrario al que habría tenido según la integridad de un juez libre, se puede estar seguro de que aquellas reglas son malas.

En todas esas hipótesis lo que la ley sustantiva promete a los ciudadanos, la ley adjetiva le quita, los medios de obtenerlo; los dos aspectos de la ley están en oposición uno con otro.

Sin embargo, no hay que deducir de estas observaciones que sea necesario abolir todas las formas y no tener otra regla que la voluntad de los jueces: lo que se necesita evitar son las formas, las reglas que colocan al juez en la necesidad de pronunciar una sentencia contra su propia convicción, y que hacen del procedimiento el enemigo de la ley sustantiva. Por otra parte, veremos cuáles son las verdaderas garantías que se deben dar a los testimonios y a las sentencias.

En cuanto a los fines que he llamado colaterales, de celeridad, economía y eliminación de obstáculos superfluos, queda todo dicho con su solo enunciado: mas adaptar el procedimiento a dichos objetivos y conformar a ellos la práctica es una labor que requiere por parte del legislador una habilidad y una firmeza extraordinarias, porque en esa carrera hay que luchar, más que en ninguna otra, contra seductores intereses. No hay nada de sátira ni nada de exageración, es decir, que el procedimiento parece haber estado dirigido hacia fines absolutamente contrarios y como con el deseo de multiplicar los gastos, las dilaciones y las vejaciones, mediante el agregado de todo lo que puede hacerlo ininteligible. Esos vicios no han sido, sin embargo, el efecto de un plan adoptado por los tribunales; han sido la consecuencia de aquellos intereses de que acabo de hablar, de aquellos intereses seductores que no han tenido ningún freno,

porque la opinión pública estaba muda o impotente sobre los abusos que su ignorancia le impedía enjuiciar, o era Indiferente sobre la suerte de los litigantes, individuos dispersos que no forman una clase, que cambian todos los días, cuyos pleitos son odiosos y que no pueden ni siquiera hacer comprender sus quejas más legítimas^{7*}.

CASO N° 1. DEMANDA Y CONTESTACIÓN –

En una demanda se afirma en el hecho 1 que el actor fue despedido, y en el hecho 2 que ello ocurrió sin justa causa; al contestarse el libelo frente a esos hechos se manifiesta que no le consta.

El juez de la causa ordena subsanar la contestación de la demanda en ese punto, transcurrido el término concedido, el demandado no la subsana.

AUTOEVALUACIÓN

1. Usted como juez, tendría por no contestada la demanda, atendiendo a lo dispuesto en los parágrafos 2° y 3° del art. 18 de la Ley 712 de 2001, además de tener como probados los respectivos hechos?.
2. Usted admitiría la contestación de la demanda con esa falencia, dando por probados los hechos 1 y 2 del libelo introductorio?.
3. Consultaría mejor la hermenéutica jurídica escoger, al arbitrio del fallador de turno, alguna de las consecuencias señaladas en la ley para sancionar la falta.

^{7*} (Tradado de las Pruebas Judiciales Valleta Ediciones, 2002).-

DECISIONES JUDICIALES

CUANDO NO EXISTA UN PRONUNCIAMIENTO EXPRESO Y CONCRETO SOBRE CADA UNO DE LOS HECHOS DE LA DEMANDA, SIN QUE SE SUBSANE, SU CONSECUENCIA NO ES LA DE TENER POR NO CONTESTADA LA DEMANDA

"Empero revisado el contexto de la norma aplicable Art. 18 Ley 712 de 2.001, se aprecia frente al caso concreto, que el numeral 3º dispuso una consecuencia especial cuando no manifieste las razones de su respuesta, esto es que ante esa falencia debe aplicarse la sanción determinada para el caso concreto, así que en manera alguna podría interpretarse aplicando los párrafos 3º y 2º del Art. 18 de la Ley 712 de 2.001, no siendo dable al juez imponer a su arbitrio según cual sea mas o menos gravosa, una de las dos sanciones, por cuanto tampoco le es dado al legislador sancionar la conducta del demandado con dos consecuencias distintas, así que una hermenéutica razonable al tema debe precisar que cuando ocurra la falta señalada en el numeral 3º de la norma en cuestión, la consecuencia debe ser la señalada en ese mismo precepto, por ser norma especial que regula la consecuencia de no acatar ese preciso mandato legal, dejando las previsiones del párrafo 3º como de aplicación general para los otros eventos consignados en esa normatividad.

"En este contexto, síguese que el no subsanar los hechos 22 y 23 de la contestación de la demanda, por los motivos expuestos por el A-quo (Fl. 374), genera la entronización de dar por probado los hechos respectivos, consecuencia distinta a la asumida por el juzgado de

conocimiento, lo que conduce a la revocatoria del proveído impugnado, para en su lugar disponer que se tenga por contestada la demanda, precisando que frente a los hechos 22 y 23 de la demanda se tengan como probados. (TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. SALA LABORAL .RAD. 12 2005 01090 01).

CASO N° 2 DEMANDA Y CONTESTACIÓN

Al contestarse la demanda, el accionado a través de apoderado, al proponer excepciones manifiesta escuetamente “nada debe mi poderdante”, sin embargo en la contestación de la demanda, fundamenta los motivos por cuales considera no deber, como sustento de la excepción.

AUTOEVALUACIÓN

1. Usted como juez devolvería la contestación de la demanda, en orden a que se subsane, al no hallar cumplido el numeral 6° del art. 31 del C.P.L.?
2. Es rígido, el formato legal consignado en el art. 31 del C.P.L., para la contestación de la demanda?

DECISIONES JUDICIALES

CUANDO EN APARTES DE LA DEMANDA DISTINTOS AL SEÑALADO PARA FUNDAMENTAR LAS EXCEPCIONES, SE CONSIGNAN LOS MOTIVOS DE ELLAS, SE CUMPLE TAMBIÉN CON LA EXIGENCIA SEÑALADA EN EL NUMERAL 6° DEL ART. 31 DEL C.P.L.

“Al tema, al contestar el libelo la accionada fundamenta genéricamente sus excepciones expresando “por cuanto mi poderdante nada debe a la actora” (fl. 21), ese fue el fundamento de su excepción, ahora que no sea extenso en su argumentación o no correspondan esas

afirmaciones a la titulación de las excepciones es asunto distinto, por cuanto la procedencia de las excepciones se determina por la debida demostración de los hechos y no por su denominación.

En ese orden de ideas si la accionada estimó que ese era el fundamento fáctico de las excepciones - no deberle nada a la actora- es asunto que sólo a él le compete, pero cumple con ello formalmente con las exigencias de Ley, máxime si se observa la contestación de la demanda y de los hechos y razones de la defensa, así como la respuesta al hecho noveno (fl. 20) el sustrato de las excepciones, renunciando posteriormente a la excepción de prescripción.

En estas circunstancias se hace necesario revocar el auto que tuvo por no contestada la demanda (fl. 46), para en su lugar proceder a examinar la contestación de la demanda, en orden a darla por contestada, sin considerar los argumentos expuestos en el auto impugnado..." (TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. SALA LABORAL.(RAD. 15 2006 00660 01

CASO N° 3 EXCEPCIONES. COSA JUZGADA

En vigencia de la ley 712/01, en la audiencia referida por el art. 39 de la ley 712/01, el juez encuentra acreditados los supuestos de la cosa juzgada, la cual no fue propuesta como excepción previa.

AUTOEVALUACIÓN

1. Usted como juez la decretaría oficiosamente, o consideraría que solo debería resolverse si se propuso expresamente como previa?.
2. Considera que la excepción de cosa juzgada, en el evento de proponerse como previa, debe resolverse siempre en la audiencia referida por el art. 39 de la ley 712 de 2001?.
3. Tiene el juez laboral, libertad de formas procesales?.

COMENTARIOS

1.- Las normas procesales no admiten aplicación extensiva, deben interpretarse literalmente; darle otro sentido podría violar el debido proceso al desconocer los momentos establecidos en ley de orden público, para determinadas actuaciones.

2.- La posición de un juez proactivo interviniente, permite visualizar aspectos que conduzcan al rápido adelantamiento del proceso, sin violar el derecho de defensa; en esa perspectiva si estima se dan los supuestos de la figura de la cosa juzgada, en aras de la economía procesal podría decretarla, tanto más si puede proponerse y resolverse en esa audiencia, con mayor razón podría el director del proceso decidirlo, no atándose a las formas, para evitar el contacto con la realidad procesal, debiendo prevalecer el derecho sustancial, art. 306 C.P.C., art. 228 C.N., cuya aplicación debe beneficiar por igual, a todas las partes.

DECISIONES JUDICIALES

NO EN TODOS LOS CASOS, A PESAR DE PROPONERSE COMO PREVIA, LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA, DEBE RESOLVERSE CON ESE CARÁCTER SALA LABORAL DE BOGOTÁ D.C. - (RAD. 19 2006 00121 01)

(...)

En los temas referidos en el recurso por la parte accionante, en atención al principio de consonancia, esto es, frente a la decisión que declaró probada la excepción de cosa juzgada, así como si hay lugar, al examen de los demás medios exceptivos, por mandato legal.

Ahora bien, del análisis de la demanda, se observa que se pretende se declare la Nulidad de las actas de conciliación celebradas entre las partes, en donde se vulneran derechos ciertos e indiscutibles, al no reconocerles salarios y prestaciones causados a partir del día 16 de abril de 2003 hasta la fecha en que se celebraron las respectivas conciliaciones, y como consecuencia de ello se ordene entre otros aspectos el pago de salarios desde el 16 de abril de 2003.

Si bien la ley 712/01, consagró que la excepción de Cosa Juzgada puede proponerse como previa, y como tal debe resolverse en la Audiencia de que trata el art. 39 de la citada ley, ello no conlleva el desconocimiento del asunto materia del litigio, que precisamente incide en la declaratoria de la excepción previa propuesta.

De esta manera, como uno de los objetos de las pretensiones es la declaratoria de Nulidad de las conciliaciones, no es procedente declarar probada la excepción previa de Cosa Juzgada, bajo el criterio sostenido por el Juzgado de conocimiento, cuando aún no se ha desatado en el fondo la presente controversia, toda vez que precisamente, el debate en este ordinario apunta, entre otros aspectos, a la declaratoria de Nulidad de las Actas de Conciliación (fl. 8), visibles a folios 13 a 20, no siendo procedente oponer como Cosa Juzgada Previa, para confrontar ahora, justamente la misma diligencia de Conciliación que esta controvertida; procedería la Cosa Juzgada como previa, en el evento en que sobre el tema inicial propuesto, Nulidad de las Actas de Conciliación, existiere decisión judicial al respecto, u otro evento, en donde se generan los supuestos del art. 332 del CPC para ese punto. Así que se haría necesario esperar los resultados de

este juicio, para que en la sentencia, se dilucide el tema, y de ser favorable al recurrente, examinar la viabilidad de las otras pretensiones, en caso contrario, estimar si existe o no Cosa Juzgada frente a estos pedimentos, razonamientos que conducen a revocar el Auto atacado, en orden a continuar con el desarrollo del juicio, precisándose que cualquiera sea el fundamento de la Nulidad invocada por el petente, es este caso violación a derechos ciertos e indiscutibles, no habilita para resolver en este momento procesal el tema bajo el carácter de previa, pues se repite, acerca de la Nulidad de las conciliaciones, no existe decisión.

(...)

CASO N° 4 – EXCEPCIONES. PRESCRIPCIÓN

Existe discusión en la demanda y su contestación acerca de los extremos temporales de la vinculación contractual laboral, mientras el demandante afirma que el vínculo terminó el 10 de enero de 2000, la accionada replica que la terminación ocurrió el 20 de enero de 2000, alegando igualmente el demandante que se interrumpió la prescripción el 9 de enero de 2001, la demanda se presenta a reparto el 8 de enero de 2004, notificándose oportunamente al demandado, quien presenta como excepción previa la de prescripción.

AUTOEVALUACIÓN

1. Usted como juez en cuál momento procesal resolvería ese medio exceptivo?
2. Basta que se presente la excepción de prescripción como previa, para que deba resolverse en la audiencia referida en el art. 39 de la Ley 712 de 2001?

DECISIONES JUDICIALES
MOMENTOS Y EXIGENCIAS PROCESALES PARA RESOLVER COMO PREVIA
LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN SALA LABORAL DE BOGOTÁ D.C. (RAD.
04 2006 00045 01)

"Recuérdese, en términos generales que las excepciones son hechos distintos de los afirmados en la demanda, alegados por el demandado para contradecir el nacimiento del derecho pretendido por el demandante, o para producir su extinción, para negar su exigibilidad actual o simplemente para impedir el juicio, suspender o mejorar el procedimiento.

Ahora en cuanto a la prescripción, dado su carácter de mixta, es factible examinarla como previa, siendo que en vigencia de la Ley 712 de 2.001, se dispuso en su artículo 29, la posibilidad de examinar este medio exceptivo como de carácter previo, evaluación que procedería en el evento de no existir discusión sobre la fecha de exigibilidad de la pretensión o de su interrupción.

En consecuencia ello es lo primero que debe examinar el juez de turno, apreciándose que el actor estima hubo un contrato de trabajo con el **BANCO DEL ESTADO** durante el segmento de tiempo comprendido entre el 1º de agosto de 2.000 y el 29 de abril de 2.002, ver petición declarativa No. 2 folio 3, hechos 5 y 13 de la demanda folio 4, 5, aspectos a los que se opone rotundamente el accionado **BANCO DEL ESTADO** al contestar esos hechos (Fls. 21, 24), oponiéndose igualmente a la declaración de existencia de un contrato de trabajo, durante el periodo ya citado (Fl.18).

Las circunstancias anteriores, desde luego impiden en este instante procesal, decidir con el carácter de previa la excepción de prescripción propuesta por **BANESTADO**, y que ahora ataca en apelación la decisión del A – quo que la declaro no probada, toda

vez que los elementos de juicio, ante la negativa del banco de admitir la existencia de un contrato de trabajo durante el lapso anhelado, conducen a concluir que existe discusión acerca de la fecha de exigibilidad de las pretensiones, aspecto que conduce a revocar el proveído dictado por el juez de primer grado, y en su lugar deberá decidirla como de mérito en el momento procesal oportuno".

LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

LECTURA XIII

RELACIÓN PROCESAL Y ACCIÓN: LOS LLAMADOS "PRESUPUESTOS PROCESALES"

*Piero Calamandrei.**

Los actos que componen el proceso son, como se ha dicho, actos *jurídicos*, esto es, regulados por el derecho; y la relación procesal es, en sí misma, una relación *jurídica*, en cuanto las vinculaciones que en ella se desarrollan entre los varios sujetos, están

también reguladas por el derecho. Este derecho, que regula en sí mismas y en su recíproca relación, las actividades de los sujetos del proceso, es el *derecho procesal*.

Para tener una idea clara de la diferencia que existe entre el proceso y la *acción*, es necesario partir de la diversa posición en que el órgano judicial se encuentra, mientras cumple su función jurisdiccional, ante el *derecho sustancial* y ante el *derecho procesal*. Se ha advertido que el juez, cuando es llamado a "aplicar" la ley sustancial a los hechos de la causa, considera el derecho solamente como objeto de su conocimiento, y no lo considera, al mismo tiempo, como regla de su operar: una cosa es "aplicar" la ley a las relaciones *ajenas* (esto es, establecer, por medio de una actividad meramente intelectual, qué ley habría debido ser observada *en el pasado* por los sujetos de la relación controvertida sometida al conocimiento del juez), y otra es "observar" o "ejecutar" la ley, que quiere decir conformar prácticamente la conducta *propia* al precepto que *en el presente* la regula. Pues bien: mientras el derecho sustancial es considerado en primer término por el juez como objeto de juicio, esto es, como el derecho que otro habría debido observar y que la providencia jurisdiccional trata de *hacer observar por otro*, el derecho procesal es norma de conducta para todos los sujetos del proceso, y, por consiguiente, para el propio juez, que está obligado a *observarlo él mismo*; de suerte que, mientras el juez está llamado a declarar la certeza de si la conducta ajena se ha conformado al derecho sustancial, está obligado él mismo a conformar la propia conducta al derecho procesal, el cual establece el modo en que deben comportarse prácticamente las personas que participan en el proceso a fin de que éste sea regular y eficaz. Aparece de esta observación la profunda diferencia que debe hacerse entre la relación sustancial, que es el "mérito" de la causa, esto es, el tema que el órgano judicial pone ante sí como un evento histórico que ya ha sido vivido por los contendientes antes y fuera del proceso; y la relación procesal, que se crea en el momento mismo en que las partes entran en relación con el juez y en la cual juez y partes obran en una cooperación viva, en la que cada uno de sus actos debe conformarse a otros tantos

preceptos jurídicos que el derecho procesal dirige a cada uno de ellos, momento tras momento. Diversa es por consiguiente, la naturaleza (y, como se verá a su tiempo, las consecuencias) del error de derecho, según que se refiera a la relación sustancial o a la relación procesal: si el juez se equivoca al aplicar al mérito el derecho sustancial, incurre en un vicio *de juicio* (*error in indicando*), pero no incurre con ello en una inobservancia del derecho sustancial, porque éste no se dirige a él; en cambio, si el juez comete una irregularidad procesal, incurre en un vicio *de actividad* (*error in procedendo*), esto es, en la inobservancia de un precepto concreto que, dirigiéndose a él, le impone que tenga en el proceso un cierto comportamiento¹.

El derecho procesal y el derecho sustancial se encuentran así en dos planos diversos, sobre dos diversas dimensiones: a fin de que el órgano judicial pueda llegar a aplicar el derecho, sustancial, esto es, a proveer sobre el *mérito*, es necesario que antes las actividades procesales se hayan desarrollado de conformidad con el derecho procesal. Solamente si el proceso se ha desenvuelto regularmente, esto es, según las prescripciones dictadas por el derecho procesal, el juez podrá, como se dice, "entrar en el mérito"; si, viceversa, tales prescripciones no han sido observadas, las inobservancias de derecho procesal, cuando sean de una cierta gravedad, constituirán un impedimento para la decisión del mérito ("*litis ingressum impertientes*"). La observancia del derecho procesal *in procedendo* constituye, pues, una condición y una premisa para la aplicación del derecho sustancial *in indicando*; y lo que se dice más particularmente en cuanto al proceso de cognición tiene valor igualmente para el de ejecución forzada, en el cual la puesta en práctica de la garantía ejecutiva no puede tener lugar sino siguiendo exactamente aquel *iter* de actividad que la ley procesal establece precisamente para esta fase.

¹ Véase CALAMANDREI, *Studi*, I, pág. 213.

El derecho procesal tiene, pues, frente al derecho sustancial, carácter *instrumental*, encontrándose con él en relación de medio a fin; pero se trata de una instrumentalidad *necesaria*, en cuanto para obtener la providencia jurisdiccional sobre el mérito, no hay otro camino que el de la rigurosa observancia del derecho procesal. Cuando se considera la minuciosa exactitud con la que las partes y los órganos judiciales deben constituir en todas las particularidades este instrumento de la jurisdicción que es el proceso, vienen a la memoria aquellas delicadas operaciones preparatorias que en los laboratorios científicos deben llevarse a cabo para poner en condiciones los instrumentos ópticos de precisión, a través de los cuales puede realizarse la observación experimental de los preparados: si el microscopio no ha sido puesto en foco, si las piezas que lo componen no han sido montadas en orden, el observador no consigue ver a través de sus lentes; así la investigación del juez sobre la relación sustancial no puede tener lugar más que a través de un proceso regularmente constituido.

Se comprende, por lo dicho, que, para vencer una causa, no basta tener razón en el mérito; sino que es necesario también hacerla valer en los modos prescritos por el derecho procesal², a falta de lo cual el órgano judicial no podrá entrar a conocer si el reclamante tiene razón o no la tiene, y no podrá, por consiguiente, dictar la providencia jurisdiccional de mérito, a la cual el reclamante aspira; de modo que la providencia consistirá simplemente en declarar *no poder proveer*. Aparece aquí evidente la diferencia entre *acción y relación procesal*: sólo quien tiene acción tiene derecho a una providencia de un *determinado contenido*, esto es, a una providencia *favorable*; pero también quien no tiene acción tiene derecho, a base de la relación procesal regularmente constituida, a una providencia que decida sobre su demanda, aun cuando sea para no darle la razón:

² También el conocido proverbio veneciano relativo a lo que "hace falta para vencer las litis", enseña que, a tal objeto, no basta "tener razón", sino que es necesario, además, entre otras cosas, "saberla exponer" en los modos ordenados por el procedimiento.

esto es, a una providencia *de mérito*. La acción, entendida en sentido concreto, es el derecho a la providencia (de mérito) favorable; pero si el proceso no está regularmente constituido y proseguido hasta el final, el órgano judicial no puede proveer sobre la demanda y, por consiguiente, no puede decidir si la misma, como fundada, merece ser acogida. Se distingue así la *admisibilidad* de la demanda de su *fundamento*. *Admisible* es la demanda propuesta y proseguida en los modos prescritos por el derecho procesal, independientemente de la existencia del derecho de *acción*; *fundada* es la demanda cuando quien la propone tiene acción (en sentido concreto) independientemente de la regularidad del procedimiento en que tal demanda es propuesta y proseguida. El fundamento hace referencia a la existencia de los requisitos constitutivos de la acción; la admisibilidad, a la regularidad del procedimiento en el que la acción es propuesta y hecha valer. También quien no tiene acción (en sentido concreto) puede proponer al órgano judicial una demanda infundada: y si la presenta y la prosigue en los modos prescritos por el derecho procesal, obtendrá del órgano judicial una providencia de mérito, que declarará infundada su demanda y la rechazará: en este caso, pues, la demanda es *admisible* (en cuanto tiene todos los requisitos procesales para ser admitida al examen de mérito), aun siendo *infundada* (en cuanto faltan los requisitos constitutivos de la acción indispensables para acogerla). Viceversa, puede ocurrir que la demanda, aun siendo *fundada* (en cuanto, si pudiera ser tomada en examen, se vería que existen en el reclamante los requisitos constitutivos que en un proceso regular le darían el derecho a obtener una providencia favorable), no pueda ser admitida a examen por el juez, porque las actividades del proceso no se hayan desarrollado en conformidad con el derecho procesal: en este caso, la declaración de inadmisibilidad de la demanda no significará que la misma sea rechazada como infundada, sino que significará solamente que el juez no habrá podido conocer *en aquel proceso* del mérito de la demanda y, por consiguiente, no habrá podido pronunciar, *en aquel proceso*, la providencia favorable a la cual el reclamante tendría derecho.

En el momento en que el órgano judicial pasa a proveer sobre la demanda, el mismo debe, por consiguiente, antes cíc entrar a conocer si es fundada, examinar si la misma ha sido propuesta y proseguida siguiendo las prescripciones del derecho procesal: las cuestiones sobre la *admisibilidad* de la demanda se presentan, necesariamente, con un carácter de prioridad lógica sobre las cuestiones relativas a *su fundamento*; en este sentido, es corriente en el lenguaje forense la distinción entre cuestiones *de mérito* y cuestiones *de procedimiento* (o *de rito*), e incluso el nuevo código distingue expresamente las "cuestiones de mérito" de las "cuestiones prejudiciales", atinentes al proceso (véanse arts. 187 y 276 C.F.C.). El nuevo código distingue también entre *inadmisibilidad* e *improcedibilidad*³, de la demanda (véanse, por ejemplo, art. 366 y art. 339 C.P.C.), aludiendo con la primera expresión a la falta inicial de los requisitos procesales que la demanda debe tener en el momento en que la misma se propone, y con la segunda a las irregularidades procesales sobrevenidas en el curso ulterior del proceso⁴.

Partiendo de estas premisas, es posible comprender, en su alcance exacto, un concepto que, aun cuando no esté expresamente adoptado por la ley, es, sin embargo, hoy en día ampliamente utilizado por la doctrina en conexión sistemática con la teoría de la relación procesal: me refiero al concepto de los llamados "presupuestos procesales"⁵. Mientras, para poder pronunciar una providencia favorable al reclamante es necesaria la existencia de los "requisitos constitutivos de la acción" (o "condiciones de la acción"), los *presupuestos procesales* son las condiciones que deben existir a fin de que pueda tenerse un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable, sobre la demanda, esto es, a fin de que se concrete el poder-deber del juez de proveer *sobre el mérito*: así,

³ Que no ha de confundirse con la improponibilidad, que se refiere a la falta de las condiciones de la acción: véase pág. 274.

⁴ Véase REDENTI, *Profili*, núm. 228.

⁵ Véase CHIOVENDA, *Instituzioni*, 1, § 3; ZANZL'CCHI, *Dir. proc. civ.*, I, págs. 61 y sigs.

mientras los requisitos de la acción hacen referencia a la relación sustancial que preexiste al proceso, los presupuestos procesales son requisitos atinentes a la constitución y al desarrollo de la relación procesal, independientemente del fundamento sustancial de la demanda.

A fin de que la relación procesal se constituya en su primer embrión, son necesarios, al menos, dos elementos: esto es, un órgano judicial, y una demanda de providencia dirigida a él, en las formas establecidas por la ley procesal. Pero estos dos elementos iniciales indispensables no bastan para hacer surgir de un modo concreto y actual, en el órgano judicial requerido, el poder-deber de proveer sobre el mérito de la demanda: a fin de que este deber se concrete, será necesario que el órgano judicial tenga ciertos requisitos que lo hagan idóneo para juzgar sobre aquella determinada causa (*jurisdicción, competencia*), que las partes entre las cuales el proceso se desarrolla, sean sujetos de derecho con capacidad de obrar (*capacidad de ser parte y capacidad procesal*), y que, en ciertos casos, estén representadas o asistidas por un procurador legal o por un abogado (*representación procesal*). Estos diversos requisitos, sin los cuales no nace el poder del juez de entrar a proveer sobre el mérito, se pueden denominar presupuestos procesales *generales*, porque son comunes a todo proceso; pueden darse, además, en cuanto a todo tipo de proceso, presupuestos procesales *especiales* específicamente propios del mismo.

Sin embargo, aun cuando estén inicialmente presentes estas condiciones generales o especiales exigidas para la constitución regular del proceso, puede ocurrir que el poder del juez de proveer en cuanto al mérito desaparezca en el curso del procedimiento, por verificarse circunstancias positivas o negativas que funcionan como impedimento para la continuación del proceso; como puede ocurrir, por *ejemplo*, cuando tiene lugar la pendencia de otro proceso sobre la misma causa o sobre una causa conexa (arte.

39-40 C.P.C.), o cuando no se presta, dentro del término establecido, la caución por las costas, dispuesta por el juez a cargo de una parte (art. 98 C.P.C)⁶.

Las mismas consecuencias que derivan de la falta inicial o sobrevenida de un presupuesto procesal general o especial pueden verificarse cuando en la demanda o en el curso del procedimiento se cometa alguna de aquellas inobservancias de forma para las cuales la ley conmina con la nulidad (art. 156 C.P.C.); puede, en tales casos, ocurrir que la nulidad del acto singular repercute sobre la relación procesal entera, con la consecuencia de que también aquí desaparezca el deber-poder del juez de proveer en cuanto al mérito⁷.

En todos estos casos (sobre los caracteres diferenciales de los cuales no es posible que nos detengamos ahora) se verifica constantemente un fenómeno acerca del cual es oportuno llamar la atención: la falta de los presupuestos procesales o las otras irregularidades del proceso no tienen como efecto la inexistencia o la inmediata extinción de la relación procesal, sino que su consecuencia inmediata es solamente la de hacer desaparecer en el juez el poder-deber de proveer sobre el mérito, mientras sobrevive el poder-deber de declarar las razones por las cuales considera que no puede proveer. Por esto, la expresión de "presupuestos procesales", si se la toma literalmente, puede conducir a engaño: en su significado propio, la misma parecería querer indicar aquellas condiciones a falta de las cuales no se forma una relación procesal; viceversa, también cuando falta un presupuesto procesal, la relación procesal se constituye igualmente en torno al deber del juez de proveer, pero con la diferencia de que, mientras en el caso de proceso regular, el deber del juez es el de proveer en mérito, en el caso de irregularidad

⁶ Para una precisa enumeración de estos casos, véase CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, §§ 38-39; REDENTI, *Profili*. núm. 228.

⁷ véase CHIOVENDA, *Istituzioni*, II. U, § 41.

de la relación procesal, el juez tiene solamente el deber de emitir una providencia en la que declare cuáles son las razones en cuya virtud considera que no puede entrar en el examen de la causa, y que no puede, por consiguiente, adoptar una providencia de mérito. Los presupuestos procesales se deberían, pues, denominar más exactamente, siguiendo una terminología adoptada por algún autor⁸, *presupuestos del conocimiento del mérito, extremos exigidos para decidir el mérito, condiciones de la providencia de mérito*; preferimos conservar la denominación chio-vendiana, que ha entrado ya en el uso general, si bien con la advertencia que precisa su significado.

Basta, pues, que se tenga una demanda y un órgano jurisdiccional al que la misma esté dirigida (a falta de lo cual la relación procesal no se constituye a ningún efecto), a fin de que surja en este órgano judicial, antes que el deber de proveer en cuanto al mérito de esta demanda, el deber de examinar si existen los extremos procesales necesarios para proveer sobre el mérito: o sea, antes que el deber de tomar en examen la "causa" (esto es, el problema de la existencia de la acción) el deber de tomar en examen el "proceso". En todo proceso se contiene, pues, una fase *preliminar* (que en ciertas legislaciones está también formalmente separada del conocimiento sobre el mérito)⁹, en la que el objeto de la indagación del juez no es la acción, sino que es el proceso: un verdadero y propio *proceso sobre el proceso*. De la relación procesal, aunque sea defectuosa, surge siempre este poder de auto-control, que se realiza necesariamente, en una providencia (por ejemplo, en la sentencia por la cual el juez se declara incompetente; o en la que declara no poder proveer porque la citación es nula). Así, con tal que haya una demanda dirigida a un órgano judicial, se constituye siempre una relación procesal, aun cuando no sea más que a los efectos limitados de declarar la certeza de que la misma relación

⁸ Véase REDENTI, *Profili*, núms. 152 y 228; BETTI, *Dir. proc. do.*, § 10.

⁹ Véase CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pág. 54.

procesal no está constituida en el modo exigido para poder conducir a una providencia de mérito.

Quien presenta una demanda a un órgano judicial se puede, pues, encontrar, según los casos, en tres situaciones diferentes: si el proceso no está regularmente constituido (supongamos, porque el juez al cual se dirige la demanda es incompetente), tiene derecho a obtener una providencia *sobre el proceso*, por la cual el juez declare inadmisibile o improcedible la demanda, especificando la razón por la cual no puede proveer sobre él mérito; si el proceso está regularmente constituido, pero el reclamante carece de acción (en sentido concreto), éste tiene, sin embargo, derecho a obtener una providencia *de mérito* por la cual el juez rechaza su demanda como infundada; si el proceso está regularmente, constituido y el reclamante tiene acción, el mismo tiene el derecho de obtener una providencia *de mérito favorable*, esto es, que acoja su demanda. En los dos primeros casos, el derecho del reclamante a obtener la providencia deriva de la relación procesal; pero, para obtener la providencia favorable es necesario que exista, además de la relación procesal, la acción, como precisamente ocurre en el tercer caso. Las consecuencias de la providencia *sobre el proceso* son diversas, como se verá a su tiempo, de aquéllas de la providencia *sobre el mérito*: si la demanda ha sido declarada inadmisibile por razones procesales, la misma podrá ser propuesta de nuevo en otro proceso regularmente constituido. Y la declaración de inadmisibilidat no excluye que la misma demanda pueda, en el nuevo proceso, ser acogida; viceversa, el rechazamiento *en cuanto al mérito* tiene carácter irremediable, en el sentido de que si la providencia, que ha rechazado la demanda como infundada, pasa en cosa juzgada, la demanda no podrá ya ser propuesta de nuevo en ningún otro proceso.

Se puede ahora comprender también la diferencia que tiene lugar entre las excepciones *de mérito* (o *excepciones sustanciales*) y las excepciones de *rito* o de procedimiento (o *excepciones procesales*); mientras con las primeras el demandado se dirige a negar la

acción, con las segundas el demandado trata de hacer declarar que, por algún defecto de la relación procesal, el juez no puede, en este proceso, entrar a decidir sobre la acción. La falta de los presupuestos procesales o las irregularidades del proceso pueden, de ordinario, ser puestas de relieve de oficio por el juez: y en estos casos sólo en un sentido impropio se habla de excepciones. Pero hay, además, casos en los que ciertas irregularidades del proceso y ciertas circunstancias que pueden impedir el conocimiento no pueden ser tornadas en consideración por el juez, sino a instancia del demandado (por ejemplo, la excepción de incompetencia territorial; art. 38, par. 3º/ C.P.C.); en estos casos se habla de excepciones procesales en sentido propio, en cuanto a las mismas corresponde un verdadero y propio poder dispositivo de la parte.

En la distinción que tradicionalmente se hace entre excepciones *perentorias* y *dilatorias*, las excepciones procesales pertenecen a esta segunda categoría; porque no excluyen definitivamente la acción como las primeras, sino que se dirigen simplemente a impedir que sobre la acción se provea en este proceso, lo que, en la mayor parte de los casos, no excluye que sobre la misma acción (si no han ocurrido en el intermedio fuera del proceso hechos que la hayan extinguido), se pueda volver a decidir en un nuevo proceso regularmente constituido: de suerte que su efecto, respecto de la acción, es el de *diferir* a un nuevo proceso la decisión del mérito*.

* (Instituciones de Derecho Procesal Civil, Editorial Leyer, Colección Clásica del Derecho, Octubre de 2005).-

CASO N° 5.

PRESUPUESTOS PROCESALES. DEMANDA PROVENIENTE DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Una demanda es rechazada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo al considerar que el caso planteado no era de conocimiento de esa jurisdicción, remitiendo a los juzgados laborales del circuito (Reparto). El juez laboral del circuito admite la demanda y ordena notificar la misma a la parte accionada. Durante el trámite señalado en el art. 39 de la ley 712/01 *Etapa de Saneamiento*, la parte demandante pretende corregir y adecuar la demanda a las formas establecidas por el art. 25 del C.P.L. El juzgador de turno estima en ese instante que no es el momento procesal oportuno para corregir o adecuar la demanda. El proceso continúa su trámite, se dicta sentencia de primer grado y al resolver en segunda instancia el recurso de apelación, el Tribunal Superior revoca la decisión de fondo y en su lugar dicta sentencia inhibitoria, argumentando que no se habían configurado los presupuestos procesales, al no haberse presentado la demanda conforme los mandamientos del art. 25 del C.P.L.

AUTOEVALUACIÓN

1. En casos como el señalado, al provenir la demanda de la jurisdicción contenciosa administrativa debería el juez previo a examinar la admisión de la demanda, devolverla señalándole un término en orden a que se adecue al procedimiento laboral?
2. En el evento en que ello no sucediere se podría en la etapa de saneamiento a instancias del juez o a petición de parte, corregirla adecuándola al procedimiento laboral, a efectos de evitar nulidades o fallos inhibitorios

DECISIONES JUDICIALES

DEMANDAS QUE PROVIENEN DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA, DEBEN ADECUARSE A LOS REQUISITOS SEÑALADOS EN EL ART. 25 DEL C.P.L.

"La Sala considera pertinente anotar que el presente asunto tiene como antecedente la demanda instaurada inicialmente ante la justicia contenciosa administrativa, intentándose una Acción de Nulidad y Reestablecimiento del Derecho, tal como se desprende de la demanda visible a folio 21 y ss, y del poder otorgado obrante a folio 1; acción que correspondió al Juzgado 9º Administrativo de Bogotá D.C. (fl. 30), este mediante proveído del octubre 10 de 2007 ordenó remitir por competencia el presente proceso al Juez Laboral del Circuito (fl. 39-40).

"Ahora bien, recibido el expediente en el Juzgado Diecisiete Laboral de éste Circuito, por proveído visible a folio 43, dispuso conceder a la parte actora un término de 3 días para adecuar la demanda junto con su escrito de poder, a los requisitos del art. 25 del C.P.L., previo a resolver acerca de la admisión de la demanda.

"Como no se procedió a ello, el Juez rechazó la demanda por considerar que, ni el poder, ni la demanda se encuentran dirigidos a ésta jurisdicción, además la clase de proceso es inexistente y las pretensiones no se ajustan a las facultades propias del Juez del Trabajo.

"En ese sentido, observa la Sala que la decisión del juez de instancia corresponde a un desarrollo lógico del estatuto procesal laboral, en donde se preceptuaron unos requisitos mínimos y especiales para la presentación de la demanda ante la jurisdicción ordinaria del trabajo. Es así como el artículo 25 del C.P.T.S.S. pretende dotar a esta jurisdicción de unas peculiaridades específicas en la presentación de la demanda, a través de la cual se busca la protección de derechos sustantivos del régimen del trabajo y de la seguridad social, y no de las normas contencioso administrativas, que buscan la protección de un interés jurídico diferente al que por los procesos laborales se transita. Con los requisitos dispuestos en el art. 25 del C.P.L se busca un proceso saneado y bien conformado desde su mismo inicio. Presupuestos que resultan distantes de los propios de la jurisdicción contencioso administrativa, que requieren condiciones, requisitos y formalidades mínimas previstas en el respectivo estatuto procesal.

"Es por ello, que no puede compartir la Sala la manifestación del recurrente en el sentido de que el juez laboral podía avocar el conocimiento del proceso, sin ordenar su adecuación, atendiendo a que las pretensiones de la demanda son de competencia de la justicia ordinaria laboral; en ese orden de ideas, es preciso señalarle al recurrente que uno de los requisitos para que la relación jurídico procesal pueda trabarse es la demanda en forma, la cual constituye un presupuesto procesal, por ello se le dio la oportunidad de cumplir este requisito sin que ello signifique negar la demanda por falta de competencia del asunto que se ventila, solo se le solicitó la adecuación

del escrito demandatorio a las exigencias del art. 25 del C.P.T.S.S., norma que señala claramente las condiciones y requisitos para la presentación de la demanda ante la jurisdicción ordinaria laboral.

"En vista de las anteriores consideraciones, el apoderado de la parte demandante debió concurrir a los requerimientos de la juez de instancia y adecuar la demanda presentada ante los juzgados Administrativos, a los requisitos y forma establecidos para toda demanda ordinaria laboral, pues los bienes jurídicos que cada jurisdicción protege; son diferentes y requieren por la misma razón las formalidades consagrados en la normatividad procesal laboral.

"Debe recabarse por último en que si el juez no se asegura, antes de admitir la demanda, que ésta reúne los requisitos de fondo y de forma y que se dan los presupuestos procesales para ejercitar la acción, se corre un alto riesgo que el proceso sufra nulidades o termine con un fallo inhibitorio, lo cual es contrario al principio de eficiencia que también debe darse en la administración de justicia y debe evitarse a toda costa desde el surgimiento del proceso y en su decurso.

"Así las cosas y como la parte actora no cumplió lo ordenado por el Juez de Primera Instancia, omitiendo adecuar la demanda Contencioso Administrativa a los lineamientos de una demanda ordinaria laboral, contenidos en el art. 25 del C.P.T.S.S., obvio es colegir su rechazo, debiendo en consecuencia confirmarse la decisión materia del recurso de alzada. (TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. SALA LABORAL (RAD. 17 2007 00995 02)

CASO N° 6.

AUSENCIA DE PRESUPUESTOS PROCESALES.

Octavio Trespalacios le prestó sus servicios a Nacianceno Rios, durante 5 años (Enero 2 de 2000 a Enero 2 de 2005), no obstante éste no cumplió con su obligación prestacional, afirmándose se adeudan, primas, cesantías e indemnización por despido injusto. Cuando el Sr. Trespalacios pretendió demandar, tuvo conocimiento del fallecimiento de su empleador, por lo que a finales de 2007 (16 de diciembre), a efectos de evitar la prescripción, presentó a reparto demanda laboral contra la cónyuge superviviente, doña Carla Díaz, sin que anexara la copia del registro civil de matrimonio. El juzgado admite la demanda, la señora Carla Díaz al responder uno de los hechos acepta ser la cónyuge superviviente del empleador.

AUTOEVALUACIÓN

1. Es obligatorio examinar por el juez, antes de fallar, la presencia de los presupuestos procesales.
2. En todos los casos, sin excepción, se ha proscrito dictar sentencias inhibitorias?
3. Podría el juez, al advertir la ausencia de un presupuesto procesal que le impida fallar en el fondo, retrotraer la actuación a la etapa del saneamiento, o definitivamente debe proceder acorde a la consecuencia de la falta de

presupuesto, dictando según sea el caso, el fallo respectivo, fallo inhibitorio, ó un auto en donde se declare la nulidad de lo actuado?

4. En el caso de que la demanda no se encuentre en forma, al tenor del art. 25 del C.P.L., no detectándose la falencia al momento del control de la misma, podría el juez antes de fallar efectuar ingentes esfuerzos en orden a darle un cabal sentido de interpretación al querer del demandante?

DECISIONES JUDICIALES

DEBE ACREDITARSE LA CALIDAD DE CÓNYUGE CON EL REGISTRO CIVIL DE MATRIMONIO. SU AUSENCIA GENERA LA FALTA DEL PRESUPUESTO PROCESAL: CAPACIDAD PARA SER PARTE, LO QUE PROVOCA SENTENCIA INHIBITORIA.

"ante la ausencia normas que regulen los medios probatorios del estado civil de las personas en el procedimiento laboral, el artículo 145 del C.P.L. nos remite, en primer lugar, al artículo 212 del C.S.T, por extensión analógica.

Dicho artículo 212 regula la prueba que se ha de presentar al patrono por quienes invoquen la calidad de beneficiarios, -la que envuelve condiciones relativas al estado civil- para constituirse en acreedores de la obligación laboral, -no en relación con el deudor, ni ante el juez, como es el caso bajo examen- y dispone que aquellas se probaran con "...las copias de las partidas eclesiásticas, o de registros civiles, o de las pruebas supletorias, que admita la ley, más una información sumaria de testigos ...".

Las pruebas supletorias previstas en el artículo 105 del decreto ley 1260 de 1970, al que nos hemos de remitir por ser la normatividad vigente para el momento de la ocurrencia de los hechos que se procuran demostrar, son las actas o los folios reconstruidos o el folio resultante de la nueva inscripción.

Las pruebas supletorias a las que se refería la ley vigente en el momento en que se expidió el Código Sustantivo del trabajo, el artículo 395 del Código Civil y el artículo 19 de la Ley 92 de 1938, podrían obrar hoy sólo ante los funcionarios competentes del registro civil, para efectos de reconstruir el registro o abrir uno nuevo.

conviene destacar lo precisado por la Sala de Casación Civil de esta Corporación en pronunciamiento de 7 de marzo de 2003 (S-025 Expediente 7054) sobre tema de la prueba del estado civil de las personas:

"La trascendencia que reviste el estado civil para un persona, ha conducido al legislador a reglamentar, en forma estricta y detallada, la manera como ha de llevarse a cabo el registro de los diferentes hechos que determinan tal estado y a señalar, taxativamente, los medios a través de los cuales puede acreditarse su existencia, prueba que, como es sabido, ha variado con las diferentes disposiciones legales que sobre la materia han regido en el país desde 1887, a las que debe referirse brevemente la Sala, por cuanto varios de los demandados nacieron entre los años 1912 a 1928.

"Obsérvase, entonces, que el artículo 22 de la ley 57 de 1887 dispuso que constituían pruebas principales del estado civil "respecto de nacimientos....de personas bautizadas....en el seno de la Iglesia Católica, las certificaciones que con las formalidades legales expidan los respectivos sacerdotes párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales" (se subraya).

"La ley 92 de 1938, a su turno, estableció que a partir de su vigencia eran pruebas principales "...las copias auténticas de las partidas de registro del estado civil,..." (art. 18) y que a falta de ellos podían suplirse "... en caso necesario, por otros documentos auténticos, o por las actas o partidas existentes en los libros parroquiales extendidas por los respectivos Curas Párrocos,..."(se subraya; art. 19).

"Finalmente, el decreto 1260 de 1970 expresa en su artículo 105 que "Los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, ocurridos con posterioridad a la vigencia de la ley 92 de 1938, se probaran con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos" (Se subraya).

"Es claro, entonces, que los hechos y actos constitutivos o declarativos del estado civil anteriores a la vigencia de la Ley 92 de 1938, o acaecidos dentro de la vigencia de ésta y antes de la vigencia del artículo 105 del Decreto 1260 de 1970 (el 5 de agosto de este año, fecha en que fue publicado oficialmente), o que ocurran a partir de este momento, pueden acreditarse, según el caso, así: los primeros, mediante la copia de las actas eclesiásticas correspondientes, como prueba principal; los segundos, mediante la copia de registro del estado civil como prueba principal y, como prueba supletoria, entre otras, con la copia de las actas eclesiásticas correspondientes; y los últimos, únicamente, mediante la copia del registro del estado civil pertinente.

"Sobre el mismo particular, esta Sala ha expresado que "...en materia de pruebas del estado civil de las personas corresponde al juez sujetarse a las pruebas pertinentes que, según la época en que se realizó el hecho o, acto del caso, determina su aplicación, sin perjuicio de acudir a los medios probatorios de la nueva ley (art. 39 decreto ley 153 de 1887). Por consiguiente, los estados civiles generados antes de 1938 pueden probarse mediante copias eclesiásticas o del registro civil, y las posteriores a ese año y anteriores al 5 de agosto de 1970, lo pueden ser con el registro civil y, en subsidio, con las actas eclesiásticas; y a partir de esa fecha, solo con copia del registro civil" (CCLII, 683)".

"Así entonces, la condición de cónyuge del empleador fallecido, calidad en la cual la demandada fue llamada al proceso, debía necesariamente ser probada mediante el registro civil de matrimonio.

"conforme lo ha venido sosteniendo invariablemente esta Corporación desde 1959 (sentencia de julio 21 de dicho año, G.J.XCL) la ausencia de prueba de la calidad de cónyuge sobreviviente (calidad en que se citó a la demandada Perla Lidia Lei) no genera un problema de falta de legitimación en la causa -cuestión propia del derecho sustancial que en manera alguna constituiría impedimento para resolver de fondo la litis sino, por el contrario, razón para decidirla adversamente- sino la carencia del presupuesto procesal "capacidad para ser parte", aspecto este propio de la relación procesal y que conduce a una sentencia inhibitoria.

Sobre este particular expresó la Sala de Casación Civil de esta Corporación en sentencia del 1º de abril de 2002, rad. 049-2002 (6111):

“...

“Si la capacidad para ser parte viene a ser la cualidad (aptitud) que tiene la persona para ser titular (sujeto) de la relación jurídico procesal, resultaría incomprensible, tal cual lo dijo la Corte en sentencia de 20 de marzo de 1992, entre otras, que “al juez, no obstante haber constatado la ausencia de la capacidad para ser parte del proceso, le fuera dable calificar de mérito la cuestión debatida, pues si se tiene advertido que falta este presupuesto, no sería posible decidir que el sujeto cuya existencia procesal no ha quedado fijada, si lo puede ser, en cambio, de la relación sustancial materia del pronunciamiento jurisdiccional, entre otras razones, porque la capacidad para ser parte debe aparecer o ser verificable en todos los supuestos en que esté de por medio una relación jurídica, la cual no puede configurarse más que entre sujetos, es decir, entre términos a los cuales el Derecho dota de aptitud o de capacidad para desempeñarse como tales”.

“...si alguien demanda, o es demandado, en calidad de heredero, para actuar en favor de la herencia o responder por sus cargas, el presupuesto procesal para ser parte sólo quedaría satisfecho cuando se aduce la prueba de la calidad de heredero de quien a ese título acude al proceso en cualquiera de los extremos de la relación.

“... la Corte en la sentencia citada reiteró la doctrina elaborada desde el fallo de 21 de junio de 1959, según la cual las cuestiones atinentes a la demostración de la calidad de heredero de quien actúa como tal “pertenecen al campo procesal y no al sustancial, vale decir, corresponde...a uno de los presupuestos del proceso, y no a una de las condiciones de la acción civil, como se había venido sosteniendo”. De lo cual infirió para entonces “que la ausencia de prueba sobre el carácter de heredero implica sentencia inhibitoria con consecuencias de cosa juzgada formal y no de sentencia de mérito, con consecuencias de cosa juzgada material”.

“En el presente caso, como ya se advirtiera, no aparece acreditada la calidad de cónyuge del empleador fallecido en la cual la demandada fue llamada al proceso, de modo que, al faltar el presupuesto procesal de la capacidad para ser parte resulta imposible, conforme a lo dicho en precedencia, decidir la controversia en el fondo, por lo que habrá de dictarse sentencia inhibitoria” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN LABORAL. MAGISTRADO PONENTE EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS. Rad. 21501. (8) de marzo de dos mil cuatro (2004).

DEBER DE INTERPRETAR POR EL JUEZ UNA DEMANDA OSCURA, VAGA O IMPRECISA

“Se comienza por enfatizar que las pretensiones de la demanda inicial, tal como fueron reproducidas en los antecedentes del proceso, en verdad muestran sin equívocos que la intención primaria y fundamental del demandante era la de obtener su reintegro al empleo que ocupaba con las consecuencias que de ello se derivaba. Así se refleja de las primeras doce (12) peticiones, en las cuales, salvo la primera que procura el restablecimiento del contrato, objeto principal de lo pretendido por el accionante, se limita el tiempo de su causación de los derechos en ellas

contenidos, al período comprendido entre la fecha en que fue despedido y aquella en que se produzca su reintegro, limitación que desaparece al examinar las pretensiones que le siguen, incluyendo la de la adición de la demanda.

"Para llegar al anterior entendimiento, el Tribunal debía interpretar la demanda a la luz de los principios generales del derecho que orientan la tutela efectiva, dentro del marco de una justicia pronta y eficaz; pues sin duda la pretensión en el ámbito del Derecho Procesal no es más que la exigencia de una declaración que se hace a una persona a través de la demanda que se presenta ante el funcionario judicial para que la declare en una sentencia. Esto induce a reflexionar que entre la demanda y el fallo, se ofrece una estrecha relación, lo cual constituye los límites dentro de los que se desenvuelve el procedimiento y de allí que lo deseable es, que quien solicita el derecho, al invocar el hecho que lo respalda, lo haga con suma claridad, al igual que lo que asume como pretensión, sin dejar de lado la actividad que debe desplegar el operador judicial en la obtención de los fines de la Administración de Justicia.

"Esto porque en todos los eventos en que el sentenciador se encuentre ante una demanda oscura, vaga o imprecisa, está en el deber de interpretarla, teniendo en cuenta todo el libelo y el cuidado de no alterar sus factores esenciales, a fin de descubrir la auténtica intención del suplicante.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL DR. GUSTAVO JOSE GNECCO MENDOZA

"No desconozco que, como se afirma en el fallo, cuando las demandas sean confusas los jueces deben hacer un esfuerzo por interpretarlas para desentrañar el verdadero alcance del actor, pues de no hacerlo estarán relegando su verdadera función a un segundo plano. Pero el hecho de que no se esfuerzen por interpretar las aspiraciones del demandante no puede configurar un desacierto evidente de hecho, sino un incumplimiento de las labores que como falladores les asignan tanto la ley como la jurisprudencia, cuestión que de cara al recurso extraordinario, no puede elucidarse por la vía indirecta o de los hechos". (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA -SALA DE CASACIÓN LABORAL. Sentencia del 14 de febrero de 2005. Rad. 22923. Dr DR. LUIS JAVIER OSORIO LOPEZ.

CASO N° 7.

PRESUPUESTOS PROCESALES. AGOTAMIENTO DE LA VIA GUBERNATIVA

Sixto Paz demanda ante la jurisdicción ordinaria laboral para que una Empresa Industrial y Comercial del Estado, le reconozca cesantías e indemnización por despido injusto. No efectúa la reclamación administrativa en los términos del art. 6° del C.P.L. El juez no advierte ese yerro al momento del control de la demanda. Tampoco el

demandado excepciona oportunamente. Llegado el proceso para fallo, la accionada presenta incidente de nulidad alegando falta de competencia.

AUTOEVALUACIÓN

1. La falta de agotamiento de la vía gubernativa, constituye factor de competencia?
2. En caso afirmativo, ante esa falencia, ausencia del presupuesto procesal – competencia, en qué sentido debería ir la decisión del juez, frente al incidente propuesto?

DECISIONES JUDICIALES

LA FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VIA GUBERNATIVA PRODUCE FALTA DE COMPETENCIA, EMPERO AL NO SER DE ORDEN FUNCIONAL, PUEDE SANEARSE LA NULIDAD QUE SURGIRÍA POR CARENCIA DEL PRESUPUESTO PROCESAL COMPETENCIA.

"El Código de Procedimiento Laboral dispone en su art., 6° que "Las acciones contra una entidad de derecho público, una persona administrativa autónoma, o una institución o entidad de derecho social podrán iniciarse sólo cuando se haya agotado el procedimiento gubernativo o reglamentario correspondiente". De manera, que antes de reclamarse ante los estrados laborales de la jurisdicción ordinaria alguna pretensión de orden social a 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 permite conocer de manera primigenia, 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 art., 6° del CPL., 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 todos los esfuerzos de aquellos entes se concentrarán en sus naturales cometidos estatales. 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 art., 6° del CPL., 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 art., 6° del CPL., 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. 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, precaviendo a través

del instrumento de la autocomposición un eventual pleito judicial, choca contra la lógica de lo 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 art., 6° del CPL., 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. Nota de Relatoria. Rectificación jurisprudencia contenida en sentencia de 14 de octubre de 1970, dentro del proceso de Ernesto Calderón Florez contra Universidad Nacional, reiterada entre otras en la del 21 de julio de 1981, radicación 7619., en la cual se expresó que el no cumplimiento de la exigencia del art., 6° del CPL., 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. (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN LABORAL. Radicación No. 12221. (13) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999). M.p. Dr. German Váldez Sánchez

AUTONOMÍA O ANALOGÍA EN LOS PROCESOS LABORALES: ACTOS DE COMUNICACIÓN.

Fabián Vallejo Cabrera
Magistrado Tribunal Superior Cali

El presente estudio no puede asumirse sin antes hacer una precisión necesaria sobre el grado de autonomía del Derecho Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social -en adelante CPTSS- respecto del derecho procesal en general y de sus diversas ramificaciones. Y resulta imprescindible dicha referencia porque, en principio, y solamente frente a una verdadera autonomía de aquel podría predicarse que sus medios de comunicación o notificación poco o nada tienen que ver con los del procesal civil, penal o administrativo. En cambio, si concluimos que esta rama del conocimiento jurídico no es mas que otra derivación del tronco común que constituye el Derecho Procesal General, la identificación, o cuando menos la similitud de estos actos del proceso del trabajo con los del proceso civil en especial, es una realidad que difícil resulta desconocer.

¿En verdad es autónomo el Derecho Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social?

No son pocos, ni menos escasos de bagaje intelectual, los autores que optan por defender la autonomía del Derecho Procesal del Trabajo. Tampoco todos son de ideología de izquierda. Citemos por ejemplo a Carnelutti²⁸, Trueba Urbina²⁹, Jaeger³⁰, Luigi de Litala³¹ y Mendez Pidal³² entre otros. Común causa justificatoria de su posición es la peculiar naturaleza de los conflictos laborales y de la seguridad social. Para dichos tratadistas estos conflictos no pueden equipararse a los civiles por ejemplo.

²⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Funzione del Processo del Lavoro*, Revista de Derecho Procesal Civil, 1930, tomo I, pág.109.

²⁹ TRUEBA URBINA, Alberto, *Ob.Cit*, pág.24.

³⁰ JAEGER, Nicolás, *Curso de Derecho Procesal del Trabajo*, pág.3.

³¹ DE LITALA, Luigi, *Derecho Procesal del Trabajo*, Tomo 1, pág.24.

³² MENENDEZ PIDAL, Juan, *Derecho Procesal Social*, Madrid, 1947, págs.6 y 7.

Claro, en estos se maneja la igualdad de las partes y la libertad contractual como directrices de solución de los mismos resultando exótico y desacertado tomarlos como guía en la resolución de los conflictos laborales. Por sabido se tiene que es la desigualdad de las partes y la necesidad vital del trabajo los parámetros de los segundos. Esta premisa es imposible de ignorar y creo que nadie la discute a menos que sea propietario de una ideología defensora a ultranza del capitalismo en su forma más pura, también llamado salvaje o manchesteriano.

¿Pero ésta realidad es suficiente para construir sobre ella la autonomía del Derecho Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social? En mi concepto no.

Si la autonomía de una rama del conocimiento en general, y del jurídico en particular, implica tener un objeto de estudio exclusivo como lo constituyen los delitos y las penas para el Derecho Penal, es obvio que las diversas ramas del Derecho Procesal -y entre ellas la laboral- no lo tienen en tanto todas nacen a partir de un patrón normativo común que es el Derecho Procesal General. En este sentido su especialidad se limita a regular las particularidades que las diversas clases de conflictos sociales, con repercusiones jurídicas, imponen para solucionarlos.

Ese tronco normativo que constituye el Derecho Procesal General es el que determina el sentido y alcance de conceptos básicos, centrales y comunes a todas las ramas procesales ¿Cómo negar, por ejemplo, que los conceptos acción, demanda, jurisdicción, competencia, recursos y tantos más no son comunes al Derecho Procesal Civil, Laboral, Contencioso Administrativo e incluso al Penal?.

Pero tampoco se puede negar que principios como la ultra y extra petita, la favorabilidad normativa e interpretativa y otros más son adquisiciones características del laboral. Esta la muestra de su especialización pero sólo en estos y otros limitados

temas. Estas escasas diferencias, considero, a estas alturas no justifica la existencia de diversos códigos procesales.

Ciertamente, si nuestra existencia se debatiera en una agrupación social y jurídica ideal, la ramificación del Derecho Procesal General no sería necesaria porque toda la conflictividad recibiría solución oportuna y justa hasta donde las vicisitudes humanas lo permitan.

Pero como nuestra realidad procesal es la realidad de la morosidad judicial que se ha convertido en un asunto de cultura en tanto hay gran parte de ella que se solucionaría simplemente con compromiso de sus actores, nos enfrentamos a la necesidad de priorizar conflictos bajo el parámetro de cuáles deben solucionarse primero y cuáles pueden aguantar hasta los caprichos de la organización. Y entonces surge su naturaleza, su impacto social y la necesidad vital de lo discutido como parámetros que nos impone decir que los conflictos penales y laborales, entre otros, se deben resolver con prioridad pues el impacto social de los civiles es casi imperceptible de ahí que parezca que sólo a sus afectados les importa su pronta solución. Nada más contrario a la verdad que este postulado pero estamos conviviendo con él.

Si miramos bien, este predicado sería el único fundamento de la existencia de las diversas ramas procesales.

De lo expuesto surge una primera conclusión: El derecho Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social no goza de autonomía, el autónomo es el Derecho Procesal General. De este se desprende aquel a la manera de una ramificación como lo son también el procesal civil, el penal y el administrativo.

Considero que el tema de los actos de comunicación procesal es un concepto genérico propio del Derecho Procesal General.

Si ello es así la naturaleza de dicho concepto, su estructura y, en general, su teleología es la misma en el derecho procesal civil, en el laboral, en el penal y en el contencioso: Esta última se concreta en dar a conocer a las partes procesales las decisiones del juez.

Bajo esta premisa nos queda por determinar y poner de presente las principales particularidades que el legislador ha considerado necesarias mantener para la recta solución de los conflictos del trabajo y de la seguridad social atendiendo precisamente la naturaleza propia de ellos.

1- La aplicación analógica y por reenvío de las normas del CPC al CPTSS.

El código de Procedimiento Civil regula el tema de las notificaciones en 18 artículos. Se ocupa éste estatuto procesal de establecer las diversas formas de notificación, su procedencia, sus requisitos de validez, los actos procesales notificables y no notificables, en fin, regula en forma pormenorizada y detallada la materia.

El CPTSS, por su parte, dedicó únicamente el artículo 41 para todas esas materias por lo que es lo normal, obvio y frecuente encontrar vacíos en esta regulación los que deben llenarse, por regla general, recurriendo al CPC por vía de la aplicación analógica que establece el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y, por vía de excepción, al reenvío cuando este mismo estatuto lo permite como sucede en el caso del artículo 100.

Aquí se presenta un problema que poco ha sido atendido.

¿Cómo realizar el trasplante normativo de un estatuto que ha asumido la escritura como sistema procesal a otro que ha adoptado su contrario: La oralidad?

La importancia de este tema es mayor si tenemos en cuenta que la ley 1149 de 2007 tiene por objeto hacer efectiva la verdadera oralidad en los procesos laborales.

En el libro que sobre la materia tengo publicado³³ me he ocupado del tema bajo el nombre de "El procedimiento analógico y la oralidad" en los siguientes términos:

"Entendemos por tal, para los objetos de nuestro estudio, la forma en que se deben aplicar las normas del CPC al proceso laboral a fin de evacuar las lagunas que se encuentren en este.

Cuando el operador jurídico aplica analógicamente normas propias del CPC a una determinada actuación laboral debe tener en cuenta que sobre esos preceptos se encuentran los fundamentos constitucionales, los principios generales y los sistemas procesales, algunos con peculiaridades propias para el proceso laboral que jamás pueden violarse por ser categorías superiores. Por tanto si de hecho se presentan incompatibilidades, las cuales en verdad son frecuentes, le corresponde al juez realizar una adaptación del precepto al principio, al sistema o al fundamento constitucional de carácter laboral que lo contradicen. Como puede notarse no es fácil el procedimiento analógico, pues conlleva el ejercicio de funciones propias de un verdadero escultor jurídico, de un moldeador, de un creador de normas jurídicas todo con el fin de eliminar los apartes del precepto que vayan en contravía de las categorías superiores propias del proceso laboral y, una vez puesto en consonancia con ellas, realizar su aplicación al caso concreto.

Esto es lo que en la práctica judicial se omite al recurrir a la analogía ya que el trasplante de la norma procesal civil al proceso laboral se hace en forma mecánica, automática y plena sin reparar en la situación puesta de presente. Siendo, entonces, una realidad palpable la existencia de vacíos en el proceso del trabajo entre otras causas por la escasa regulación normativa de sus actos a diferencia de lo que ocurre en el civil, no compartimos con la tesis de algunos doctrinantes según la cual la entrada en vigencia de la oralidad impone la no aplicación de los preceptos del CPC al proceso laboral.

Lo que sí debe quedar plenamente claro es que las normas del proceso civil fueron concebidas para un sistema escrito de ahí que no debe extrañarnos que ordinariamente choquen con la oralidad del proceso laboral y es ahí donde el papel del juez adquiere especial importancia en tanto tiene que hacer las adaptaciones necesarias para no sacrificarlas ni tampoco violar categorías propias del proceso laboral.

³³ VALLEJO CABRERA, Fabián, *La Oralidad Laboral – Derecho Procesal del Trabajo y Seguridad Social*, Editorial Librería Jurídica Sánchez, Medellín, 2007, 5ª Edición

Inaplicar las normas del CPC al Procesal Laboral por vía analógica so pretexto de la oralidad equivale a materializar el desorden, el capricho judicial, la inseguridad jurídica e incluso, lo que coloquialmente se afirma: la existencia de un código propio para cada juzgado

2- Respecto de las notificaciones

Ya en concreto respecto de los actos de comunicación digamos que en el Derecho Procesal del Trabajo se han adoptado las mismas formas de notificar los actos procesales que regla el CPC a saber: La personal, en estrados, en estados, por edicto y por conducta concluyente. La notificación por aviso no la consagró el CPTSS ni se puede aplicar por analogía por las razones que se anotarán.

Respecto de los mecanismos de notificación comunes a los dos estatutos procesales hay que decir que más son los puntos de coincidencia -actos procesales notificables por cada una de esas formas, manera de realizarlos y requisitos de validez- que los temas que pueden diferenciarlos. En ese sentido se impone afirmar que las normas del CPC que reglan las diferentes clases de notificaciones se aplican por vía de analogía al proceso del trabajo. No obstante ello es preciso poner de presente que el CPTSS tiene algunas particularidades entre las que cabe citar las siguientes:

- a. Exige este estatuto procesal que también se notifiquen personalmente las siguientes providencias
 - a.1. Los laudos arbitrales que profieran los tribunales de arbitramento que resuelvan conflictos jurídicos (art. 140 CPTSS),
 - a.2. Los laudos arbitrales que resuelven conflictos económicos (art. 460 CST),
 - a.3. Las sentencias de primera y segunda instancia en el proceso especial sumario ya que las mismas no se dictan en audiencia pública por lo que se debe aplicar el artículo 323 del CPC,
- b. El párrafo del artículo 20 de la ley 712 estableció para las entidades públicas la notificación del auto admisorio de la demandan mediante un

aviso diferente al del artículo 320 del CPC en caso de que no se pudiese realizar personalmente. Esta forma de noticiamiento no la contempla el CPC.

- c. A diferencia del Procesal Civil, en el Laboral se notifican en estrados incluso las sentencias que se dictan en audiencia.
- d. Existe importante diferencia respecto a la notificación por edicto en tanto en el CPC sólo la tiene establecida para las sentencias que no se puedan notificar personalmente. El CPTSS, en cambio, la impone como forma principal -no subsidiaria- para las sentencias que enuncia el artículo 20 de la ley 712 y, además, para el caso comprendido en el literal d) del artículo 52 de la ley 50/90 esto es, curiosamente, para notificar el auto admisorio de la demanda en el proceso de disolución y liquidación de sindicatos y cancelación de registro de gremios, en subsidio de la notificación personal que no pueda ejecutarse.
- e. Destaquemos que el artículo 460 del CST establece, en subsidio de la personal, la notificación de los laudos arbitrales que resuelvan conflictos económicos por medio de "comunicación escrita" la cual no la reglamenta lo que permite pensar que para su practica nada impide acudir por vía analógica a la reglamentación que trae el artículo 320 del CPC pero sólo para estos efectos.

3- Comentario especial para los siguientes tópicos

3.1. La notificación por aviso.

El artículo 320 del CPC la establece para "cuando no se puede hacer la notificación personal al demandado del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, o la del auto que ordena citar a un tercero, o la de cualquier otra providencia que se debe realizar personalmente,...". Dentro de las hipótesis en donde debe operar esta modalidad de noticiamiento están aquellas en las que el demandado no es hallado en su residencia o sitio de trabajo o impida de cualquier otra forma su notificación. Pero sucede que para estas hipótesis en particular el inciso tercero del artículo 29 de CPTSS establece la necesidad del emplazamiento y la notificación personal mediante curador ad-litem, norma que por su

especialidad laboral debe imponerse por sobre la del CPC. La circunstancia de que en su inciso tercero se exija el agotamiento previo -al emplazamiento- de "lo establecido en los numerales 1 y 2 del artículo 320 del CPC" ha llevado a la gran mayoría de los jueces laborales del país a creer, equivocadamente, que la notificación por aviso sí funciona en lo laboral. Ello no es así porque dicho aviso, esto es el establecido en los numerales 1 y 2 de artículo 320 del CPC tal como estaba redactado con anterioridad a la reforma del 2003 establecida por la ley 794, no tenía por objeto notificarle al demandado el auto admisorio de la demanda tal como ocurre hoy sino simplemente citarlo para practicar personalmente aquella y tal sentido fue el que se acogió en la ley 712 de 2001 entre otras cosas porque este precepto laboral no podía hacer referencia, por razones temporales, a la ley 794 dado que su expedición fue posterior.

3.2. El emplazamiento

No obstante que el artículo 29 del CPC que regula el tema fue modificado en el 2001 por la ley 712, sólo incluyó como causal de emplazamiento del demandado el desconocimiento de su "domicilio". El CPC, por su parte, en forma más técnica estableció como causales de aquel (a) el desconocimiento de la habitación del demandado y de su lugar de trabajo, (b) cuando se conocen éstos pero el demandado se encuentra ausente sin paradero conocido y, (c) cuando la comunicación del artículo 315 es devuelta con la anotación de que la persona buscada no reside o no trabaja en el lugar indicado en la demanda, o porque la dirección señalada no existe.

Frente a ésta realidad surge el siguiente interrogante ¿Estas causales de emplazamiento que el CPC establece y el CPTSS no lo hace, son aplicables por analogía al proceso laboral? La pregunta se vuelve interesante en tanto se podría argumentar -como lo ha realizado varias veces la jurisprudencia- que la materia está reglada integralmente en el estatuto laboral por lo que no hay vacío lo que haría inaplicable esas causales del emplazamiento civil al laboral, argumento que se muestra razonable. No obstante ello, por motivos de razón práctica, lo lógico es el trasplante al proceso laboral de dichas causales por vía analógica en tanto de no permitir su aplicación los casos referidos se quedarían sin posibilidad de ser solucionados.

Finalmente, y referido también al emplazamiento, no podemos dejar de citar un tema que siempre nos ha inquietado por atentar contra el derecho fundamental de la defensa.

En efecto, no se concibe que a éstas alturas del progreso jurídico se siga pensando que el curador ad-litem garantiza la defensa del demandado. Se ignora con ello que el ciento por ciento de quienes ejercen esa función se limitan a decir que nada les consta sobre lo debatido. Pero éste no es el único problema en el proceso laboral. El asunto es que, en este estadio, en el mismo auto que ordena el emplazamiento del demandado se le nombra curador ad-litem y sin esperar que se agote aquel se adelanta el proceso en tanto tal exigencia debe estar cumplida solamente para dictar el fallo correspondiente. En sentido figurado bien se podría decir que en lo laboral primero se condena al demandado y luego se le llama mediante el emplazamiento para que concurra a defenderse a pesar de que ya todo esta actuado. Esta anomalía no existe en civil porque primero se emplaza, luego se nombra curador ad-litem y cumplido ello se adelanta el proceso. La realidad laboral que se pone de presente enfrenta cualquier sistema de defensa, la lógica y la razón no obstante lo cual la Corte constitucional respaldó la exequibilidad de la norma en sentencia C-429/93 alegando razones de celeridad las que impuso sobre el derecho de defensa.

Los tópicos comentados son, en mi criterio, los que requieren relevancia, sin querer decir con ello que son los únicos que causan controversia.

A manera de conclusión

- 1- El Derecho Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social no es una rama del conocimiento jurídico autónoma. Simplemente es una ramificación de ese tronco común llamado Derecho Procesal General a la manera que lo son también los Derechos Procesales Civil, Penal y Contencioso.
- 2- Debido a que el CPTSS sólo dedica un sólo artículo a reglamentar los actos de comunicación procesal frente a 18 del CPC, lo normal es encontrar vacíos en ésta materia que deben llenarse por vía analógica con los preceptos del estatuto civil.
- 3- Ese trasplante normativo no debe operar en forma automática esto es aplicando el tenor literal del precepto civil al proceso laboral en tanto se corre el riesgo de ignorar y violar estructuras de orden superior como los

principios particulares del segundo. Un ejemplo vistoso de ello lo constituye la oralidad del proceso laboral frente a la escritura del civil. Esto impone que el operador judicial se convierta en escultor jurídico con el fin de adaptar el precepto propio de un sistema civil escrito al oral laboral, actividad que requiere gran formación teórica y razonabilidad práctica.

- 4- El sistema procesal de la oralidad no se opone, tal como equivocadamente lo sostienen algunos doctrinantes, a la aplicación analógica de las normas del CPC al Proceso Laboral en caso de laguna legal, simplemente hay que observar los pasos del procedimiento analógico.
- 5- Por existir preceptos expresos y especializados en el Derecho Procesal del Trabajo y la Seguridad Social que regulan la materia en forma expresa, la notificación por aviso del artículo 320 del CPC no puede aplicarse a una actuación de aquella naturaleza dado que en estos casos tiene prelación el artículo 29 del CPTSS que exige el emplazamiento.
- 6- El CPTSS se quedó corto y es antitécnico al establecer las causales de emplazamiento. No obstante la regulación expresa de la materia en dicho ordenamiento lo que en principio no permitiría la aplicación analógica de las causales del emplazamiento del CPC, consideramos que motivos de razón práctica sí permiten su trasplante normativo al proceso laboral.
- 7- Consideramos que se viola el derecho fundamental a la defensa técnica con la actual reglamentación del emplazamiento en el proceso laboral en tanto permite que el mismo se agote inmediatamente antes de la sentencia. En ese sentido primero se condena al demandado y luego se le llama por medio del emplazamiento para que concurra a hacer nada, pues todo está consumado.-

CASO N° 8 –

NOTIFICACIONES.

El Juzgado Laboral de Bogotá admite demanda ordinaria de Lucero Ortiz contra Natalia Peralta y Carlos Mondragón. La señora Peralta tiene su domicilio en Bogotá, mientras el señor Mondragón lo tiene en Cali; el juzgado ordena la notificación

personal, no obstante surtido el trámite inicial dispuesto en el art. 29 de la ley 794 de 2003, con la señora Natalia Peralta, no comparece al juzgado esa demandada, la cual fue citada dentro del término legal concedido, y con las constancias exigidas en la norma, como soporte del recibo.

AUTOEVALUACIÓN

A)

1. Deberá practicarse seguidamente la “notificación por aviso” dispuesta en el art. 32 de la ley 794/03, entendiéndose surtida la notificación personal una vez se agote ese trámite?.
2. Será el trámite del “aviso” únicamente para informarle a la demandada que debe concurrir al juzgado, dentro de un lapso siguiente al de su fijación o entrega en la dirección señalada, para notificarle de la providencia respectiva, y que si no comparece se le designará curador ad-litem, con quien deberá surtirse la notificación; debiendo efectuarse el emplazamiento de conformidad a lo dispuesto en el art. 30 de la Ley 794/03?.

B)

1. En referencia al caso del señor Mondragón, ante la derogatoria del art. 316 del C.P.C. por mandato del literal a) del art. 70 de la ley 794/03, referido a la comisión, podría el juzgado apoyándose en el art. 40 del C.P.L. -Principio de Libertad-, y atendiendo a que en materia de pruebas, es factible comisionar para practicarlas –art. 23 Ley 712/01, comisionar al Juez Laboral del Circuito de Cali, para que se de trámite a la notificación personal?.
2. En caso afirmativo, cuáles disposiciones debería atender el Juez Laboral del Circuito de Cali?.
3. En punto a la notificación personal por comisionado debe aplicarse en su integridad los artículos 29 y 32 de la ley 794 de 2003?.

COMENTARIO

1. Todo cambio normativo produce naturalmente diversas posturas, ahora en el plano de la notificación personal con la expedición de la ley 794 de 2003, se ha generado la inquietud en torno si esa disposición ha desplazado lo normado en el art. 29 del C.P.L., o ésta conserva su validez en algunos apartes, debiendo matizarse con lo dispuesto en la nueva disposición, lo que también involucra la notificación por juez comisionado. A éste respecto podemos citar el criterio del tratadista Gerardo Botero Zuluaga*, acerca de la práctica de la notificación personal en el procedimiento laboral:

"Por su parte, cuando el citado no comparezca dentro de la oportunidad señalada y el interesado allegue al proceso la copia de la comunicación y la constancia de su entrega en el lugar de destino, el secretario, sin necesidad de auto que lo ordene, procederá en forma inmediata a practicar notificación por aviso en la forma establecida en el artículo 32 de la ley 794 de 2003, que modificó el artículo 320 del C.P.L., pero aclarando, que una vez cumplido dicho trámite ha de designársele curador *ad litem* al demandado y ordenar su emplazamiento por edicto, tal y como lo establece el artículo 16 de la ley 712 de 2001 que modificó el artículo 29 del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social.

Si la comunicación es devuelta con la anotación de que la persona no reside o no trabaja en el lugar, o porque la dirección no existe, se procederá, a petición del interesado a nombrarle al demandado un curador *ad litem* y ordenar su emplazamiento por edicto, en los términos y condiciones que ya quedaron consignadas en el capítulo correspondiente.

Por último, debe agregarse que en el proceso laboral también es aplicable lo previsto en el párrafo de la norma en estudio, en cuanto se establece, que «para efectos de las notificaciones personales, los comerciantes inscritos en el registro mercantil y las personas jurídicas de derecho privado domiciliadas en Colombia, deberán registrar en la Cámara de Comercio o en la oficina de registro correspondiente del lugar donde funcione su sede principal, sucursal o agencia, la dirección donde recibirán notificaciones judiciales. Con el mismo propósito deberán registrar, además, una dirección electrónica si se

registran varias direcciones, el trámite de la notificación podrá surtirse en cualquiera de ellas».

De otro lado, debe advertirse que el estatuto adjetivo laboral previo una notificación por aviso cuando en un proceso intervengan entidades públicas y no sea posible su notificación personal, la cual se llevará a cabo mediante entrega que el notificador haga al secretario general de la entidad o en la oficina receptora de correspondencia, de la copia auténtica de la demanda, del auto admisorio y del aviso (parágrafo del artículo 20 de la ley 712 de 2001).

En los asuntos del orden nacional que se tramiten en lugar diferente al de la sede de la entidad demandada, la notificación a los representantes legales debe hacerse por conducto del correspondiente funcionario de mayor categoría de la entidad demandada que desempeñe funciones a nivel seccional, quien deberá al día siguiente al de la notificación, comunicarle lo ocurrido al representante de la entidad. El incumplimiento de esta disposición constituye falta disciplinaria.

Para todos los efectos legales, cuando la notificación se efectúe de conformidad con lo dispuesto en los dos incisos anteriores, se entenderá surtida después de cinco (5) días de la fecha de la correspondiente diligencia. En el expediente se dejará constancia de estos hechos, en diligencia que deberán suscribir el notificador y el empleado que lo reciba.

La notificación especial a las entidades públicas, ya había sido regulada por el artículo 23 de la ley 446 de julio 7 de 1998 y en idénticos términos se consignó en el parágrafo del artículo 20 de la ley 712 de 2001.

Bueno resulta destacarse, que la única notificación por aviso que se autoriza en el procedimiento laboral, es cuando intervengan entidades de derecho público y conforme al trámite a que alude la norma especial, sin que sea dable acudir para esos efectos al Código de Procedimiento Civil.

En cuanto atañe a la notificación por comisionado, debe precisarse que si bien la misma fue eliminada del estatuto procesal civil, en el campo laboral si es viable acudir a dicho mecanismo, en atención a lo previsto en el artículo 40 del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social en concordancia con el artículo 23 de la ley 712 de 2001; pues nada se opone al hecho que cuando el demandado resida en un lugar diferente al de la sede del juzgado, el funcionario que tramita el proceso disponga comisionar para el cumplimiento de esa diligencia, máxime a que en materia laboral no procede la notificación por aviso en los precisos términos consagrados en el artículo 32 de la ley 794 de 2003.

Merece especial comentario la providencia que recientemente profirió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuando mediante auto del 14 de julio de 2004, radicación 24395, con Ponencia del Dr. Luis Javier Osorio, al resolver un conflicto de competencia surgido entre un juez laboral de Cartagena y un juez laboral de Bogotá, con ocasión de la negativa de éste a cumplir una comisión que aquel le solicitó para notificar personalmente a un demandado, aduciendo para ello que carecía de competencia por cuanto el artículo 316 del CPC había sido derogado por la Ley 794 de 2003, ordenando devolver nuevamente las diligencias al juzgado de origen, en donde se expresó: *"Por consiguiente, en materia laboral para la práctica de la notificación personal del auto admisorio de la demanda previsto en el artículo 20 de la Ley 712 de 2001 se debe acudir por remisión analógica al procedimiento civil y concretamente a las normas prenombradas de la aludida reforma de la Ley 794 de 2003, salvo cuando se trata de la notificación dentro de un proceso en el cual sea parte una entidad pública, dado que para ese puntual asunto nuestro procedimiento prevé un trámite especial de obligatorio cumplimiento y siempre que se den todos los presupuestos de la norma que es del siguiente tenor(...). Estima la Sala que excepcionalmente el Juez Laboral podría recurrir a la comisión prevista en el artículo 31 del C.P.C., para efectos de la notificación del auto admisorio en casos especialísimos, como por ejemplo cuando, en un determinado sitio no exista empresa de servicio postal o no llegue el correo, caso en el cual se daría cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 315 y 320 del Código de Procedimiento Civil entregando las respectivas comunicaciones y avisos por un empleado del Despacho Judicial. Lo anterior está acorde con el artículo 6° del Acuerdo 2255 de 2003 emitido por el Consejo Superior de la Judicatura que preceptúa:*

"Así las cosas, volviendo al caso sometido a estudio de la Sala, por razón de que la Caja de Crédito Agrario industrial y Minero en Liquidación es una entidad pública, el Juez de conocimiento deberá seguir el procedimiento establecido en el parágrafo del artículo 20 de la Ley 712 de 2001, verificando que se den todos los presupuestos".

Los apartes de la providencia transcrita debemos entenderla en el siguiente sentido a fin de evitar equívocos, esto es, que no hay lugar a comisionar a otro juez para efectos de notificar personalmente el auto admisorio de la demanda, cuando se trate de una entidad pública que funge como demandada, pues como ya ha quedado visto con precedencia, en materia laboral existe norma especial que consagra la notificación por aviso cuando no es posible llevarla a cabo personalmente a la entidad pública que funge

como contradictoria, que fue lo sucedido en el ese caso puntual donde la contradictoria era la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero. No comparto lo que se da a entender en la citada decisión, al deja traslucir en forma imperceptible, que en materia laboral opera la notificación por aviso en los preciso términos del artículo 32 de la ley 794 de 2004, cuando no sea posible practicar personalmente la notificación al demandado, pues de precederse de esa forma sin armonizar tal preceptiva con el estatuto adjetivo laboral, se pretermite lo que expresamente establece el artículo 29 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 16 de la ley 712 de 2001, en cuanto establece: *"Cuando el demandado no es hallado o se impide la notificación, también se aplicará lo dispuesto en los incisos anteriores, previo cumplimiento de lo establecido en los numerales 1 y 2 del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil. En el aviso se informará al demandado que debe concurrir al juzgado dentro de los diez (10) días siguientes al de su fijación para notificarle el auto admisorio de la demanda y que si no comparece se le designará un curador para la litis "*. Sentadas las premisas anteriores, aplicando sistemáticamente las dos normas instrumentales referidas y a fin de evitar una eventual nulidad por indebida notificación, generada por el hecho de no habersele nombrado curador para la litis al demandado, tal como lo ordena el citado artículo 29 del estatuto adjetivo laboral, debe advertirse al demandado en el aviso respectivo, que si no comparece dentro del término a que se refiere la norma en cita, *"se le designará un curador para la litis"*. Debe destacarse, que por existir norma expresa en materia laboral a ese respecto, debe aplicarse inexorablemente el citado artículo 29, pues no existe ningún vacío que obligue a remitirnos a las normas del Código Procesal Civil para esos efectos, y además, perentoriamente allí se obliga el nombramiento del auxiliar de la justicia con quien debe surtir la notificación personal del auto admisorio de la demanda..."

* (Guía teórica y práctica de derecho procesal del trabajo y de la seguridad social. Autor Gerado Botero Zuluaga, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez C Ltda., Tercera Edición, 2008).

DECISIONES JUDICIALES

NOTIFICACIÓN PERSONAL Y POR JUEZ COMISIONADO EN MATERIA LABORAL EN VIGENCIA DE LA LEY 794 DE 2003. DECISIÓN EN CONFLICTO DE COMPETENCIA.

"Al reformar el artículo 315 del C. de P.C. a través del artículo 29 de la mencionada ley, la forma o manera de practicar la notificación personal del auto admisorio de la demanda, quedó en lo pertinente así:

"Artículo 29..El artículo 315 del Código de Procedimiento Civil quedará así:

Artículo 315. Práctica de la notificación personal. Para la práctica de la notificación personal se procederá así:

"1.- La parte interesada solicitará al secretario que se efectúe la notificación y éste sin necesidad de auto que lo ordene, remitirá en un plazo máximo de cinco (5) días una comunicación a quien debe ser notificado, a su representante o apoderado, por medio de servicio postal autorizado por el Ministerio de Comunicaciones, en la que informará sobre la existencia del proceso, su naturaleza y la fecha de la providencia que se debe notificar, previniéndolo para que comparezca al Juzgado, a recibir notificación, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su entrega en el lugar de destino. Cuando la comunicación deba ser entregada en municipio distinto al de la sede del juzgado, el término para comparecer será de diez (10) días, si fuere en el exterior, el término será de treinta (30) días. ". (Subraya la Sala)

"Pero además la disposición reza, que cuando el secretario del Juzgado no haya hecho llegar la comunicación en el término establecido, ella puede ser remitida por la parte interesada y en el evento de haberse enviado ambas, para todo efecto legal se tendrá en cuenta la primera que se haya entregado.

"Es de anotar que la ameritada comunicación debe enviarse a la dirección que se dio en la demanda o a la que se le informó al Juez de conocimiento como lugar de habitación o de trabajo de quien se debe notificar personalmente; que en tratándose de personas jurídicas de derecho privado con domicilio en Colombia, la comunicación se remitirá a la dirección que aparezca registrada en la Cámara de Comercio o en la oficina que haga sus veces.

"Además la disposición estipula que se deberá entregar al Juez, o a la parte que la remitió, una copia del aviso, cotejado y sellado por la empresa de servicio postal, acompañado de la constancia expedida por dicha empresa, sobre su entrega en la dirección correspondiente.

"Ahora bien, si el citado no comparece dentro del término que señala el precepto y se han hecho todas las diligencias mencionadas, el secretario del Juzgado sin necesidad

de auto que se lo ordene, debe proceder a practicar la notificación por aviso en la forma establecida en el artículo 320 modificado por el artículo 32 de la ley 794 de 2003. Así mismo, si el comunicado es devuelto con la anotación de que la persona no reside o no trabaja en el lugar, o porque la dirección no existe, a petición del interesado, se procede conforme al artículo 318, modificado por el artículo 30 ejusdem.

"En relación con la notificación por aviso, dice el artículo 32 de la ley de reforma que modificó el 320 del C. de P. C. lo siguiente:

"Notificación por aviso. Cuando no se pueda hacer la notificación personal al demandado del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, o la del auto que ordena citar a un tercero, o, la de cualquier otra providencia que se deba realizar personalmente, se hará por medio de aviso que deberá expresar su fecha y la de la providencia que se notifica, el Juzgado que conoce del proceso, su naturaleza, el nombre de las partes y la advertencia de que la notificación se considera surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino. (.....).

"El aviso se entregará a la parte interesada en que se practique la notificación, quien lo remitirá a través del servicio postal a la misma dirección a la que fue enviada la comunicación a que se refiere el numeral 1º del artículo 315 (....)"

"Establece esta disposición, que cuando se deba surtir un traslado con entrega de copias, el notificado dispone de tres (3) días contados a partir de la notificación para que las retire de la secretaría, vencidos los cuales comienza a correr el término del traslado. Además se advierte que si se trata de auto admisorio de la demanda o mandamiento coercitivo, se debe agregar al aviso copia de la demanda y del proveído que se pretende notificar, sin incluir los anexos y que una vez concluido aquel procedimiento, el secretario debe agregar al expediente copia del aviso, con la constancia emanada de la empresa de servicio postal de haber sido entregada en la dirección ofrecida por el interesado.

"Como bien se puede observar, con la reforma y específicamente en el tema de la notificación personal, lo que se pretende es buscar la colaboración directa de los interesados en los procesos para con los despachos judiciales, donde se involucra y se le asigna una gran responsabilidad al Servicio postal autorizado por el Ministerio de Comunicaciones, de donde dependerá el éxito del tramamiento de la relación jurídico procesal.

"La circunstancia de que la misma reforma al modificar el artículo 31 del Código de Procedimiento Civil que habla de la comisión para el cumplimiento de algunos actos que deban hacerse en otros municipios o fuera de la sede del juez de conocimiento, como por ejemplo la práctica de pruebas o medidas cautelares, allanamientos en

diligencias, entrega de bienes, ejecución de hechos, diligencias de remate, reconocimiento de firmas etc., haya establecido un parágrafo permitiendo que en aquellos procesos en que se deba cumplir una diligencia de secuestro o alguna otra medida cautelar, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o el mandamiento de pago, el comisionado pueda efectuar el acto de comunicación personal, no significa que la notificación por comisionado que consagraba el citado artículo 316 íbidem, subsista, pues lo que con ello se está procurando es que de estar presente el demandado o el ejecutado en esa clase de diligencias, se les pueda enterar del auto respectivo y evitar así por economía procesal, que se tenga que remitir la comunicación a que se refiere el numeral 1° del artículo 315 del C. P. C.

"Por consiguiente, en materia laboral para la práctica de la notificación personal del auto admisorio de la demanda previsto en el artículo 20 de la Ley 712 de 2001 se debe acudir por remisión analógica al procedimiento civil y concretamente a las normas prenombradas de la aludida reforma de la Ley 794 de 2003, salvo cuando se trata de la notificación dentro de un proceso en el cual sea parte una entidad pública, dado que para ese puntual asunto nuestro procedimiento prevé un trámite especial de obligatorio cumplimiento y siempre que se den todos los presupuestos de la norma.

"Estima la Sala que excepcionalmente el Juez Laboral podría recurrir a la comisión prevista en el artículo 31 del C.P.C., para efectos de la notificación del auto admisorio en casos especialísimos, como por ejemplo cuando en un determinado sitio no exista empresa de servicio postal o no llegue el correo, caso en el cual se daría cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 315 y 320 del Código de Procedimiento Civil entregando las respectivas comunicaciones y avisos por un empleado del Despacho Judicial.

"SALVAMENTO DE VOTO DR. EDUARDO LOPEZ VILLEGAS

"No comparto la lectura que desde el numeral 1 del artículo 315 se hace de los numerales 2 y 3 del mismo, dándole a la norma que señala como se procede para comunicar al interesado la existencia de un proceso, la virtualidad de señalar el Juzgado en el que se ha de hacer la notificación personal o fijar el aviso, y de hacerlo de manera tal que ampute de los mecanismos de garantía de acceso a la administración de justicia, la posibilidad de comparecer ante ella en el domicilio de su residencia, cualquiera que fuere el juez que lo requiriere. Para este efecto entonces obra el artículo 31 del Código de Procedimiento Civil que regula de manera general la actuación a través de comisionado. No puede derivarse de la derogatoria de una norma que señalaba un trámite judicial -la notificación por comisión, del artículo 316 del C.P.C.- el que esta queda prohibida, menos cuando la misma preceptiva, la contempla de manera general" (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION LABORAL. Sentencia del 14 de julio de 2004. Rad. 24395. M.P. Dr. Luis Javier Osorio López).

LECTURA XIII.

NOCIÓN DEL PROCESO: LEGALIDAD O LIBERTAD DE LAS FORMAS PROCESALES

Piero Calamandrei.*

El trinomio de las nociones fundamentales que constituyen las premisas de nuestro estudio se completa con la de *proceso*.

La palabra "proceso" tiene, también fuera del campo jurídico, un significado común que, derivado del verbo "proceder", indica en general la continuación de una serie de operaciones variadas vinculadas por la unidad del fin: se habla de proceso quirúrgico, de proceso químico, y así sucesivamente²: Para los juristas, proceso es la serie de las actividades que se deben llevar a cabo para llegar a obtener la *providencia jurisdiccional*: con significado muy afín, ya que no sinónimo, al de "procedura" y al de "procedimiento"³.

El nacimiento de la providencia jurisdiccional no es ni espontáneo ni instantáneo: el órgano judicial no se mueve por sí, si no hay alguno que lo requiera o estimule: y el pronunciamiento de la sentencia o la puesta en práctica de la ejecución forzada no sigue inmediatamente a la petición, sino que, antes de que aquel fin sea alcanzado, es necesario que se cumplan numerosos actos que se suceden en un período de tiempo

² Véase REDENTI, *Profili*, núm. 84.

³ "Proceso", y "Procedimiento", aun empleándose en el lenguaje común como sinónimos, tienen significado técnico diverso, en cuanto el "Procedimiento" indica más propiamente el aspecto exterior del fenómeno procesal: en el curso del mismo *proceso* puede, en diversas fases, cambiar el *procedimiento*: véase, por ejemplo, también en el nuevo código, el título del libro II, "Del *proceso* de cognición", seguido inmediatamente del título del libro I "Del *procedimiento* ante el tribunal". La palabra "procedura" no agrada a los juristas como galicismo: pero también en los títulos del nuevo código (que de una manera más italiana habría debido llamarse *Código del Proceso Civil*, o bien *Código Procesal Civil*) la misma se ha mantenido por estar en uso desde hace mucho tiempo.

más o menos largo, el conjunto de los cuales, considerados como una unidad en vista del fin que los reúne, constituye empíricamente el proceso en sentido judicial⁴.

Quien se ponga a observar el modo en que se desarrolla un proceso judicial, civil o penal, ve, en efecto, que el mismo consiste en una serie de actividades realizadas por hombres, que colaboran para la consecución del objeto común que consiste en el pronunciamiento de una sentencia o en poner en práctica una medida ejecutiva; esta colaboración no es simultánea, sino sucesiva, de modo que las varias actividades que deben ser realizadas por las diversas personas que toman parte en el proceso, se distribuyen en el tiempo y en el espacio siguiendo un cierto orden lógico, casi como en un drama teatral las intervenciones de los actores se suceden no por casualidad, sino siguiendo el hilo de la acción, de modo que la frase sucesiva está justificada por la precedente y, a su vez, da ocasión a la que viene después; el orden en que se desarrolla el discurso de los interlocutores no podría alterarse sin destruir el sentido. En realidad, para el espectador extraño que asiste en audiencia a un debate público, el proceso se asemeja mucho a un drama con sus personajes y sus episodios, cuyo epílogo está representado por el pronunciamiento de la providencia jurisdiccional.

Estas varias actividades que componen el proceso, y que acaso siendo materialmente distintas y estando cronológicamente separadas la una de la otra forman conceptualmente una serie continuada individualizada por la unidad del fin, constituyen otros tantos actos *jurídicos* en cuanto sus formas y sus efectos están regulados por la ley: y en este sentido se habla, en la doctrina y en la ley, de actos *procesales* (véase C.P.C., lib. I, tít. VI, *De los actos procesales*).

⁴ Véase CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, núm. 16, donde el proceso se estudia, en primer término, como "conjunto de actos".

La determinación de los modos con los cuales deben ser realizados y deben ser ordenados en serie los actos que componen el proceso (modos que se comprenden bajo la denominación de "formas procesales"), puede llevarse a cabo según dos sistemas, abstractamente concebibles como contrapuestos: el de la *libertad de las formas procesales* y el de la *legalidad de las formas procesales*.

Según el primero de estos sistemas (que probablemente en la práctica no ha sido nunca aplicado de un modo integral), se dejaría a aquellos que aspiran a obtener una providencia jurisdiccional en libertad de dirigirse al juez en las formas que considerasen más oportunas y persuasivas, sin necesidad de deber seguir orden y modos preestablecidos. Ocurre cada día, fuera del campo judicial, que dos personas, disintiendo entre sí sobre una cuestión técnica en la cual están prácticamente interesadas, recurran, de acuerdo, a un tercero competente e imparcial para que les aconseje la solución: si dos médicos están en duda sobre el modo de curar a un enfermo, recurrirán en consulta al clínico especialista; si entre dos coleccionistas de cuadros surge una duda sobre la autenticidad de un cuadro, seguirán el parecer de un perito; si entre dos comerciantes hay desacuerdo en cuanto al precio de una mercadería, se someterán a la estimación de un conocedor; y así sucesivamente. Ahora bien, en todos estos casos los modos con los cuales los interesados discuten entre sí y exponen al tercero imparcial sus opiniones contrastantes o le hacen conocer los argumentos en apoyo de los respectivos puntos de vista, no se desarrollan siguiendo esquemas formales rígidamente fijados por adelantado, sino que se conforman naturalmente, caso por caso, a las concretas necesidades del diálogo: y, sin embargo, también esta simple conversación entre libres interlocutores, cada uno de los cuales sabe decir y hacer en el momento oportuno todo aquello que pueda serle útil, obtiene plenamente su finalidad, y ninguno pensaría seriamente que este diálogo ganaría

en simplicidad y en eficacia si se le impusiera la observancia de un "procedimiento" formal.

¿Por qué, entonces (podrá alguien preguntarse), ha de haber necesidad de todo un solemne aparato de formalidad para este diálogo entre partes y juez al cual en sustancia se reduce el proceso? ¿Por qué, también en el proceso judicial no han de poder las personas que toman parte en él quedar en libertad de expresarse en el modo que consideren más idóneo para hacerse comprender, como naturalmente ocurre en las relaciones comunes de la vida?

A este sistema, concebible como un ideal, de la *libertad de las formas procesales*, el derecho positivo de todos los tiempos ha opuesto y opone el sistema, más o menos rígidamente aplicado, de la *legalidad de las formas procesales*, según el cual las actividades que conducen al pronunciamiento de la providencia jurisdiccional no pueden ser realizadas en el modo y en el orden que a juicio discrecional de los interesados puede parecer más apropiada al caso singular, sino que deben, *para poder tener eficacia jurídica*, ser realizadas en el modo y con el orden que la ley (esto es, el *derecho procesal*) ha establecido de una vez para siempre. También las actividades de que se compone el proceso, por ser de aquéllas que están realizadas por hombres, están guiadas por el pensamiento; pero los modos con los cuales este pensamiento debe exteriormente manifestarse para ser jurídicamente operativo, las condiciones de lugar y de tiempo de estas manifestaciones, no son libres sino que están dictadas por la ley, la cual regula, además, el orden según el cual deben seguirse estas actividades y precisa, por consiguiente, anticipadamente una especie de paradigma sobre el que estas actividades deben modelarse, como una especie de programa del proceso tipo, que permite prever en abstracto cómo debe desarrollarse un proceso para ser jurídicamente regular.

La razón por la que en todos los tiempos se ha sentido la necesidad de imponer una minuciosa disciplina jurídica a este diálogo entre hombres, al cual, en sustancia, se reduce todo proceso, debe buscarse en la especial naturaleza de la providencia a la que están preordenadas todas las actividades procesales. Carácter esencial del derecho es la certeza; y éstas no existe sino en cuanto sea cierto que, en caso de inobservancia del derecho, será puesta en práctica la garantía jurisdiccional para hacerlo observar. Pero, a su vez, esta certeza no existiría si el individuo que pide justicia no supiera exactamente cuáles son los actos que debe realizar para obtenerla, cuáles son las vías que debe recorrer para llegar al juez/ para hacerse escuchar por él y para obtener en concreto aquella garantía jurisdiccional que la norma en abstracto promete. La regulación de las formas procesales sirve precisamente para esto: las reglas del procedimiento son, en sustancia, una especie de *metodología* fijada por la ley para servir de guía a quien quiera pedir justicia: casi, podría decirse, el manual del litigante, que le enseña cómo se debe comportar con el juez para ser escuchado por éste. Así las formas procesales, al imponer un cierto orden y un cierto modo de expresión a las deducciones de las partes y al prohibir al juez que tenga en cuenta las defensas presentadas en formas diversas, aseguran el respeto del contradictorio y la igualdad de las partes; las mismas no sirven, pues, como podrían pensar los profanos, para hacer más complicado y menos comprensible el desarrollo del proceso, sino, por el contrario, para hacerlo más simple y más rápido, en cuanto fuerzan a las partes a reducir sus actividades al mínimo esencial y a servirse de modos de expresión técnicamente apropiados para hacerse entender con claridad por el juez: las mismas, en conclusión, en lugar de un obstáculo para la justicia, son, en realidad, una preciosa garantía de los derechos y de las libertades individuales⁵.

⁵ Véase el fundamental ensayo de CHIOVENDA, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, en *Saggi*, I, págs. 353 y sigs.

Pero "la historia de las instituciones judiciales demuestra que las formas adoptadas originariamente para alcanzar ciertos fines, tienden a sobrevivir a su función y a permanecer cristalizadas en la práctica aun después de terminada su justificación histórica, como fin en sí mismas (Reí. Grandi, núm. 15); así, a veces, el valor puramente instrumental de las formas que deberían servir para facilitar la justicia, degenera *en formalismo* y las mismas se convierten en objeto de un culto ciego como fórmulas rituales que tienen por sí mismas un valor sacramental (en el lenguaje forense, en efecto, el procedimiento se llama también "rito"). Y,, en tales casos, no deja de tener fundamento la repugnancia de los profanos, entre los cuales es común la creencia de que "el procedimiento mata el derecho"⁶.

Como natural reacción contra estas degeneraciones formalísticas del proceso aparecen periódicamente en la historia de los institutos judiciales corrientes científicas y legislativas hostiles a las formas procesales: también en estos últimos años, en algunas legislaciones europeas, junto con el renacido favor por el "derecho libre" y con el creciente descrédito del principio de legalidad en todos los campos, se ha manifestado una cierta tendencia a abolir o a limitar también en el campo de las formas del procedimiento la disciplina legal pre-constituída, y a sustituir a ella el poder discrecional del juez, al cual debería ser confiado el oficio de establecer, caso por caso, el procedimiento que considere en concreto que se adapta mejor a la causa singular. Así, entre los dos sistemas de la legalidad y de la libertad, se introduciría un tercer sistema que se podría llamar de la *disciplina judicial de las formas*, según el cual las formas procesales no se dejarían sin regulación al arbitrio

⁶ Como ejemplo típico de este formalismo se puede recordar la regla aceptada en el derecho común, por la cual la sentencia no era válida si el juez, al pronunciarla, no estaba sentado; y las sutiles distinciones casuísticas que los juristas hacían al respecto (véase CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, vol. I, pág. 158).

de las partes, sino que estarían sujetas en todo procedimiento a las reglas especiales fijadas, caso por caso, por el mismo juez ante el cual el proceso se inicia.

Veremos a su tiempo que el nuevo código, aun habiendo tratado de simplificar en todo lo posible las formas del proceso y de darles "en cuanto la técnica lo consienta, la soltura y la rapidez con que se desarrollan en la vida las operaciones del tráfico, la intermediación y la concesión con la que se enrienden los hombres de negocios, el desprecio por las frases inútiles, propio de la gente laboriosa, que no tiene tiempo que perder", (Reí. Grandi, núm. 15), ha permanecido, sin embargo, fundamentalmente fiel al principio de la legalidad de las formas, admitiendo la libertad de las mismas sólo en los casos excepcionales en los que para ciertos actos la ley no haya prescrito una forma determinada (ejemplo, art. 121, art. 131 y art. 816 del C.P.C.) y templando el sistema de la legalidad según aquel principio que constituye una de las más características innovaciones del código, que la Reí. Grandi llama el "*principio de la adaptabilidad del procedimiento a las exigencias de la causa*"^{8*}.

LECTURA XIV.

EL PROCEDIMIENTO COMO SUCESIÓN DE ACTOS; FASES DEL PROCEDIMIENTO Y POSICIÓN DE LA PROVIDENCIA JURISDICCIONAL

*Piero Calamandrei.**

^{8*} (Instituciones de Derecho Procesal Civil, Editorial Leyer, Colección Clásica del Derecho, Octubre de 2005).-

Las normas jurídicas que regulan las formas procesales disciplinan no solamente la estructura exterior de los actos singulares del proceso, considerados cada uno como unidad aislada, sino también el orden y la relación de tiempo y de lugar que se verifican entre unos y otros, o sea la posición que cada uno de ellos debe tener en la serie de que forma parte.

Para disciplinar la estructura exterior de cada acto procesal considerado en sí mismo, el derecho procesal establece *por quién* puede ser cumplido cada acto (por los órganos judiciales, o por las partes o por tercero), qué *medios de expresión* deben ser empleados (idioma oficial, art. 122 C.P.C.; forma escrita o forma oral, ejemplo, art. 180; publicidad o secreto, ejemplo, art. 128), qué *condiciones de lugar* ejemplo, art. 139 C.P.C.) o *de tiempo* (ejemplo, art. 147 C.P.C.) deben ser observadas para cada uno de ellos.

Pero la regulación de las formas se refiere también, como ya se ha advertido, al orden en que deben sucederse los varios actos considerados como constitutivos de la serie, y a la relación de lugar y de tiempo que debe existir entre ellos⁷. Puede ocurrir que, entre los varios actos procesales, esté fijada por la ley una relación de necesaria *precedencia*, de modo que un cierto acto no pueda ser realizado sino después del cumplimiento de otro; que la sucesión de los actos procesales pueda desarrollarse en un contexto único, sin solución de continuidad temporal o espacial (como ocurre en cuanto a los diversos actos procesales realizados uno tras de otro en la misma audiencia: ejemplo, art. 183 C.P.C.) o bien que la misma ley consienta o prescriba que los varios actos de la serie puedan ser ejecutados en lugares y tiempos diversos y que entre el uno y el otro pueda o deba correr un intervalo de tiempo más o menos largo; que también la duración de estas pausas que se insertan en la serie entre un acto y otro del proceso pueda ser

⁷ Véase CHIOVENDA, istituzioni, II, § 66.

regulada por la ley, la cual, a veces, para evitar que los actos del proceso estén demasiado próximos entre sí, establece el *término mínimo* que debe transcurrir desde el cumplimiento de un acto del proceso antes de que pueda ser realizado el siguiente, mientras, a veces, para evitar que los actos del proceso estén demasiado distanciados, establece el término máximo, dentro del cual el acto siguiente debe ser llevado a cabo (véanse en cuanto a los *términos procesales*, los arts. 152-155 C.P.C.).

Las disposiciones dictadas por el nuevo código sobre las formas de los actos procesales (tít. VI, del lib. 1) serán estudiadas más a fondo en la parte segunda de este curso. Aquí basta añadir que la inobservancia de las reglas concernientes a la forma y a la posición de los actos procesales puede dar lugar en ciertos casos a *nulidad* del acto irregularmente realizado (arts. 156-162 C.P.C.), o bien a la pérdida del poder de realizar un determinado acto procesal, cuando no haya sido realizado en el término o en el orden prescrito (*preclusión*)⁸.

Otra característica de este orden formal que la ley establece en la sucesión de los actos procesales es la siguiente: que la serie no siempre se desarrolla de una manera continuada hasta su meta final, sino que se subdivide, con frecuencia, en varias fases o porciones, cada una de las cuales constituye una etapa del proceso entero; el desarrollo del cual se asemeja también, por esto al aspecto exterior de un drama, dividido en varios episodios escénicos, unificados en virtud del hilo de las vicisitudes.

La importancia de esta división del proceso en varias "fases" se comprende mejor si se considera en función de la posición que en la serie de los actos procesales tiene la providencia jurisdiccional. Normalmente, como resulta de la misma idea elemental que hasta ahora nos hemos formado del proceso, la providencia jurisdiccional, meta última

⁸ Véase CHIOVENDA, *Istituzioni*, n, § 66.

de todas las actividades que lo preparan, constituye el epílogo y la conclusión de esa serie: así, en el proceso de cognición, la decisión no puede pronunciarse antes de que, a través de la fase instructoria, hayan sido recogidos los datos necesarios para decidir. Pero no se debe creer que hasta que llega el momento de pronunciar la providencia final, el órgano judicial permanece como espectador inerte de lo que hacen las partes. También durante la fase preparatoria el juez dirige a las partes y colabora con ellas; y también antes de llegar al pronunciamiento de la providencia *de mérito* que ha de poner fin al proceso, puede ocurrir que haya de tomar en el curso del proceso providencias de carácter ordinario y preparatorio (véanse art. 176, art. 187, etc.) que no cierran la serie sino que se intercalan entre las actividades de las partes, marcando otras tantas fases internas, cada una de las cuales constituye un paso hacia la providencia final.

Se debe, por otra parte, observar que también la providencia *de mérito* (esto es, aquella mediante la cual el juez provee *sobre la acción*, con efectos jurisdiccionales sobre el derecho sustancial), no siempre es *única* en el proceso. Puede ocurrir que el ejercicio del poder jurisdiccional, que es necesario para proveer sobre la demanda, en lugar de estar concentrado en una sola providencia final, se reparta por el juez en varias providencias sucesivas, cada una de las cuales produzca sobre el derecho sustancial una fracción de los efectos jurisdiccionales exigidos: este fenómeno de fraccionamiento del acto jurisdiccional en varias providencias puede darse en el procedimiento de cognición (por ejemplo; art. 279: sentencias *parciales* que deciden sólo una parte del mérito, mientras el proceso continúa en cuanto a las cuestiones no decididas), pero, sobre todo, es típico del procedimiento de ejecución. A una sucesión de providencias jurisdiccionales dentro del mismo proceso pueden dar lugar también las *impugnaciones* (arts. 323 y sigs. C.P.C.): después del pronunciamiento de una providencia jurisdiccional, que termina una primera fase del proceso, puede suceder que se desarrolle, ante el mismo juez o ante un juez diverso, una nueva fase destinada a examinar, en todo o en parte, la misma causa, y a dar vida así a una nueva providencia jurisdiccional destinada a tomar

el puesto de la impugnada. El procedimiento puede desarrollarse así en momentos sucesivos ante órganos judiciales diversos, fraccionado en distintas fases que se llaman "grados" o "instancias" del mismo proceso (principio de la *pluralidad de instancias*).

Así, mientras en el esquema más simple del proceso, la providencia jurisdiccional, figura como la última de una serie de actos procesales que la preceden en sucesión continuada, el procedimiento se presenta de ordinario en figuras más complicadas, en las cuales las providencias del juez se distribuyen, a lo largo de todo el curso del proceso, en posiciones intermedias, representando cada una la clausura de una fase y la apertura de la fase siguiente en el mismo proceso.

Puede, finalmente, ocurrir que; en ciertos procedimientos especiales, el orden normal de precedencia de los actos procesales se invierta: esto es, que el proceso se abra con el pronunciamiento de una providencia jurisdiccional, la cual venga a constituir de este modo el inicio, en lugar de la clausura del procedimiento (así, por ejemplo, el proceso de quiebra se abre con la sentencia declarativa de quiebra: art. 16 del R. D. de 16 de marzo de 1942, núm. 267; el procedimiento de inyunción se inicia con el decreto de inyunción. (art. 633 del CP.C.,etc)^{9*}.

LECTURA XV.

CARACTERES TÍPICOS DEL PROCEDIMIENTO

*Piero Calamandrei.**

^{9*} (Instituciones de Derecho Procesal Civil, Editorial Leyer, Colección Clásica del Derecho, Octubre de 2005).-

Según la forma de los actos procesales singulares que constituyen la serie, y según el orden y la relación en que se suceden, el procedimiento puede asumir diversas figuras típicas, las cuales se distinguen y se reconocen a base de los caracteres comunes que predominan en la serie.

Estos caracteres típicos, en los cuales se debe pensar cuando se quiere describir un procedimiento, se encuentran enunciados en la doctrina en parejas antitéticas: *escritura y oralidad; mediación e inmediación; concentración y fraccionamiento; publicidad y secreto*⁹; *preclusión y elasticidad*.

No es éste el momento para profundizar en el alcance de cada uno de estos caracteres, porque eso se hará al estudiar el modo en que los mismos se encuentran desarrollados por el nuevo código; aquí debemos limitarnos a unas nociones generales.

- a) Según que en los actos procesales que constituyen la serie, predomine, como medio de expresión y de comunicación entre las varias personas que participan en el proceso, la palabra hablada o la escritura, el procedimiento se califica de *oral* o *escrito*; la calificación se deriva, pues, del predominio de *un* carácter sobre el otro, no existiendo en la práctica, en las legislaciones modernas, un procedimiento que sea absolutamente oral (aun en el debate penal, que *es* oral, la escritura *se* emplea para redactar el acta de la audiencia) ni un procedimiento escrito que no deje algún lugar a la oralidad (aun en el proceso del C.P.C. de 1865, en el que predominaba la escritura, se admitía en audiencia la discusión oral). El momento típico que se tiene presente para ver si en un procedimiento predomina la escritura o la oralidad, es el de las deducciones de las partes: si la escritura es la forma necesaria de las deducciones, en el sentido de que el órgano judicial no puede tener en cuenta las mismas sino en cuanto sean presentadas por escrito, se dirá que el procedimiento se inspira en el sistema de la escritura; cuando las deducciones sean válidas, aun cuando se presenten en forma oral, entonces *se* dirá que en el procedimiento predomina

⁹ Véase CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, § 52; SEGNI, *Procedimento*, núms. 4 y sigs

el sistema de la oralidad¹⁰.

- b) Los caracteres de la *mediación* o *inmediación*, más que de la forma de cada acto procesal, se derivan de las relaciones de tiempo y de lugar según las cuales se agrupan en el proceso las actividades de los diversos sujetos del mismo: puede ocurrir que las actividades procesales de las partes y del juez se desarrollen simultáneamente y espacialmente, *entre presentes*, de modo que cada uno de ellos perciba directamente con los propios sentidos lo que hacen o dicen los otros, y en este caso se dice que las actividades se desarrollan según el sistema de la *inmediación*; puede ocurrir, por el contrario, que las actividades de los diversos sujetos se desarrollen en lugares y tiempos diversos, de modo que las comunicaciones entre los mismos se deban efectuar, como ocurre *entre ausentes*, no a base de la inmediata percepción, sino a base de relaciones ajenas: en este caso se habla de *mediación*. La diferencia entre los dos sistemas se ve clara cuando se confronta el modo con que los testigos son escuchados en el debate penal y en el proceso civil del Código de 1865: mientras en el proceso penal el examen de los testigos tiene lugar en audiencia, ante el colegio juzgador, de modo que cada uno de sus componentes percibe directa e inmediatamente sus respuestas (art. 448 C.P.P.), en el proceso civil de 1865 los testimonios se recogían por el juez delegado (art. 208), y el colegio tomaba conocimiento mediato de ellos a través del acta redactada por aquél (art. 211).

Es fácil comprender que, como observa CHIOVENDA¹¹, "el principio de la *inmediación* se halla estrechamente ligado a la oralidad, en cuanto que sólo en el proceso oral puede ser plena y eficazmente aplicado"; *inmediación* significa presencia simultánea de los varios sujetos del proceso en el mismo lugar, y, por consiguiente, posibilidad entre ellos de cambiarse oralmente sus comunicaciones; viceversa, allí donde las comunicaciones tengan lugar por escrito, ésta es la forma típica de las relaciones entre *ausentes*, esto es, de la *mediación*.

¹⁰ CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, núm. 309; CALAMANDKEI, voz *Oralita*, en *Nuovo Digesto Itahtmo*, vol. IX.

¹¹ *Istituzioni*, II, pág. 371.

Se debe también observar que una de las condiciones esenciales para poder poner en práctica el sistema de la inmediación, es la del mantenimiento, durante todo el curso del proceso, de la identidad física de las personas que constituyen el órgano judicial (véase una aplicación de estos principios, pero limitada al solo período instructorio, en el art. 174 C.P.C., que establece la "inmutabilidad del juez instructor").

La *concentración* es el carácter que el procedimiento asume cuando los actos procesales que componen la serie se aproximan en el espacio y en el tiempo, de modo que se suceden con *ininterrumpida* continuidad; carácter opuesto, que se puede llamar de la *descentralización* o del *fraccionamiento*, es aquél por el cual entre un acto procesal y otro, o entre grupos de ellos, pueden pasar largos intervalos de tiempo, de modo que el proceso aparezca discontinuo. También aquí, como al tratar de la oralidad, es necesario no olvidar que la concentración es solamente un ideal, al cual, en la práctica, el procedimiento puede aproximarse, pero no alcanzarlo: un proceso enteramente concentrado, en el sentido de que desde su inicio, continúe sin interrupción hasta el final, no existe en realidad, aun cuando no fuera por otra cosa, por el principio de la pluralidad de las instancias, que hace posible en todo proceso varias fases distintas entre sí y que se siguen ante jueces diversos. También la concentración es, pues, un concepto relativo: un proceso se dirá que es tanto más concentrado cuanto más breves sean los términos interpuestos entre las varias fases, o entre los actos que constituyen cada fase.

La contraposición entre *publicidad* y *secreto* puede entenderse en dos sentidos; según que se refiera a los sujetos del proceso o a los terceros¹².

¹² CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, § 54.

En lo que se refiere a los terceros, esto es, al “público” de las personas extrañas al proceso, pueden concebirse abstractamente dos sistemas: el del secreto, según el cual las actividades procesales deben llevarse a cabo en el secreto de la oficina sin que los terceros puedan tener conocimiento de ella, y el de la publicidad, según el cual, por el contrario, tales actividades deben desarrollarse bajo el control del público. Las legislaciones modernas adoptan de ordinario un sistema intermedio: la publicidad respecto de los terceros se prescribe o permite solamente en cuanto a algunas fases (publicidad de las audiencias, art. 72 del Estatuto; art. 123 C.P.C.); mientras son públicas las audiencias en las que se discute la causa, no son públicas las audiencias instructorias (art. 84 Disp. api.)- Por lo que se refiere a los sujetos del proceso, publicidad significa conocimiento recíproco (o al menos posibilidad de conocimiento) que cada uno de ellos debe tener de las actividades realizadas por los otros sujetos; la estructura “dialéctica” que, como se verá, es propia del proceso, exige que todos los actos realizados por una parte sean llevados a conocimiento de la parte contraria, a fin de que ésta pueda reaccionar oportunamente en defensa propia: el *principio del contradictorio* (art. 101 C.P.C.) es la expresión fundamental de esta exigencia, en obsequio a la cual el artículo 97 de las Disp. api. establece que “el juez no puede recibir informaciones privadas sobre las causas pendientes ante él, ni puede recibir memorias sino por medio de la secretaría”. En cuanto a la actividad del órgano judicial, algunas fases de la misma se pueden desarrollar en secreto, no solo para el público sino también para las partes (así, por ejemplo, la deliberación de la decisión, que se toma en cámara de consejo: art. 276 C.P.C.; véanse arts. 375 y 737).

- e) Se habla de *preclusión* y de *elasticidad*, como de los caracteres generales del procedimiento, según que el orden de precedencia de los varios actos procesales se prescriba de un modo preciso y rígido (de suerte que, si un cierto acto no se realiza en el momento o dentro de la fase prescrita, la parte decae del poder de realizarlo), o bien se deje a la parte que debe llevarlo a cabo una cierta libertad para escoger el momento más oportuno sin

señalamiento de términos perentorios de decadencia (y en relación con el sistema de la preclusión está el principio de *eventualidad*). También aquí, como es fácil comprender, se trata no de principios absolutos, sino de tendencias: un cierto orden de precedencia se encuentra necesariamente prescrito, como ya se ha explicado, en toda legislación procesal; pero, sin embargo, dentro del curso del mismo procedimiento, las fases en que el mismo se divide pueden ser señaladas con mayor o menor rigor, y la posibilidad de poner remedio a la omisión o al retardo de un cierto acto puede concederse, según que se siga una u otra tendencia, en medida más o menos amplia (véase Reí. Grandi, núm. 24).

Para cerrar esta esquemática reseña de los caracteres formales del procedimiento, se debe advertir que los principios hasta ahora contrapuestos por parejas como típicos, se encuentran, de ordinario, combinados en el derecho positivo según una cierta afinidad: la oralidad va ordinariamente unida a la inmediación, a la concentración, a la publicidad y a la elasticidad del procedimiento; y, por el contrario, en un procedimiento basado en el sistema de la escritura, se encuentran de ordinario unidos los caracteres de la mediación y de la preclusión. Veremos, más adelante, que estos caracteres se encuentran combinados o agrupados en el procedimiento adoptado por el nuevo código^{11*}.

UNIDAD IV

Audiencia obligatoria de conciliación, de decisión de excepciones previas, de saneamiento y fijación del litigio.....

Caso N° 1. Audiencia obligatoria de conciliación.....

Caso N° 2. Audiencia obligatoria de conciliación.....

^{11*} (Instituciones de Derecho Procesal Civil, Editorial Leyer, Colección Clásica del Derecho, Octubre de 2005).-

Recursos.....	
Reposición.....	
Apelación.....	
Recurso de queja.....	
Recurso de súplica.....	
Anulación de laudos arbitrales.....	
Casación.....	
La protección del debido proceso en la casación del trabajo	
Introducción.....	
Antecedentes remotos.....	
Protección constitucional.....	
La violación de normas procesales.....	
La nulidad en casación del trabajo.....	
La violación medio en la casación del trabajo como causal jurisprudencial de infracción de normas procesales.....	
Revisión.....	
El grado jurisdiccional de consulta.....	
Incidentes.-	
Nulidades.-.....	

AUDIENCIAS, NULIDADES, RECURSOS, NULIDADES E INCIDENTES

Autora:

María Matilde Trejos Aguilar –

Magistrada Sala Laboral del Tribunal Superior de Buga.

1. Audiencia obligatoria de conciliación, de decisión de excepciones previas, de saneamiento y fijación del litigio.-

El artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, fue modificado por el artículo 39 de la ley 712 de 2001, y con posterioridad por el artículo 11 de la ley 1149 de 13 de julio de 2007, así:

“Artículo 11. El artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 39 de la Ley 712 de 2001, quedará así:

Artículo 77. Audiencia obligatoria de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio. Contestada la demanda principal y la de reconvención si la hubiere, o cuando no hayan sido contestadas en el término legal, el juez señalará fecha y hora para que las partes comparezcan personalmente, con o sin apoderado, a audiencia pública, la cual deberá celebrarse a más tardar dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de notificación de la demanda.

Para efectos de esta audiencia, el juez examinará previamente la totalidad de la actuación surtida y será él quien la dirija.

En la audiencia de conciliación se observarán las siguientes reglas:

Si alguno de los demandantes o de los demandados fuere incapaz, concurrirá su representante legal.

Si antes de la hora señalada para la audiencia, alguna de las partes presenta prueba siquiera sumaria de una justa causa para no comparecer, el juez señalará nueva fecha para celebrarla, la cual será dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha inicial, sin que en ningún caso pueda haber otro aplazamiento.

Excepto los casos contemplados en los dos (2) incisos anteriores, si el demandante o el demandado no concurren a la audiencia de conciliación, el juez la declarará clausurada y se producirán las siguientes consecuencias procesales:

- 1. Si se trata del demandante se presumirán ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la contestación de la demanda y en las excepciones de mérito.*
- 2. Si se trata del demandado, se presumirán ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión.*

Las mismas consecuencias se aplicarán a la demanda de reconvención.

- 3. Cuando los hechos no admitan prueba de confesión, la no comparecencia de las partes se apreciará como indicio grave en su contra.*
- 4. En el caso del inciso quinto de este artículo, la ausencia injustificada de cualquiera de los apoderados dará lugar a la imposición de una multa a favor del Consejo Superior de la Judicatura, equivalente a un (1) salario mínimo mensual vigente.*

Instalada la audiencia, si concurren las partes, con o sin apoderados, el juez los invitará para que en su presencia y bajo su vigilancia concilien sus diferencias, si fueren susceptibles de solución por este medio, y si no lo hicieren, deberá proponer las fórmulas que estime justas sin que ello signifique prejuzgamiento y sin que las manifestaciones de las partes impliquen confesión. En esta etapa de la audiencia sólo se permitirá diálogo entre el juez y las partes, y entre estas y sus apoderados con el único fin de asesorarlos para proponer fórmulas de conciliación.

Si se llegare a un acuerdo total se dejará constancia de sus términos en el acta correspondiente y se declarará terminado el proceso. El acuerdo tendrá fuerza de cosa juzgada. Si el acuerdo fuese parcial se procederá en la misma forma en lo pertinente.

Parágrafo 1º. *Procedimiento para cuando fracase el intento de conciliación. Ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo total, el juez declarará terminada la etapa de conciliación y en la misma audiencia:*

- 1. Decidirá las excepciones previas conforme a lo previsto en el artículo 32.*
- 2. Adoptará las medidas que considere necesarias para evitar nulidades y sentencias inhibitorias.*
- 3. Requerirá a las partes y a sus apoderados para que determinen los hechos en que estén de acuerdo y que fueren susceptibles de prueba de confesión, los cuales se declararán probados mediante auto en el cual desechará las pruebas pedidas que versen sobre los mismos hechos, así como las pretensiones y excepciones que queden excluidas como resultado de la conciliación parcial.*

Igualmente, si lo considera necesario las requerirá para que allí mismo aclaren y precisen las pretensiones de la demanda y las excepciones de mérito.

4. A continuación el juez decretará las pruebas que fueren conducentes y necesarias, señalará día y hora para audiencia de trámite y juzgamiento, que habrá de celebrarse dentro de los tres (3) meses siguientes; extenderá las órdenes de comparendo que sean del caso, bajo los apremios legales, y tomará todas las medidas necesarias para la práctica de pruebas en la audiencia de trámite y juzgamiento; y respecto al dictamen pericial ordenará su traslado a las partes con antelación suficiente a la fecha de esta audiencia."

A efectos de la aplicación de la norma últimamente citada; debemos tener en cuenta que la ley 1149 de 13 de julio de 2007, en su artículo 17, señaló que su entrada en vigencia sería a partir de su promulgación; no obstante, *"su aplicación se efectuará de manera gradual de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la presente ley"*; lo que significa que en la fecha solamente aplicaría en los distritos judiciales de Pamplona y San Andrés y Providencia, donde ya se encuentra en funcionamiento el sistema oral puro; de manera que es muy probable que cuando sean nombrados los jueces que hoy participan del curso concurso, ya esté rigiendo, si no en todo el país, si en la mayoría de los distritos judiciales.

En torno a la dicha audiencia, cabe resaltar que en ella se señala expresamente que será el juez quien la dirija; por manera que nos hace un llamado a que el juez se apropie de su papel de director del proceso, en tanto que esta audiencia debe ser aprovechada para que invite a las partes a zanjar sus diferencias, proceso en el que debe actuar como vigilante, llegando a proponer fórmulas de arreglo; tomará medidas de saneamiento del litigio, con miras a evitar que *a posteriori* se decreten nulidades o se profieran sentencias inhibitorias; participando activamente en la fijación del litigio, en cuanto a pretensiones y hechos a probar, lo que logrará al requerir a las partes para que aclaren y precisen las pretensiones de la demanda y las excepciones de mérito; para finalmente, decretar las pruebas pedidas y las que de oficio considere se deben ordenar, previa constatación de su conducencia y necesidad. Es así como, el juez ejerce de manera efectiva la dirección social y gerencial del proceso desde esta primera

audiencia, en la cual, puede lograrse la conciliación entre las partes, dependiendo de su actividad y del estudio previo y concienzudo que haga de la demanda y su contestación.

Pero el papel de juez director del proceso, no se ve limitado a esta única etapa, ya que con la modificación introducida por el artículo 7º de la ley 1149 de 2007, al artículo 48 del Código de Procedimiento Laboral, *"el juez asumirá la dirección del proceso adoptando las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes, la agilidad y rapidez en su trámite."*

Ahora bien, las consecuencias procesales que derive el juez de la inasistencia de las partes, deben hacerse constar en auto en el que se precisen los hechos que se dan por ciertos, para permitir de esa manera el derecho de defensa de la parte que se declara confesa.

Es esta la oportunidad para decidir las excepciones previas, conforme lo señala el artículo 32 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 1º de la ley 149 de 2007, teniendo en cuenta que en el proceso laboral pueden proponerse como previas las excepciones de prescripción y cosa juzgada.

Ahora bien, con la implementación del sistema oral regulado por la ley 1149 de 2007, se establece un término para la celebración de esta audiencia obligatoria, el cual es de tres (3) meses siguientes a la contestación de la demanda principal o de la de reconvencción; y se reduce el término para la celebración de la audiencia siguiente, que ya se denominará *"de trámite y juzgamiento"*, el cual es de tres (3) meses; a fin de lograr que se hagan realidad la celeridad y eficiencia que deben permear el servicio de administración de justicia.

AUDIENCIA OBLIGATORIA DE CONCILIACIÓN.

Al inicio de la audiencia obligatoria de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio, las partes, en lugar de discutir en la audiencia fórmulas de acercamiento, le presentan al juez un acuerdo traído y preelaborado, cuyo contenido se encuentra ajustado a los preceptos legales, no obstante, al juez le llama la atención, el hecho de que no se surtiera activamente en su despacho la diligencia.

AUTOEVALUACIÓN

1. Podría admitirse esa conciliación, traída previamente elaborada por las partes?
2. En casos, como el citado, podría el juez, incluso abstenerse de abrir la diligencia correspondiente a la audiencia respectiva? (Art. 39 Ley712/01, modificado por la ley 1149 de 2007).

DECISIONES JUDICIALES

**LA PRESENTACIÓN DE UN PROYECTO DE CONCILIACIÓN,
PREVIAMENTE ELABORADO ANTE EL FUNCIONARIO
COMPETENTE, NO ES IRREGULAR, SI ÉSTE INTERVIENE A FIN DE
QUE NO SE MENOSCABEN DERECHOS CIERTOS DEL TRABAJADOR**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION LABORAL

Magistrado Ponente: CARLOS ISAAC NADE
RADICACIÓN No. 21975

La presentación del proyecto de conciliación al funcionario del Ministerio de la Protección Social o al juez del Trabajo para que le imparta su aprobación no constituye una irregularidad que origine su ilegalidad, si el inspector de trabajo o el juez laboral interviene efectivamente para prever que no se vayan a vulnerar derechos ciertos e indiscutibles del trabajador,

cuando las partes previamente han pactado una fórmula para zanjar sus diferencias y simplemente pretenden rodear el acuerdo conseguido de las garantías legales que les brinde seguridad y firmeza a lo concertado. En este sentido, se indicó en sentencia de marzo 12 de 1973, lo siguiente:

"Al funcionario se le pueden presentar en el evento que se analiza, dos situaciones bien distintas. Una, cuando las partes no están dispuestas a reconocimientos y concesiones mutuas y otra, cuando si lo están, es decir cuando tiene ánimo conciliatorio. En el primer caso tienen amplia vigencia las normas reguladoras del artículo 20 del CPT y al funcionario le corresponde una labor activa consistente en reducir los puntos de diferencia sin menoscabo de los derechos y sin desconocimiento, por consiguiente, de las obligaciones, mediante la proposición de fórmulas de arreglo. En el segundo, la labor del funcionario es bien distinta sobre todo cuando las partes se presentan ante él con una fórmula de solución ya acordada, previamente convenida, más que todo con el propósito de rodear el acto de las garantías legales. Aquí no hay lugar a presentación de fórmulas por parte del juez o del inspector, porque como bien lo dice el recurrente, "resultaría ridículo en la práctica, que el funcionario se empeñara en procurar un acuerdo amigable que ya las partes tienen logrado", o en cambiar sus términos con lo que se llegaría a entorpecer, cuando a no ponerlo en peligro, el arreglo convenido por las partes. Otra cosa es que no lo prohíba si considera que es inconveniente por cuanto que burla los derechos de una parte mediante el desconocimiento de las obligaciones de la otra. Pero cuando la solución que los interesados le presentan es justa y equitativa, deberá acogerla y consiguientemente consignará en el acta correspondiente sus términos"(Sentencia de marzo 12 de 1973).

Es del caso anotar, por tratarse de otro aspecto materia de inconformidad de la censura, que como las partes concurrieron ante el despacho competente, para obtener mediante la celebración de una audiencia de conciliación la aprobación del acuerdo al que previamente llegaron, no se requería de la citación que preveía el inciso 1º del

artículo 20 del C. P. del T., pues obviamente no era necesario por encontrarse presentes las personas interesadas.

Es igualmente pertinente señalar en relación con el punto materia de inconformidad de la impugnación, en los cargos tercero y cuarto, que la existencia de los procesos penales a que ésta se refiere, no son un motivo que constituya un vicio del consentimiento de quien celebra un contrato o suscribe un convenio, puesto que las actuaciones y decisiones judiciales no pueden ser concebidas como un acto generador de fuerza que vicie el consentimiento del afectado eventualmente por ellas, en lo que respecta a sus diferentes relaciones jurídicas, dado que la administración de justicia tiene soporte legal y constitucional.

En lo atinente al quinto cargo, orientado a diferencia de los anteriores por la vía indirecta, se advierte que en la decisión recurrida el juzgador de segundo grado estimó que no afecta la validez de la conciliación celebrada por las partes el que estas hayan llevado elaborado el proyecto de conciliación al funcionario que le impartió su aprobación, pero ello no significa, en modo alguno, que no se haya verificado la audiencia exigida y menos que no se cumplieran por la juez que le impartió su aprobación la exigencia de examinar la legalidad del acuerdo celebrado y particularmente el que no se revisara que no se vulneraran derechos ciertos e indiscutibles de la trabajadora, pues del examen del acta que contiene la conciliación aludida no se desprende que hayan tenido ocurrencia tales irregularidades.

Incluso en el interrogatorio de parte que cita la censura se encuentra que si bien el apoderado de la demandada admitió que el acta de la conciliación mencionada se elaboró en su oficina también se observa que aclaró al respecto que fue redactada en los términos previamente convenidos con la demandante y sometida luego a la aprobación del "Juzgado 14 laboral de Bogotá", que fue aportada simultáneamente por las partes, que la juez indagó a la accionante acerca de su conformidad con el contenido de la conciliación y que después de hacerle la advertencia correspondiente le impartió su aprobación; de manera que no se desprende de esta prueba que el juzgador de

segundo grado se haya equivocado al estimar que la conciliación celebrada por las partes reunía los requisitos legales de validez previstos en los artículos 20 y 78 del C. P del T., toda vez que la sola presentación del proyecto de conciliación al inspector del trabajo o al juez laboral no constituyen una irregularidad que le reste legalidad a ese acuerdo, como se anotó antes, por cuanto no está acreditado que se haya omitido dar cumplimiento a cualquiera de las exigencias establecidas en las normas mencionadas. No se demuestra entonces que en la sentencia recurrida se haya incurrido en los errores fácticos denunciados en el quinto cargo.

Finalmente, se tiene que la censura pretende acreditar en el último cargo, también orientado por la vía indirecta, que al suscribir la demandante la conciliación visible a folios 16 y 17 del cuaderno de instancia tenía viciado su consentimiento, simultáneamente por error, fuerza y dolo, a raíz de los procesos penales adelantados en su contra, con ocasión de las denuncias formuladas por la entidad bancaria accionada; aseveración que apoya esencialmente en las documentales que acreditan la existencia de los procesos referidos y la divulgación periodística sobre los hechos imputados a la actora.

Esta apreciación, a juicio de la Corte, resulta desacertada dado que el error como vicio del consentimiento del acto o negocio celebrado se presenta cuando uno de los contratantes entiende que está celebrando una clase de contrato o está pactando algo determinado, cuando en la práctica es algo distinto lo que conviene o estipula. Situación que no acaece en este asunto, pues la trabajadora sabía que mediante la conciliación estaba dando lugar a la terminación del contrato de trabajo por mutuo consentimiento, con el reconocimiento por parte de la empleadora de una bonificación. Es claro entonces que la accionante estimó que era más conveniente para sus intereses celebrar la conciliación aludida y recibir una bonificación a quedarse eventualmente sin nada y privada de su libertad, como se afirma en el ataque, de manera que tenía pleno conocimiento de lo que estaba pactando, sin que además pueda considerarse que era víctima de una coacción física o moral, esto es, de un acto de fuerza que le constriñera su voluntad, dado que conforme se explicó al resolver los cargos tercero y cuarto, la existencia de los procesos penales a que ésta se refiere no son un motivo que constituya un vicio del consentimiento, puesto que las actuaciones y decisiones judiciales no pueden ser concebidas como un acto generador de fuerza que vicie la voluntad del procesado.

Tampoco se evidencia que la conciliación celebrada por las partes se encuentre viciada por dolo en la voluntad de la trabajadora, por no haberse efectuado la audiencia

pública en la sede del juzgado, por falta de citación de las partes y la ausencia del juez en la celebración de los acuerdos, pues conforme se anotó antes la circunstancia de que las partes llevaran elaborado el proyecto de conciliación al funcionario que le impartió su aprobación, no significa, en modo alguno, que no se haya verificado la audiencia exigida y menos que no se cumplieran por la juez que le impartió su aprobación la exigencia de verificar la legalidad del acuerdo celebrado y particularmente el que no se revisara que no se vulneraran derechos ciertos e indiscutibles de la trabajadora, pues del examen del acta que contiene la conciliación aludida no se desprende que hayan tenido ocurrencia tales irregularidades.

Además, conviene repetir lo dicho en relación con el interrogatorio de parte respecto a que el apoderado de la demandada admitió que el acta de la conciliación mencionada se elaboró en su oficina, pero con las aclaraciones referentes a que fue redactada en los términos previamente convenidos con la demandante, que fue aportada simultáneamente por las partes, que la juez indagó a la accionante acerca de su conformidad con el contenido de la conciliación y que después de hacerle la advertencia correspondiente le impartió su aprobación.

2. Recursos

Las providencias a través de las cuales los jueces emiten sus decisiones, sean autos o sentencias, son susceptibles de ser atacadas por las partes, en caso de desacuerdo con ellas, siempre que se sigan las reglas fijadas en las normas procesales y para el caso que nos ocupa, lo reglado en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Así, tenemos que son recurribles, los autos interlocutorios y las sentencias; ya que el artículo 64 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad social prevé que los autos de sustanciación no son susceptibles de recurso alguno, no obstante lo cual, permite que sean modificados o revocados de oficio por el juez que los profirió, en cualquier estado del proceso.

En materia del trabajo y de la seguridad social, los recursos son ordinarios y extraordinarios. Los recursos ordinarios son: reposición, apelación, queja y súplica; y extraordinarios: casación, revisión y anulación de laudos arbitrales.

Las reglas de interposición de cada uno de ellos se sintetizan de la siguiente manera:

2.1. REPOSICIÓN

Se propone ante el funcionario que dictó la providencia para que reconsidere su decisión, de modo que persigue la revocatoria, reforma o aclaración de la providencia objeto de recurso.

El artículo 63 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, prevé que sólo procede contra autos interlocutorios y que se interpondrá y sustentará en audiencia, cuando se dicte allí, las partes se encuentren presentes, y el auto sea notificado en estrados, ante el funcionario que lo profirió, quien lo decide en el mismo acto, pudiendo tomarse un receso para ello; o por escrito que se presentará dentro de los dos (2) días siguientes a su anotación en estado, si el auto se profirió fuera de audiencia o la parte que se ve afectada con el, no estuvo presente en la misma, debiéndose decidir, a más tardar, dentro de los tres (3) días siguientes.

Es necesario recordar que no cabe reposición de reposición, pero si el auto que resuelve el recurso contiene en su parte resolutive puntos nuevos que no habían sido considerados en la providencia recurrida o no resuelve la totalidad de ellos, podrán interponerse los recursos pertinentes respecto de estos aspectos.

Ahora bien, de los autos interlocutorios proferidos en la segunda instancia, sólo son atacables mediante reposición aquellos que no admitan el recurso de súplica.

Caso No. 2

En el curso de la audiencia obligatoria del artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el juez decide, a través de auto interlocutorio, declarar probada la excepción previa de inepta demanda, decisión que es recurrida en reposición por el apoderado de la parte demandante, con el argumento según el cual, su cliente no puede volver a incoar la demanda, porque es de escasos recursos económicos.

AUTOEVALUACIÓN

Como juez qué decidiría acerca del recurso interpuesto?

DECISIONES JUDICIALES

Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, radicación No. 17340 de 29 de enero de 2002, M.P. Germán Gonzalo Valdés Sánchez.

Ratio decidendi: "...En el caso de la reposición se ha considerado que el impugnante asume la necesidad de expresar las razones que lo llevan a solicitar la revocatoria o la reforma del auto que impugna, de manera que si no lo hace el funcionario que lo profiera no está obligado a resolver la reposición; pero la sustentación de la reposición no está sometida a requisito alguno, aunque debe haber precisión sobre su alcance cuando es parcial, y los motivos que aduce el recurrente pueden ser compartidos o no por el juez o tribunal, vale decir, que quien debe resolverla puede fundar la solución del recurso en consideraciones diferentes a las que proponga el recurrente para revocar o

reformular su propia providencia. Lo mismo que se predica de la reposición es aplicable, en principio, para los demás recursos ordinarios. ...".

2.2. APELACIÓN

Se persigue a través de este medio de impugnación, que la decisión sea revisada por el superior funcional de quien profirió la providencia, a fin de que la aclare, modifique o revoque; recurso que es aplicación práctica del principio de la doble instancia consagrado en el artículo 29 de la Carta Política.

En materia del trabajo y de la seguridad social, son apelables ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, los autos interlocutorios que expresamente se encuentran señalados en el artículo 65 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y las sentencias proferidas en procesos ordinarios de primera instancia o en especiales de fuero sindical.

El recurso de apelación contra sentencias, se deberá interponer y sustentar verbalmente dentro de la audiencia en que se dictó, siempre que la parte esté presente allí, caso en el cual se entiende notificada en estrados y momento en el cual se decide sobre su concesión; ó dentro los tres (3) días siguientes a la fecha de expedición del fallo de primera instancia, el que se concede o niega dentro de los dos (2) días siguientes, término dentro del cual deberá ser sustentado, y se surte en el efecto suspensivo.

La formulación del recurso de apelación contra autos interlocutorios, se puede efectuar también, oralmente, cuando se dicte en audiencia pública, esté presente la parte agraviada y se notifiquen en estrados, debiéndose sustentar en la misma diligencia; o en su defecto por escrito, cuando se trate de autos dictados fuera de audiencia o a la que no asistió la parte afectada con la decisión, caso en el cual se

notifican por estado, recurso que se interpone dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación por estado, y siempre debe sustentarse, siguiendo los lineamientos del artículo 57 de la ley 2ª de 1984.

La apelación de autos interlocutorios, se surte por regla general en el efecto devolutivo, salvo que la providencia apelada impida la continuación del proceso o implique su terminación, caso en el cual se concederá en el efecto suspensivo; no obstante que en su inciso final prevea el artículo 65 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que no se podrá dictar sentencia, mientras esté pendiente la decisión del superior.

Las copias, cuando se conceda la apelación en el efecto devolutivo, serán de cargo del apelante, quien debe pagar las expensas necesarias para las copias que se requieran para tramitar la apelación, dentro de los cinco (5) días siguientes a la concesión del recurso, *so pena* de que se declare desierto, conforme lo dispone el inciso 3º del numeral 2º del artículo 65 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001.

No puede perderse de vista que a partir de la vigencia de la ley 1149 de 2007, según su artículo 3º, modificadorio del artículo 42 del Código Procesal Laboral, se dictarían autos interlocutorios susceptibles de apelación, únicamente antes de la audiencia obligatoria, los de sustanciación y los no recurribles en apelación, pues los demás deben dictarse en audiencia pública. Entonces, para la formulación del recurso en estos momentos, se deberán seguir las reglas actuales.

Ahora bien, el principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, ratifica el criterio según el cual el recurso de apelación de autos y de sentencias debe ser sustentado ante el juez que los profirió, siguiendo los límites allí señalados; de modo que el fallador de segundo grado limitará

su estudio a lo que el apelante le señale en el escrito que sirve de sustentación del recurso, o en lo que verbalmente expresó en la respectiva audiencia, según el caso; cuestión que resulta más relevante cuando se trata de apelante único, dado que en este caso la decisión se circunscribe a lo disconformidad, manteniéndose aquellos aspectos fuera de discusión, por encontrarse en firme.

DECISIONES JUDICIALES.

- Sentencia de Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, radicada bajo el número 26936, de fecha 29 de junio de 2006, M.P., Eduardo López Villegas.-

Ratio decidendi: "...Bajo la preceptiva del artículo 57 de la ley 2ª de 1984, la tesis de la Sala consideraba que el juez de alzada no podía dejar de estudiar puntos verdaderamente consecuenciales del rebatido, alegando falta de sustentación, pues se había de entender que ellos quedaban comprendidos en la oposición, por una inclusión explícita; postura que ha de recoger a la luz de la nueva normativa del artículo 35 de la ley 712 de 2001, pues, como se indicó, las argumentaciones explícitas del juez sobre pretensiones deben ser confrontadas en la sustentación del recurso con razones igualmente expresas. (...)

Finalmente se ha de señalar que la regulación que el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, hizo del recurso de apelación, cierra las puertas para los efectos de este proceso, el de la apelación de las dos partes, a la aplicación en la jurisdicción laboral del artículo 357 del C. de P. C., modificado por el Decreto 2282 de 1989, art. 1º, mod. 175, y por invocación de la integración que dispone el artículo 145 de la preceptiva adjetiva laboral con la civil. ..".

- Sentencia C-968 de 2003, Corte Constitucional, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad formulada contra el artículo 35 parcial, de la ley 712 de 2001. M.-P. Clara Inés Vargas Hernández.

Ratio decidendi: "...Por lo tanto el principio de consonancia consagrado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, no puede ser interpretado en el sentido restringido ya analizado, sino de manera tal que su significado se avenga a los dictados de la Constitución. De esta manera, cuando la norma en mención exige que la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia "con las materias objeto del recurso de apelación", debe entenderse que el examen que efectúa el superior no se limita a los asuntos desfavorables del fallo de primera instancia sobre los cuales versa la impugnación, sino a todos aquellos aspectos desfavorables al trabajador que involucran beneficios mínimos irrenunciables, los cuales deben entenderse siempre incluidos en el recurso de alzada. Esta solución tiene fundamento en el principio de la conservación del derecho que habilita a la Corte para mantener la disposición en el ordenamiento, excluyendo del mismo, a través de una sentencia condicionada, los entendimientos de la misma que contraríen los principios y valores constitucionales. ...".

De las dos citas jurisprudenciales, se puede concluir que a pesar del carácter ordinario de la apelación, tiene límites señalados en la Constitución y la ley, cuales son las fronteras que traza el apelante al Tribunal para que tome su decisión, siempre y cuando se respeten los derechos ciertos e indiscutibles de los trabajadores que nunca pueden desconocerse en las providencias judiciales que profiera, sea un juez o un magistrado.

CASO N° 3. RECURSO DE APELACIÓN - CONSONANCIA.

Eudoro Ocoró presentó demanda laboral solicitando la reliquidación de su pensión de vejez causada y otorgada bajo los parámetros del sistema general de pensiones, adicionalmente aspira al reconocimiento de la indexación. El demandado, ISS, se opone a esas pretensiones. El fallo resulta totalmente desfavorable al Sr. Eudoro Ocoró. Su abogado presenta dentro del término y suficientemente sustentado el recurso de apelación, exponiendo razonablemente los motivos de su inconformidad en relación con el punto referido a la reliquidación de la pensión de vejez.

AUTOEVALUACIÓN

1. El juez de segunda instancia podría conocer, en virtud del principio de consonancia, únicamente del punto relativo a la reliquidación de la pensión de vejez, o podría conocer también del tema de la indexación, al estar íntimamente ligado a la aspiración principal, a pesar de no estar sustentado ni dirigirse el recurso frente a esa pretensión?

DECISIONES JUDICIALES

AUN CUANDO AMBAS PARTES APELEN LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL, EN VIRTUD DEL PRINCIPIO DE CONSONANCIA, SE LIMITA A LOS PRECISOS MOTIVOS OBJETO DE APELACIÓN, QUE HUBIESEN SIDO SUSTENTADOS.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS

Referencia: Expediente No. 26936

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil seis (2006).

Con la expedición de la Ley 712 de 2001, varió sustancialmente la situación, pues de acuerdo con el nuevo texto, es a las partes a quienes les corresponde delimitar expresamente las materias a que se contrae expresamente el recurso de apelación, en tanto reza la norma:

"Principio de consonancia: La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación.

"...

"Del mismo modo, si es deber del apelante limitar el recurso de apelación a determinados y especiales temas, sobre los cuales sólo se podrá pronunciar la segunda instancia, es obligación suya manifestarse respecto a todas las pretensiones de la demanda, sean estas autónomas o condicionadas respecto de las otras, de las que discrepe". Sentencia de 23 de mayo de 2006, radicación 26225.

La exigencia legal de sustentación del recurso de apelación responde a la esencia de una segunda instancia, que por regla general se acciona por iniciativa de alguna de las partes y en razón a la inconformidad con decisiones del juez *A quo*. Tiene carácter excepcional la actuación oficiosa del *Ad quem* de la jurisdicción laboral, la que la ley confina a los restrictivos eventos en que procede el grado de consulta. Ciertamente la segunda instancia es una garantía de debido proceso para las partes y no una tutela oficiosa de control funcional del superior sobre el inferior.

La sustentación no es una formalidad sino una exigencia de racionalidad de la demanda de justicia, de fijar los puntos que distancian al recurrente de la decisión del juez y las razones por las cuales esa decisión debe ser revocada.

No puede reclamar un apelante que el *Ad quem* resuelva por añadidura a lo que es objeto de disconformidad manifiesta con relación a uno de los aspectos de la decisión judicial sobre una de las pretensiones, porque no puede sobre entenderse que la protesta también comprende la resolución sobre otras que debieron ser formuladas de manera expresa en la demanda, o que fueron objeto de consideraciones específicas o de tratamiento separado en la sentencia, o de las que pueden seguir o no a una principal, aunque dependan de éstas para su existencia.

La decisión del juez de primera instancia al estar en desacuerdo por no haberle concedido la indemnización moratoria, y la entidad demandada, a su vez, por el tratamiento laboral a una relación que debía estar regulada por las normas de la contratación administrativa. Ninguna de las partes discrepó de la manera como fueron liquidadas las acreencias laborales materia de la condena, ni de la absolución por las pretensiones no reconocidas, con salvedad de la indemnización del artículo 65 del C.S.T.

De esta manera estaba por fuera de la controversia la indexación y los intereses de mora por los aportes en pensiones que se ordenaban devolver, y los de salud que se disponían pagar, tanto para el demandante que se conformó con el trato dado por el *A quo*, como para la demandada, que pese a que su reclamo se orientaba a destruir el fundamento de toda condena, en nada se opuso a lo que fue materia de consideración y decisión específica del juez de primera instancia.

Bajo la preceptiva del artículo 57 de la Ley 2ª de 1984, la tesis de la Sala consideraba que el juez de alzada no podía dejar de estudiar puntos *verdaderamente consecuenciales* del rebatido, alegando falta de sustentación, pues se había de entender que ellos quedaban comprendidos en la oposición por una *inclusión implícita*; postura que se ha de recoger a la luz de la nueva normativa, la del artículo 35 de la Ley 712 de 2002, pues, como se indicó, las argumentaciones explícitas del juez sobre pretensiones deben ser confrontadas en la sustentación del recurso con razones igualmente expresas.

En el *sub lite* la sentencia de primera instancia se ocupó de determinar el contenido de todas las acreencias laborales que surgían de la declaración de la existencia del contrato; y si bien, la accionada apelante se limitó a atacar este pronunciamiento, su rechazo limitado a esta declaración, no comprendía la manera como cada una de aquéllas fue liquidada por el juez; el silencio que sobre estos aspectos guarda, aunque se explique por apostarle a destruir por la base la condena, es conformidad con el trato dado en la sentencia.

El actor en el recurso de apelación no se apartó de la decisión del juez de no acceder a la pretensión de condena de pago de aportes en salud que no efectuó la demandada durante la vinculación laboral, ni a la del pago de la indexación o de los intereses por la suma que se ordenó devolver a título de aportes pensionales realizados como trabajador independiente. La Sala ha considerado que la indexación y los intereses si bien presuponen una condena, no siguen necesariamente a ésta, razón por la cual se ha exigido que ellos deban ser formulados, ya como pretensiones expresas en el libelo inicial o en la sustentación del recurso de apelación, o en la demanda de casación, de manera independiente a la obligación que los origina.

Finalmente se ha de señalar que la regulación que el artículo 35 de la Ley 712 de 2002 hizo del recurso de apelación, cierra las puertas para los efectos de este proceso, el de la apelación de las dos partes, a la aplicación en la jurisdicción laboral del artículo 357 del C. C. - Modificado. Decr. 2282 de 1989, art. 1º, mod. 175. y por invocación de la integración que dispone el artículo 145 de la preceptiva adjetiva laboral con la civil.

El entendimiento jurídico acertado sobre el tema es el expuesto por la Sala en la sentencia del 28 de abril de 2000, radicación 13644, transcribo lo pertinente de esa providencia:

"Es indiscutible que el requisito de la sustentación del recurso de apelación contenido en el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984 rige en el proceso laboral, tal como lo ha adoctrinado esta Corporación en constante jurisprudencia. Pero conviene precisar que lo anterior en manera alguna comporta, para quien recurre en alzada, la consagración de la exigencia de emplear fórmulas sacramentales que escapen del sentido común o de la razón de ser del requisito de fundamentar la impugnación o de

extenderse en el debate de puntos meramente accidentales, accesorios o consecuenciales.

Es principio lógico elemental que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Por manera que si una parte discrepa de un fallo por negar o por acceder a una pretensión elevada como principal, y además de referirse el apelante al derecho reconocido o desconocido por el fallador de primer grado, expone las razones jurídicas o probatorias de su disenso, es innegable que implícitamente también se está oponiendo a las condenas o absoluciones que son consecuencia de la resolución judicial. De modo que aun cuando, en aras de la previsión, resulte aconsejable identificar y razonar la discrepancia con relación a cada derecho controvertido, no pueden los falladores de segunda instancia abstenerse de estudiar una apelación aduciendo una supuesta o real ausencia de fundamentación de los derechos verdaderamente consecuenciales, siempre que el recurrente haya satisfecho cabalmente el requisito de sustentar su reparo con respecto a los derechos principales.

En el caso bajo examen la condena al pago de la indexación de las mesadas pensionales, impuesta en la sentencia de primera instancia, no puede entenderse como inescindida o separada de la condena al pago de la pensión de sobreviviente, dado que no sólo están inextricablemente ligadas, sino que aquélla es simplemente una simple consecuencia de ésta. De suerte que si el demandado fundamentó, por demás de manera amplia, las razones que lo llevaron a discrepar de la condena a la susodicha pensión, mal podría entenderse que se conformó con la condena al pago de la corrección monetaria de ésta. No comprenderlo así conduciría al absurdo de que si hubiese prosperado el cargo y lograra la absolución de la pensión impetrada como principal, sin embargo, dentro del razonamiento del fallo acusado, habría que sostener la condena a la indexación accesorio de las mismas mesadas so pretexto de no haberse sustentado la apelación en cuanto a ella".

Sobre esta temática, relacionada con las facultades del superior al conocer del recurso de apelación y del entendimiento de la "consonancia", del artículo 66^a del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social,

"Lo dicho, porque, sin hesitación alguna, autónoma y aisladamente no era posible abordar el análisis de los mentados intereses si no fuera porque la pretensa pensión se encontraba procedente. A contrario sensum, de no aparecer estimable la pensión de jubilación, de ninguna forma sería posible mantener la discutida condena al pago de los pregonados intereses. Siendo, entonces, la condena al pago de intereses moratorios consecuencial o accesorio a la del reconocimiento y pago de la pensión, la discusión de la procedencia del derecho pensional imponía entender, necesariamente, que abarcaba

las que dependían de ésta, esto es, se repite, entre otras, pues no sería la única, la de los intereses moratorios.

La Corte, en el caso citado por el recurrente (sentencia de 28 de abril de 2000. Radicación 13.644), ya se había pronunciado en el sentido de que la impugnación de las pretensiones principales de la demanda inicial supone la de las que le son accesorias o consecuenciales, las cuales no adquieren connotación distinta por el simple hecho de ser, como toda pretensión en derecho, susceptibles de tener un respaldo normativo particular o propio. Así se expresó la Corte en esa oportunidad:

"No puso en duda el Tribunal que el demandado sustentó el recurso de alzada en cuanto la condena que se le fulminó al pago de una pensión de sobreviviente a favor de la demandante. Pero se abstuvo de examinar la condena por indexación pretextando que no sustentó el apoderado del seguro social su inconformidad en este aspecto.

"Es indiscutible que el requisito de la sustentación del recurso de apelación contenido en el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984 rige en el proceso laboral, tal como lo ha adocinado esta Corporación en constante jurisprudencia. Pero conviene precisar que lo anterior en manera alguna comporta, para quien recurre en alzada, la consagración de la exigencia de emplear fórmulas sacramentales que escapen del sentido común o de la razón de ser del requisito de fundamentar la impugnación o de extenderse en el debate de puntos meramente accidentales, accesorios o consecuenciales.

"Es principio lógico elemental que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Por manera que si una parte discrepa de un fallo por negar o por acceder a una pretensión elevada como principal, y además de referirse el apelante al derecho reconocido o desconocido por el fallador de primer grado, expone las razones jurídicas o probatorias de su disenso, es innegable que implícitamente también se está oponiendo a las condenas o absoluciones que son consecuencia de la resolución judicial. De modo que aun cuando, en aras de la previsión, resulte aconsejable identificar y razonar la discrepancia con relación a cada derecho controvertido, no pueden los falladores de segunda instancia abstenerse de estudiar una apelación aduciendo una supuesta o real ausencia de fundamentación de los derechos verdaderamente consecuenciales, siempre que el recurrente haya satisfecho cabalmente el requisito de sustentar su reparo con respecto a los derechos principales.

"En el caso bajo examen la condena al pago de la indexación de las mesadas pensionales, impuesta en la sentencia de primera instancia, no puede entenderse como inescindida o separada de la condena al pago de la pensión de sobreviviente, dado que no sólo están inextricablemente ligadas, sino que aquélla es simplemente una simple consecuencia de ésta. De suerte que si el demandado fundamentó, por demás de manera amplia, las razones que lo llevaron a discrepar de la condena a la susodicha pensión, mal podría entenderse que se conformó con la condena al pago de la corrección monetaria de ésta. No comprenderlo así conduciría al absurdo de que si hubiese prosperado el cargo y lograra la absolución de la pensión impetrada como principal, sin embargo, dentro del razonamiento del fallo acusado, habría que sostener la condena a la indexación accesoria de las mismas mesadas so pretexto de no haberse sustentado la apelación en cuanto a ella.

"En consecuencia interpretó de modo erróneo el tribunal las normas citadas en la proposición jurídica, tal como con acierto lo reprocha la censura."

Por otra parte, debe decirse que el actual artículo 66 A del Código Procesal el Trabajo y de la Seguridad Social no impone perder de vista el fenómeno de la acumulación de pretensiones como propicio al proceso laboral, acumulación que, por contera, obliga a que, en cada caso, se observe la naturaleza jurídica de las pretensiones acumuladas para de allí concluir si la impugnación de una de ellas conlleva o no, necesariamente, al estudio de otra u otras.

Al respecto, cabe recordar que las pretensiones llamadas consecuenciales o accesorias son aquellas que están sujetas o condicionadas a la prosperidad de una anterior de cuya subsistencia derivan la propia, como indudablemente es el caso de los intereses de mora que subsisten en tanto exista el derecho pensional. Por manera que, para las resultas del proceso laboral, tan solo en la medida en que fuere acogida la pretensión pensional, sería posible abordar el análisis de la accesoria o consecuencial de los intereses moratorios. Al punto que, de no condenarse al pago de las dichas mesadas pensionales, ni remotamente sería dable imponer el pago de sus réditos.

Lo anotado conduce a colegir que resultando desestimada la pretensión pensional por el juez de primer grado, o, al contrario, acogida por éste tal pretensión, la apelación de una u otra parte que versara sobre la existencia del derecho pensional, como en este caso ocurrió, cobijaba la decisión sobre las pretensiones que de ella se derivaban o le eran consecuenciales.

Esa la razón para que, entre otras, cuando la apelación se ha interpuesto contra una o varias de las decisiones contenidas en la sentencia, las demás se puedan ejecutar, 'excepto cuando sean consecuencia de las apeladas', tal y como paladinamente lo expresa el artículo 354 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los juicios del trabajo por la remisión de que trata el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, pues, en términos de la norma, el superior tiene competencia para confirmar, revocar o reformar, tanto la decisión que hubiere estimado o desestimado la pretensión principal, como las que acogieron o negaron las que de ella se derivan.

La regla de consonancia a que alude el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que reza que 'la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de los autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso', disposición que como es sabido la Corte Constitucional encontró conforme a la Carta Política en sentencia C-968 de 2003, y en cuyos apartes explícitamente consideró que "el principio(sic) de consonancia consagrado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2002, no puede ser interpretado en el sentido restringido ya analizado, sino de manera tal que su significado se avenga a los dictados de la Constitución" (subrayado fuera de texto), no desconoce el derecho que asiste a la parte actora de formular en un mismo libelo una pluralidad de pretensiones que por razón de su conexidad, dependencia o afinidad pueden ser decididas en el mismo proceso; ni conduce a entender, como lo sugiere el fallo del que me aparto, que el apelante, de no recurrir una a una las decisiones que le fueron desfavorables, se verá compelido a soportar los efectos de las que de no hacerlo se predicarían, siguiendo el fallo, 'en firme'.

Piénsese, por mero ejemplo, que para este caso prosperara la censura al reconocimiento del derecho pensional reconocido, pero que no se hubiere apelado la condena al pago de los intereses moratorios decretados por el juzgado a quo, cabría preguntarse entonces, se mantendría dicha condena so pretexto de no haber sido 'materia' de apelación? Considero que de ningún modo, pues ello sería tanto como decir—para otro caso valga la pena destacar—que si no se apeló de la condena al reintegro o al pago de la indemnización por despido sin justa causa, a pesar de resultar revocada la declaración judicial que califica el despido como injusto, ella o las demás que son consecuencia de aquélla se deben mantener por cuanto al no ser apeladas 'cobraron firmeza'.

Y qué decir cuando la situación resulte contraria a los intereses del trabajador, como por ejemplo, para proponer el caso contrario al aquí ocurrido, que éste logró provocar en la sentencia del juez de segundo grado la declaración de existencia del derecho pensional que negó el de primer grado, pero como no apeló de la decisión que absolvió al demandado de las mesadas causadas, las adicionales y los intereses moratorios derivados de aquéllas, se impondría concluir que su derecho pensional le sería reconocido con efectos tangibles sólo hacia el futuro. Lo ilógico de la solución, que no sería posible superar 'construyéndose' un procedimiento distinto por tratarse en ese caso del trabajador, pues el proceso es uno sólo y de orden público, me afianza en la necesidad de apartarme del criterio trazado en la sentencia.

Es por lo dicho que debo insistir en que la regla de consonancia introducida al procedimiento laboral por el hoy artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social no es de carácter absoluto ni meramente objetivo, y no se le puede 'restringir', como afortunadamente aquí lo dijera la Corte Constitucional, aun cuando apenas para mencionar el obvio y necesario respeto a los derechos mínimos laborales, al examen físico de coincidencia entre lo fallado y lo apelado, dado que, así no parezca muy pertinente lo debo reconocer, la consonancia, expresión de la literatura musical, es una noción 'subjética' que 'depende' de circunstancias culturales, según las cuales se consideran ciertos intervalos musicales más armónicos que otros. Y aquí, dicha consonancia está atada a la naturaleza jurídica de las pretensiones que fueron acogidas o negadas por el juez de primer grado, cuestión que no se puede eludir, sencillamente, haciendo un ejercicio de reflejo físico entre la decisión de primera instancia y el recurso de alzada.

Por último, debo también resaltar que para este caso la apelación no fue única sino plural, es decir, de ambas partes, de suerte que, con independencia de las consideraciones antedichas, la restricción a la competencia del superior que por fuerza del artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social se imponía, se vio superada por la regla de que trata el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil que otorga al juez de segundo grado competencia plena para resolver sin limitaciones, que en este aspecto también considero sigue siendo aplicable a los juicios del trabajo, ya que en nada desdice de la llamada 'reformatio in pejus', según voces vigentes del segundo inciso del artículo 31 de la Constitución Política.

En suma, como lo planteé en su momento, debió rectificarse el criterio asentado anteriormente por la Corte, particularmente, en sentencias de 22 de septiembre de 2005 (Radicación 25.177) y 8 de febrero de 2006 (Radicación 26314), como quiera

que, se repite, el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social no desconoce la inescindibilidad de ciertas pretensiones de la demanda y la necesidad de entender que cuando una de las principales se apela, la impugnación comprende las que a ésta le acceden, para de esa forma no tener que llegar a mantener, como resultó en el caso estudiado, una sanción que en criterio reiterado de la misma Corte, no tiene un expreso respaldo legal".

2.3. RECURSO DE QUEJA.-

Anteriormente denominado recurso de hecho, que se aplica en el procedimiento laboral y de la seguridad social, por disposición de los artículos 62 y 145 del estatuto adjetivo del trabajo, pero sus reglas son las establecidas en los artículos 377 y 378 del Código de Procedimiento Civil.

Así, según el artículo 68 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se puede formular queja cuando el juzgado niega el recurso de apelación, o cuando el tribunal niega el recurso de casación; de manera que por el mismo se solicita al superior funcional que estudie los motivos de la negativa en la concesión del recurso de apelación o de casación y si lo encuentra mal denegado, lo conceda, debiéndose remitir el expediente original al Tribunal o a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según el caso.

No puede interponerse recurso de queja, cuando el juez de primera instancia declara desierto el recurso de apelación, según lo expuesto por la Corte Constitucional, en sentencia T-433 de 2000, en la que así se pronunció:

"...por no haberse "denegado" el recurso de apelación por la juez de primera instancia, sino "declarado desierto el recurso", al entender que con la actuación desplegada por el recurrente, éste no fue interpuesto; el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, no era competente para conocer del precitado recurso, pues el contenido de la norma es claro en cuanto a que su procedencia queda limitada cuando quiera que el recurso de apelación se ha negado. ..."

2.4. RECURSO DE SÚPLICA.-

Se halla consagrado en el artículo 62 del Código Procesal del trabajo y de la Seguridad Social, pero no halla regulación en el mismo estatuto procesal, razón por la cual deberán aplicarse las normas que lo regulan en el proceso civil, a tenor de lo previsto en el artículo 145 del Código Procesal, es decir, los artículos 363 y 364 del Código de Procedimiento Civil; aunque hay quienes afirman que no procede en materia laboral, ya que según el artículo 15 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, los autos interlocutorios de segunda instancia que podrían ser susceptibles de apelación, son dictados por la sala y no por el magistrado ponente, verbigracia, el auto que resuelve la apelación, la queja y los que resuelvan conflictos de competencia; en tanto que el ponente sólo dicta autos de sustanciación, los cuales no tienen ningún recurso.

El recurso, según el Código de Procedimiento Civil, procede contra autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el magistrado ponente en la segunda o única instancia, o durante el trámite de la apelación de un auto y sobre el que resuelve el recurso de casación, debiéndose interponer ante el magistrado que siga en turno, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto, expresando las razones de su descontento. Del escrito se da traslado por secretaría a la parte contraria, vencido el cual, pasa a despacho del magistrado que debe decidirlo, quien actúa como ponente al resolverlo, sin que contra la decisión que resuelva la súplica proceda recurso alguno, salvo su aclaración o complementación.

2.5. ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES.-

A través de este recurso se persigue la anulación u homologación del laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento, dentro un conflicto colectivo económico o dentro de un conflicto de carácter jurídico. Es así como, en tratándose de conflicto colectivo económico (obligatorios), el conocimiento es de la Sala de Casación Laboral de la Corte, y si se trata de laudos que solucionen conflictos jurídicos, el conocimiento es de las Salas Laborales de los Tribunales Superiores – artículo 10 de la ley 712 de 2001, que modificó el artículo 15 del Código de Procedimiento Laboral. El recurso se interpondrá dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del laudo, debiéndose remitir por el Tribunal de Arbitramento, dentro de los dos (2) días siguientes a la Corte Suprema o al Tribunal que corresponda. Las causales están consagradas en el artículo 142 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, mismas que coinciden con las señaladas en el artículo 38 del decreto 2279 de 1989. Es de resaltar que cuando se trata de laudos que resuelven conflictos jurídicos, como consecuencia de haberse celebrado compromiso o pactado cláusula compromisoria, quien pretende la anulación, persigue la modificación o revocatoria del laudo y el Tribunal que estudia el recurso, podrá homologarlo o sea confirmar la decisión arbitral o anularlo y emitir la nueva decisión, actuando así la corporación como tribunal de instancia. Cuando el laudo se dicta como consecuencia de la imposibilidad de empleador y organización sindical, en firmar convención colectiva o en conflictos colectivos de empresas de servicios públicos esenciales, es decir, los conflictos económicos, la anulación pretende la revisión del laudo y si prospera que se declaren nulas las partes que violen en forma flagrante la –Constitución o la Ley o anteriores convenios colectivos celebrados. Si la Corte encuentra acorde a las normas citadas, lo homologará. Si la Corte encuentra que no se decidieron algunas de las cuestiones indicadas en la convocatoria del tribunal de arbitramento, lo devuelve el expediente a los árbitros para que se pronuncien sobre ellas, sin perjuicio de que decida si homologa o anula la parte ya estudiada. Después de que el tribunal haya cumplido lo ordenado por la Corte, ampliando el laudo, procede contra esa decisión la anulación de todas sus reglas.

2.6. CASACIÓN.-

Recurso extraordinario, cuya finalidad es que la Corte Suprema de Justicia quiebre la sentencia de segundo grado y actuando en sede de instancia dicte la nueva providencia reemplazando la proferida por el tribunal; en consecuencia, al controlar la legalidad de las decisiones de los tribunales, cumple con mantener la exactitud y uniformidad de la interpretación jurisprudencial, a más de que procura la reparación de los agravios inferidos a las partes con la sentencia recurrida.

Procede contra sentencias en segunda instancia proferidas por los tribunales superiores – o contra las de primera instancia, en casación *per saltum*-, en procesos cuya cuantía exceda de 120 veces el salario mínimo legal mensual vigente, y se interpone ante el Tribunal, mediante escrito que no requiere sustentación, dentro de los 15 días siguientes a la fecha de la providencia atacada.

El Tribunal estudia la viabilidad del recurso teniendo en cuenta la clase de proceso; el interés para recurrir, es decir, la cuantía del agravio causado al recurrente con la decisión de segunda instancia; y la oportunidad de interposición.

La sustentación del recurso se hace ante la Corte Suprema de Justicia, conforme a lo previsto en los artículos 87 y 90 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, debiéndose acudir en todo caso, a las causales expresas exigidas para tal fin y se debe presentar una demanda que cumpla con los requisitos formales exigidos en la ley procesal.

En consecuencia, la casación no es una tercera instancia, en donde puedan estudiarse planteamientos, hechos y pretensiones de la demanda o de la totalidad del debate probatorio. En este recurso se presenta un debate entre la sentencia impugnada y la ley, y es de cara a ese enfrentamiento que la Corte decide impugnar o no la sentencia acusada.

LA PROTECCIÓN DEL DEBIDO PROCESO EN LA CASACIÓN DEL TRABAJO

JOSÉ ROBERTO HERRERA VERGARA

Expresidente de la Corte Suprema de Justicia.

1. Introducción

2. Antecedentes remotos
3. Protección constitucional
4. La violación de normas procesales
5. La nulidad en casación del trabajo
6. La violación medio en la casación del trabajo como causal jurisprudencial de infracción de normas procesales

1. Introducción

El debido proceso es un instrumento de gran valía para la defensa de derechos fundamentales y para el cabal cumplimiento de la función judicial. Para las partes involucradas en una relación jurídica procesal es un mecanismo de la mayor utilidad en aras de un proceso justo y ajustado a los parámetros constitucionales y legales, y para el juez no sólo es un deber de ineludible ejecución, sino el canal inexorable a través del cual debe conducir su actividad hasta llegar a la solución del conflicto jurídico sometido a su conocimiento.

Infortunadamente, unas veces por falta de conocimiento y otras por desidia de los defensores de las partes en los procesos judiciales, se cree en forma equivocada que la real defensa del debido proceso es exclusiva de los mecanismos legales de protección instituidos por los estatutos procesales para las instancias o a través de la acción de tutela, pero que el recurso de casación no es un instrumento idóneo para el amparo del debido proceso porque las causales que gobiernan ese recurso extraordinario, principalmente enfocadas a corregir violaciones de normas sustanciales, son taxativas y en demasía restringidas. Este breve ensayo persigue explicar someramente cómo, al menos en los tiempos modernos, esa es una concepción errónea y sin asidero alguno dado el ingente esfuerzo jurisprudencial laboral colombiano, desde luego sin arribar a excesos inadmisibles que pugnen con la indispensable seguridad jurídica.

2. Antecedentes remotos

Aun cuando inicialmente el derecho romano fue reacio a que una sentencia firme fuese objeto de un medio de impugnación, ulteriormente abrió las puertas para que aquellas que adolecían del defecto de haber sido pronunciadas con infracción de normas procesales, no produjesen en forma absoluta los efectos de cosa juzgada. Así se diseñó la figura de la *querella nullitatis* instrumentada como mecanismo para controlar las violaciones de normas procesales. Ya en la época imperial la labor judicial fue elevada al rango de función pública, con la consiguiente ampliación de poderes pero con el contrapeso de medidas de control ante la humana posibilidad de quebranto de disposiciones, lo que daba lugar a recursos, sin perjuicio de la "acción" de nulidad que podía ser interpuesta *sine die* contra cierta clase de decisiones.

La dicha acción revestía dos modalidades: (i) La proveniente de errores jurídicos trascendentes y graves que causaren grave injusticia y (ii) las violatorias del *jus constitutiones*, instituida precisamente por los emperadores para la prevenir violaciones de sus mandatos por parte de los funcionarios locales con poder jurisdiccional, con una clara connotación política. Bajo el imperio de Justiniano se crearon mecanismos de control de decisiones judiciales: (i) la *restitutio in integrum*, a la que muchos autores asignan ser el ancestro jurídico del recurso de revisión y la *querella nullitatis insanabilis*, instituida precisamente para combatir la sentencia no recurrible por otros medios, pero atacable inicialmente para combatir vicios de procedimiento, principalmente atinentes a defectos en los presupuestos procesales, en la forma de la demanda, en el proceso, en la sentencia, o por contener resoluciones *extra, ultra o mínima petita*, por contener resoluciones contradictorias, por falta o exceso de poder. En síntesis se trataba de faltas cometidas al momento de constituirse la relación jurídica procesal o bien durante el transcurso del proceso que se remediaban mediante el ejercicio de una acción cuya consecuencia era una *sentencia nulla* con efectos declarativos. Pero posteriormente se amplió como medio de impugnación también contra decisiones contrarias a derecho o al *jus constitutionis*, o en fin, en voces de Chiovenda, sirvió de instrumento para garantizar "la exacta observancia de la ley por parte del juez y para impedirle hacer obra de legislador".

3. Consagración normativa del debido proceso

El debido proceso tiene fuentes normativas expresas en instrumentos jurídicos internacionales y en el derecho interno. En el plano internacional

está instituido en la declaración de los derechos del hombre y el ciudadano de 1789, en la declaración americana de los derechos y deberes del hombre de 1948, en la declaración universal de derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950, en el pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966 y en la Convención americana sobre derechos humanos de 1969 (Pacto de San José).

En el derecho interno, en el artículo 29 de la Constitución Política, en la ley estatutaria de administración de justicia y en los respectivos estatutos procesales.

Como lo expresó la Corte Constitucional en sentencia C-140/95, el control del debido proceso debe ser del resorte de cada especialidad jurisdiccional:

"Ahora bien, ¿Qué se entiende por formas propias de cada juicio? Pues son las reglas -señaladas en la norma legal- que, de conformidad con la naturaleza de cada juicio, determinan cada una de las etapas propias de un proceso y que, a su vez, se constituyen en las garantías de defensa y de seguridad jurídica para los intervinientes en el respectivo litigio. Esas reglas, como es lógico, deben ser establecidas única y exclusivamente por el legislador, quien, consultando la justicia y el bien común, expide las pautas a seguir -con fundamento en la cláusula general de competencia y, generalmente, a través de códigos (Art. 150-2 C.P.)- dentro de cada proceso judicial. Es así como los procesos laborales, por ejemplo, contienen procedimientos que difieren de lo dispuesto para los asuntos penales, o los administrativos, o las controversias relativas al derecho de familia. Pero, además, debe tenerse en consideración que al Congreso no le compete tan sólo expedir esas reglas: le corresponde ante todo determinar la naturaleza de cada juicio para, con base en ello, entonces sí establecer los procedimientos adecuados. Esto significa que no podría argumentarse que una determinada Ley desconociera la naturaleza, por ejemplo, de un proceso civil o de uno comercial, pues -se reitera- es el mismo legislador quien de forma autónoma e independiente señala en qué consisten y en qué se basan dichos procesos, teniendo como única limitante los preceptos constitucionales. Por lo mismo, mal podría argumentarse que el órgano legislativo no puede si lo juzga oportuno modificar sustancialmente ciertos procesos. En efecto, así como a lo largo de la historia jurídica se han creado procedimientos nuevos -como, por ejemplo, en épocas recientes, el relativo a la jurisdicción agraria-, nada obsta para que el legislador, dentro de su autonomía e independencia, pueda alterarlos, adicionarlos o inclusive, retirarlos del ordenamiento. Las razones prácticas o de conveniencia que esa decisión conlleve, corresponde determinarlas al Congreso de la República y, por lo mismo, el juez de constitucionalidad no tendría competencia para evaluarlas".

4. La violación de normas procesales

Es innegable que la verdadera configuración y finalidad del recurso de casación, desde su establecimiento en Francia en 1790, ha girado

principalmente alrededor de la necesidad de controlar defectos de naturaleza sustantiva, lo que tiene íntima relación con el carácter político primigenio del recurso extraordinario, en la medida en que las decisiones judiciales que desbordaran el marco legal, acarrearaban evidente peligro para el poder legislativo. Por tanto, la génesis de la posibilidad excepcional de control de las faltas de estirpe probatoria de los juzgadores no se halla en la casación francesa sino que tiene raíces romanistas, con la *querella nullitatis*.

En la historia casacional premodernista, los sistemas que ya bien por obra del legislador, ora de la jurisprudencia, han admitido la impugnación en casación de faltas procesales, lo han hecho con carácter restrictivo, esto es, sin incluir todas las posibles infracciones de esa naturaleza, sino reservándolas a las causales taxativamente constitutivas de nulidad, tal como desde antiguo lo tiene consagrado la casación civil colombiana.

Algunos sistemas jurídicos también han instituido recursos contra "*injusticia notoria*" para salirle al paso a la cosa juzgada formal de las sentencias, pero ello no guarda identidad con la casación por fallas de índole procesal.

Conviene hacer una referencia a la casación española sobre el tema, dado que si bien todos los sistemas casacionales tienen origen en el francés, el nuestro halla su código genético en el español, que desde 1812 admitió la clasificación de las trasgresiones denunciabiles en errores *in iudicando* y errores *in procedendo*.

La ley de enjuiciamiento civil de 1991 adoptó una postura ecléctica entre las posiciones radicales sobre la necesidad de establecimiento de una lista tasada de infracciones procesales denunciabiles en casación y la que proclamaba la tipificación de un motivo genérico, susceptible de ser interpretada por la jurisprudencia. La causal primera consagra el motivo general de infracción de la ley o de la doctrina legal, la cual abarca tanto la violación directa de las normas sustantivas, como de otras de regulación procesal, tales como, cuando el fallo (i) no sea congruente; (ii) sea ultra, extra petita o minima petita; (iii) sea contradictorio en la parte resolutive; (iv) desconozca la cosa juzgada. Ese listado fue ampliado en la reforma de 1984 que incluyó como causal el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte.

En España, tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional, han desarrollado el tema fincados, en especial este último, en el concepto de la

indefensión, tratando de precisar su alcance, no siempre con resultados afortunados. En tal evolución, como lo anota Carlos Martín Brañas, en su obra *"El recurso de casación civil por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales"*, se ha pasado de una primera fase caracterizada por un sentido amplio y genérico acuñado por el Tribunal Constitucional, a una segunda, descriptiva de la indefensión acompañada de requisitos añadidos, y posteriormente a una tercera, que sin abandonar la impronta descriptiva, estaría soportada en instituciones procesales concretas (emplazamiento, prueba) con exigencias específicas para cada una, y una cuarta, en que prescindiendo de los pasos anteriores simplemente se declara *ad hoc* la existencia o no de la indefensión, lo que ha llevado a diversos doctrinantes a aseverar que en cuanto a la ella cada asunto es un mundo distinto.

Con la reforma de 1984 el concepto de indefensión amplía su ámbito de aplicación al pasar de supuestos de denegación de diligencia de prueba a comprender cualquier violación de norma procesal esencial, o dicho de otro modo, como la ruptura del necesario equilibrio en que se apoya la existencia misma del proceso.

En Italia, desde la reforma de 1942, se instaura como causal genérica la nulidad tanto de la sentencia como del procedimiento, pero no en un sentido reducido a las infracciones meramente formales sino a aquellas denominadas procesales de carácter material.

5. La nulidad en la casación del trabajo

En el pasado, la nulidad fue causal de casación laboral desde la vigencia del artículo 60 del Decreto 528 de 1964 cuando se había incurrido en alguna de los motivos señalados en el código de procedimiento civil, con tal de que no hubiere sido saneada. Pero en la casación del trabajo esta causal, al igual que la 5ª de la casación civil, fue abolida, a nuestro juicio injustificadamente, por el artículo 23 de la Ley 16 de 1968, pues es indiscutible que los motivos de nulidad se fundamentan en la imperiosa necesidad de salvaguarda del debido proceso, tan esencial en todo proceso, son cabal desarrollo del artículo 29 de la Constitución Política de 1991, conforme al cual *"nadie puede ser juzgado*

sino conforme a las Leyes preexistentes al acto que se le impute ante el juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio".

En ocasiones la jurisprudencia laboral ha concluido que por no estar contemplada la nulidad como causal de casación, las circunstancias contempladas en la ley procesal constitutivas de esta figura no dan base para estructurar una acusación:

"La nulidad no está consagrada, por sí sola, como causal para estructurar un cargo en la casación laboral. Esta Sala de la Corte, en sentencia de 14 de mayo de 1990, Rad. 3766, en asunto que guarda similitud con el presente, tuvo oportunidad de exponer lo siguiente: "Pero de cualquier modo, ni siquiera planteándola técnicamente como violación de medio, jamás procedería revivir en casación una acusación de nulidad ya resulta como incidente en las instancias. Ello porque si son inadmisibles incidentes similares a los ya propuestos y decididos (CPC, art 136 y CPL, art. 145), con más veras es inaceptable buscar infirmación de un fallo con fundamento en una causal de nulidad denegada cuando fue alegada ante el juez de la causa" (Sentencia de 4 de abril de 1994, rad. 6283).

No obstante, también se ha asentado:

"Los errores in procedendo no constituyen causal de casación en materia laboral después de la derogatoria que hizo el artículo 23 de la Ley 16 de 1968, del artículo 60 del Decreto 528 de 1960, que había establecido como causal tercera la de haberse incurrido en las nulidades previstas en la ley 105 de 1931. Se volvió así al sistema original del Código Procesal del Trabajo (Decreto 2158 de 1948), tema sobre el cual dijeron sus redactores: <Se suprimen las causales de casación por errores in procedendo, para dejar como principal la de errores in iudicando, por infracción de la ley sustantiva. Sin embargo la jurisprudencia de la sala de Casación Laboral ha admitido que dentro de la causal primera de casación pueda plantearse la violación de la ley a través de errores in procedendo, siempre que estos hayan sido planteados en las instancias e incidan en la infracción de las normas sustanciales" (Sentencia de 2 de diciembre de 1983, rad. 8799).

Sin embargo, en nuestro criterio una sentencia donde se suplanta al juez natural o se viola el debido proceso, es doblemente injusta. En tales hipótesis se está en presencia de una irregularidad fundamental y no meramente adjetiva o intrascendente, que no solamente infringe una expresa y preciosa garantía constitucional, sino un derecho fundamental, por eso se amerita su restablecimiento en la casación laboral y de seguridad social, como existe en la casación civil, sin que la posible congestión que ello pudiese generar sea más grave que los enormes males que ocasiona a esta especialidad su ausencia legal, la que afortunadamente en gran medida ha sido suplida por la jurisprudencia.

6. La violación medio en la casación del trabajo colombiana como causal jurisprudencial de infracción de normas procesales

Conviene insistir como cuestión preliminar en que en principio los meros desaciertos *in procedendo* no son enjuiciables en la casación del trabajo y la infracción de normas procesales no está consagrada taxativamente como causal en nuestro ordenamiento legal. No obstante, desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo de la década de los cincuenta, se admitió el ataque por violación de normas procesales cuando tal infracción conducía al quebranto de disposiciones sustantivas laborales que debían denunciarse expresamente como violadas. Desde entonces se estimó que la primera violación es de medio, pues la verdadera y efectiva es la de la norma laboral sustantiva. (Gaceta del trabajo, núm. 5 a 16, pág. 267). Así mismo, la Sala Laboral de la Corte en sentencia del 5 de agosto de 1958 (G. del T. LXXXVIII, núms. 2199, 2200, pág. 894 y 895) precisó que cuando la infracción de la norma procesal incide sobre una de carácter sustantivo, hace impugnabile la sentencia, porque el señalamiento de la primera constituye la premisa de la violación de la segunda, ya que por este medio el error *in procedendo* se convierte en el presupuesto inseparable del error *in iudicando*.

Pero nótese que la jurisprudencia no abrió las puertas a la posibilidad de que toda falta procesal fuese vehículo para alcanzar la violación de una ley sustancial y por ende lograr el quebrantamiento del fallo, pero al pretender esclarecer cuáles poseen ese atributo, ha habido notorias imprecisiones.

Como se expresara en nuestro artículo sobre la historia de la casación del trabajo publicado con motivo de honrosa invitación de la Corte Suprema de Justicia al conmemorarse los 120 años de la casación en Colombia, los primeros pronunciamientos en esta materia admitieron la posibilidad de que los errores en la aplicación de las disposiciones procesales que gobiernan la producción de las pruebas o su aducción al proceso fueran denunciabiles, con tal de que igualmente se acusaran las sustanciales violadas como consecuencia del primer desacierto. Así, en sentencia de 3 de marzo de 1949, G del T. t IV, núms. 29 a 40, pág. 158, se dijo:

"no debe olvidarse que el recurso de casación fue instituido, como lo dice claramente la Ley, para unificar la jurisprudencia nacional en asuntos laborales(...) las normas adjetivas sobre pruebas pueden servir de medio para la violación de una sustantiva que consagre derechos. Es decir, la transgresión de la adjetiva sirve de vía que conduce a la violación de la sustantiva que es la única que puede considerarse en casación, por versar este recurso acerca de los preceptos de esta última categoría y no de los de aquella."

Al poco tiempo se permitió acusar otras infracciones *in procedendo*.: Sentencia de 21 de noviembre de 1950, G del T, t V, núms.. 41 a 52, pág. 983:

"el ataque por errores en procedendo, o de orden en la conducta procesal que debe observar el juzgador, conducta encaminada a hacer efectivo el derecho, se ha dicho en repetidas sentencias del Supremo Tribunal del Trabajo, es procedente en la casación laboral, cuando se señalan infringidas como consecuencia de aquellas violaciones, normas de carácter sustantivo laboral"

Pero hubo vacilaciones con tesis apegadas a la literalidad de las causales: Sentencia de 3 de abril de 1951, G. del T, t. VI, núms. 53 a 58, p. 178:

"No señala el recurrente ninguna disposición sustantiva de carácter laboral como violada, lo cual sería suficiente para rechazar el cargo, y además plantea un error in procedendo, que no da lugar en materia laboral, pues el Decr. 2158 de 1948, sobre procedimiento en los juicios del trabajo, suprimió las causales por errores de esa especie, como bien lo anotan los autores del mencionado Decreto en la presentación que de él hicieron"

Posteriormente se retornó a la pertinencia de la violación medio, pero con la aclaración de que también puede originarse en errores de hecho o de derecho: Sentencia de 30 de junio de 1959.

"La violación directa de unas disposiciones legales no puede determinar la indirecta de otras. La violación de normas de procedimiento es simplemente una violación medio, entendiendo por tal la que incide en la transgresión de preceptos sustantivos. Pero si la violación ocurre a través de errores hecho o derecho en la apreciación de las pruebas, es siempre indirecta, tanto respecto de las procesales como de las disposiciones materiales o sustantivas"

Otros pronunciamientos creyeron equivocadamente que la violación medio sólo se estructura por el sendero directo: Sentencia de octubre 2 de 1989, rad. 3285- Sección Segunda.

"En la casación laboral solamente son acusables, en principio los llamados errores de juicio o in indicando y no los errores de construcción o in procedendo. Sin embargo, de tiempo atrás se ha admitido jurisprudencialmente el que se acuse como violación medio el quebranto directo de normas procesales como las que gobiernan el debido proceso y las ritualidades en la aducción de la prueba, cuando a través de tales normas instrumentales se llega finalmente a la violación de normas sustantivas, o sea, aquellas realmente atributivas de los derechos laborales. En estos

casos, y como es a penas obvio, no estará completa la proposición jurídica del cargo si no se incluyen tanto los preceptos procedimentales pertinentes como las normas que reconocen, modifican o extinguen los derechos laborales litigados"

Se precisó posteriormente la procedencia: Sentencia de 2 de diciembre de 1997, rad. 10157.

"La crítica de carácter técnico que hace la entidad opositora no es admisible, porque desconoce que una decisión judicial puede ser violatoria de la Ley sustancial como consecuencia de la violación de otra norma no sustancial. En una situación como esa, el cargo en casación debe comenzar por demostrar la manera como se produjo la transgresión de la norma no sustancial, y debe también demostrar, necesariamente, la incidencia de esa violación en la Ley sustancial laboral. Es lo que se ha llamado violación medio o puente, atenuada en parte, por las sucesivas normas que se han dictado en materia de descongestión judicial".

Se advirtió que la violación medio no enmendaba el quebranto de toda norma procesal: Sentencia de mayo 22 de 2002, rad. 18276.

"Si bien la jurisprudencia de esta Sala ha aceptado la violación medio de normas adjetivas como vehículo para alcanzar el quebranto de las normas sustanciales, ello no se puede extender a todo tipo de trámites insatisfechos a juicio de la parte recurrente en casación, sino estrictamente referido a los eventos precisados por la jurisprudencia y siempre que se observe una omisión o actuación claramente imputable al juzgador y no a las partes, que afecte el núcleo del derecho sustancial litigado. Nótese que la casación laboral, a diferencia de la civil, no contempla dentro de sus causales las nulidades procesales."

A pesar de vacilaciones recientes, en sentencia de 3 de octubre de 2006, rad. 27622, se retornó al camino correcto:

"En primer término se impone la Corte precisar que de antaño ha adocinado que cuando una sentencia se ataca por violación medio la vía debe ser la directa, toda vez que antes de incurrir el

sentenciador en un equivocado entendimiento de los hechos por suposición o preterición de la prueba, que es lo que estrictamente puede conducir al error de hecho manifiesto, lo que en realidad infringe es la Ley instrumental que gobierna la prueba. Así se encuentra presentado el cargo por la recurrente. Empero, en reciente pronunciamiento la Corte rectificó su posición en el sentido de expresar que, aunque se reproche el fallo por violación medio, si el cargo invita a la Sala a acudir a las pruebas o piezas procesales para confrontar el posible yerro en que incurre el Tribunal, la vía es la indirecta porque se debe efectuar una valoración fáctica, probatoria o surge de la labor de percepción de una pieza procesal. En caso contrario, el ataque será por la vía de puro derecho, esto es, la directa. (Rad. 25232 del 30 de diciembre de 2005)".

Otro tema que no ha sido pacífico en la jurisprudencia es el que concierne con la vía escogida en los cuestionamientos por violación medio. Al respecto siempre hemos estimado que "si bien el ataque por violación medio debe enderezarse prioritariamente por el sendero de puro derecho, porque antes de incurrir el sentenciador en una equivocada valoración de los hechos, por suposición o preterición de la prueba, quebranta la legalidad procesal, no es menos verdadero que cuando para esa misión resulta indispensable que la Corte examine hechos, no aceptados por el Tribunal, y por ende sea menester sumergirse en las pruebas o piezas procesales del juicio, sin duda el origen del vicio se hallará en éstas y por tanto será deber ineludible del impugnante, como cuestión preliminar, demostrar el desacierto de facto manifiesto, como vehículo insustituible para alcanzar la infracción de los preceptos sustanciales, igualmente enlistados en la proposición jurídica".

En consecuencia, un cargo por violación medio habrá de encauzarse por la vía indirecta en casos en que el recurrente, contrariando las conclusiones fácticas del tribunal, alegue, verbigracia, que no se dio por demostrada alguna pretensión que aparece en la demanda introductoria, que sí se decretó determinada prueba, que sí se cumplió con una formalidad, que sí se sustentó la apelación sobre una petición, etc.

Todo lo dicho en precedencia hace evidente que si bien la violación del derecho de defensa o del debido proceso no han estado expresamente contemplados en la legislación casacional como causal expresa dichos vacíos han sido suplidos por la jurisprudencia laboral, pero si bien han sido ejercitados por litigantes, no se ha hecho con la frecuencia que realmente se amerita. Pero incluso podría afirmarse, sin temor a errar, que la amplitud de la jurisprudencia laboral de los últimos años, que ha posibilitado que el amparo en casación de esos derechos fundamentales es más extenso que en otras ramas del derecho o en otras latitudes donde sí está contemplado como causal explícita la violación de las formas esenciales del juicio. Desde luego que en ocasiones la corte de casación no puede efectuar el análisis de un cargo por este medio que algunos denominan la tercera causal de casación laboral, debido a la defectuosa presentación de las acusaciones, pero ello de ninguna manera da pie para concluir que no estén sentadas las bases jurisprudenciales para una adecuada utilización de esta excelsa prerrogativa, íntimamente vinculada a la salvaguarda del debido proceso, sin que se llegue al extremo de pensar que cubija toda clase de vicios de procedimiento.

Eso sí debe admitirse que, como lo anotamos en estudio anterior sobre el tema, conviene precisar el concepto de la privación o limitación sustancial del derecho de defensa o del debido proceso, lo que supone un reto descomunal, dada su gran complejidad, y aún logrado el objetivo suele desdibujarse al aplicarlo en la práctica. El esfuerzo de un catálogo legal limitado de hipótesis igualmente deviene inacabado desde el amplio enfoque constitucional que impera en Colombia de cara al artículo 29 de nuestra Constitución Política, pues siempre será pretexto para hallar casos adicionales que desborden su contenido esencial.

Pero algunos amparos al debido proceso resplandecen sin que sea menester un análisis exhaustivo; ya que la ruptura manifiesta y radical del equilibrio natural del proceso que lleva a una sentencia injusta, entraña una inadmisble infracción material y no

simplemente una lesión de una regla formal. Naturalmente, las lesiones graves a los principios rectores del proceso, la casi totalidad de las causales de nulidad, y en especial violaciones a la jurisdicción, a la competencia, a la representación, a la esencia de las notificaciones, a las ritualidades probatorias fundamentales, a las normas sobre producción y aducción de las pruebas, a la carga de la prueba, al trámite de la acción, a la doble instancia, a la congruencia, a las reglas elementales de la sentencia, planteadas oportunamente, determinantes en la resolución y que lesionen la *ratio decidendi*, deben quedar debidamente amparadas.

2.7. REVISIÓN.-

Se presenta cuando una autoridad judicial revisa una sentencia ya ejecutoriada (proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Salas Laborales de los Tribunales Superiores y los jueces laborales de circuito, dictadas en procesos ordinarios)- artículo 30 ley 712 de 2001-, y si encuentra que se dan las causales fijadas en la ley –artículo 31 ley 712 de 2001 y artículo 20 ley 797 de 2003, la anula y emite nueva providencia. El recurso deberá presentarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la sentencia penal, pero que no exceda de cinco (5) años contados a partir de la sentencia laboral o la conciliación, si se trata de alguna de las cuatro causales de la ley 712 de 2001. Si la causal es la señalada en la ley 797 de 2003, para revisión de pensiones concedidas por fuera de la ley, el término es el señalado en el artículo 32 de la ley 712 de 2001, según lo asentó la Corte Constitucional en sentencia C- 835 de 23 de septiembre de 2003, o sea cinco (5) años contados a partir de la sentencia que puso fin al proceso laboral. Se presenta ante la autoridad competente, mediante demanda que debe contener los requisitos de que trata el artículo 33 de la ley 712 de 2001. Si la demanda se presentare fuera de término o con falta de los requisitos formales el recurrente será multado de 5 a 10 salarios mínimos.

2.8. EL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA.-

Consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, como una revisión oficiosa de la sentencia de primera instancia, siempre que la misma haya sido adversa al trabajador, a la Nación, al Departamento o al Municipio, siempre que no haya sido apelada. Algunos sostienen que la consulta es una apelación de oficio; pero en realidad, la consulta no es un recurso, de modo que no hay apelante y por ello, la competencia del juez es plena, en tanto goza de atribuciones suficientes para reformar y aún revocar el proveído que se somete a su conocimiento; debiéndose tener en cuenta, en todo caso, el interés que con ella se busca tutelar, a fin de establecer, hasta dónde podría llegar el juzgador en el momento de introducir cambios a la providencia en cuestión. Con la modificación introducida por el artículo 14 de la ley 1149 de 2007, se extiende la consulta a los casos de sentencias adversas al afiliado o beneficiario, entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, debiéndose informar en éste último caso al Ministerio del ramo respectivo y al Ministerio DE Hacienda y Crédito Público sobre la remisión del expediente al superior.

CASO No. 4.

NO SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN. GRADO JURISDICCIONAL CONSULTA.

Domitila Hernández, cónyuge supérstite del fallecido Alberto Solis, le reclama al I.S.S. la pensión de sobrevivientes. Su apoderado recurre en apelación, empero no sustenta el mismo, por lo cual el juzgador de primer grado declara desierto el recurso de apelación.

AUTOEVALUACIÓN

1. Podría la Sala Laboral del Tribunal Superior conocer del presente negocio, por vía del grado jurisdiccional de consulta?

DECISIONES JUDICIALES

- Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada en proceso con radicación No. 30667, el día 21 de noviembre de 2007, con ponencia del Dr. Luis Javier Osorio López.

Ratio decidendi: "El grado jurisdiccional de consulta procede igualmente en favor de las personas que pueden sustituir al trabajador en el disfrute de sus derechos."

- Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada en proceso radicado bajo el número 32200, el 20 de noviembre de 2007, con ponencia del magistrado Dr. Eduardo López Villegas.

Ratio decidendi: "...El recurso de apelación propuesto por el empleador, no impide que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor del trabajador, si se dan los supuestos exigidos en la norma. ..."

CASO N° 25 – RECURSO DE APELACIÓN. SUSTENTACIÓN. GRADO JURISDICCIONAL CONSULTA.

Domitila Hernández, cónyuge supérstite del fallecido Alberto Solis, le reclama al I.S.S. la pensión de sobrevivientes. Su apoderado recurre en apelación, empero no sustenta el mismo, por lo cual el juzgador de primer grado declara desierto el recurso de apelación.

AUTOEVALUACIÓN

1. Podría la Sala Laboral del Tribunal Superior conocer del presente negocio, por vía del grado jurisdiccional de consulta?

DECISIONES JUDICIALES

EL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA PROCEDE IGUALMENTE EN FAVOR DE LAS PERSONAS QUE PUEDEN SUSTITUIR AL TRABAJADOR EN EL DISFRUTE DE SUS DERECHOS.

SALA DE CASACIÓN LABORAL

R. LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ

Radicación No. 30667

Bogotá D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil siete (2007).

Se comienza por advertir que es cierto que la demandante inicial Griselda Yepes de Gaviria no apeló de la sentencia de primera instancia. Empero, no debe olvidarse que esa decisión fue totalmente adversa a sus pretensiones. Y si al proceso acudió alegando ser la compañera permanente del pensionado fallecido, esa sentencia debía consultarse a su favor. El hecho de que el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social se hubiera referido al "trabajador" para los efectos de la consulta, no debía entenderse en su tenor literal, pues si la consulta estaba instituida en provecho suyo, también podía transmitir a sus beneficiarios ese privilegio procesal, ya que la pensión de vejez que se le reconoció es igualmente transmisible de acuerdo con lo que dispone la ley.

Tampoco puede dejarse de lado que de acuerdo con el artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo, las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público, por lo que los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo las excepciones de ley.

En consecuencia, si los derechos consagrados a favor de los trabajadores no pueden ser renunciados, esos mismos derechos gozan del mismo carácter en cuanto corresponde a las personas que con arreglo a la ley, pueden sustituirlo en el disfrute de los mismos. Y en esas condiciones, no puede predicarse

válidamente que la consulta estaba instituida única y exclusivamente a favor de los trabajadores en su sentido textual, pues una hermenéutica en esa dirección desnaturalizaría los derechos que emanan de las leyes sociales y que básicamente apuntan hacia la protección del trabajador, que también debe comprender a las personas que conforman su entorno familiar, en especial a sus causahabientes o beneficiarios señalados en la ley, pues si la legislación laboral y de seguridad social, por esencia y naturaleza, protege al trabajador como la parte más débil en la relación con el empleador, lógicamente esa protección cobija igualmente a aquellas personas que en un momento determinado están legitimados para acceder a los derechos de aquél.

Es tan razonable lo anterior, que el legislador ya se ocupó del tema y precisamente en el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que modificó el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad hubiera dispuesto que la consulta estaba instituida no solo a favor del trabajador sino del afiliado o beneficiario, pues la finalidad de la reforma fue precisamente la de finiquitar de una vez por todas las interpretaciones literales que restringían la consulta para los beneficiarios del trabajador que reclamaban derechos que a éste correspondían y de los cuales podían procurar su satisfacción para ellos.

De otro lado, el artículo 30 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, regulaba los casos en los cuales se perdía la pensión de sobrevivientes, y en su numeral 1° se refería específicamente al cónyuge supérstite. Luego, es evidente que se trata de una norma de carácter sustancial, pues consagra una forma de extinción de un derecho subjetivo.

EL RECURSO DE APELACIÓN PROPUESTO POR EL EMPLEADOR, NO IMPIDE QUE SE SURTA EL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA A FAVOR DEL TRABAJADOR, SI SE DAN LOS SUPUESTOS EXIGIDOS EN LA NORMA

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS Referencia: Expediente No.32200 Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil siete (2007).

Basta remitirnos al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, para encontrar que el proceder del Tribunal Superior, al estudiar la sentencia del juzgado en el grado jurisdiccional de la consulta se ajustó al espíritu y finalidad de dicha norma.

En efecto, dice ese artículo:

***"Procedencia de la consulta.** Además de estos recursos existirá un grado jurisdiccional denominado de "consulta".*

Las sentencias de primera instancia, cuando fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, serán necesariamente consultadas con el respectivo tribunal del trabajo (hoy Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Laboral) si no fueren apeladas."

De lo anterior, se desprende, que para que opere la consulta se requiere:

- 1-. Que la sentencia de primera instancia sea totalmente adversa a las pretensiones del trabajador, y
- 2-. Que no fuere apelada.

Si la consulta está instituida en beneficio del trabajador, se debe entender que la no apelación se refiere exclusivamente a él, por cuanto la finalidad de la misma es suplir su inactividad, y de todas maneras lograr que el fallo sea revisado por el superior.

Por lo tanto, la apelación interpuesta solamente por el empleador, no tiene el efecto de impedir que se surta el grado jurisdiccional de la consulta, como sucedió en el presente caso.

Además, la apelación interpuesta por el demandado, solo lo fue en relación con las costas, y sobre el particular ha dicho esta Corporación:

"En efecto, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corporación, las costas son una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción, pero en manera alguna constituyen per se una petición principal o accesoria.

Así, se precisó en sentencia de 26 de junio de 1997 (rad.9574) que "Siendo las costas una consecuencia procesal del ejercicio de la acción instaurada, obviamente no pueden ser consideradas como materia principal de un proceso laboral en cuanto dependen de su resultado; y al tener por objeto resarcir los perjuicios causados o reembolsar los gastos ocurridos por la actividad de los litigantes, no pueden ser tenidas como un derecho sustantivo de naturaleza laboral, cuyo desconocimiento dé lugar al recurso de casación".

Y en decisión de febrero 9 de 1999, reiterada entre otros, en pronunciamientos de 16 de julio de 2002 (rad.19417) se señaló: "La Sala tiene definido que las costas del juicio no constituyen el objeto de éste, en tanto se conciben como una consecuencia procesal de la acción promovida o de las excepciones propuestas. Como tales están sujetas al resultado de dicha acción o excepción y destinadas a resarcir los gastos ocasionados; luego, no configuran un derecho sustantivo laboral, de suerte que no puede pretenderse su imposición mediante el recurso extraordinario de casación", tesis que hasta la fecha ha mantenido incólume esa Sala de Casación."(Radicación 31155 – 24 de enero de 2007).

INCIDENTES.-

El artículo 37 del Código Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 2º de la ley 1149 de 13 de julio de 2007, regula el tema de los incidentes, solo en cuanto se deben proponer en la audiencia obligatoria de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio, a menos que se trate de hechos ocurridos con posterioridad a ella; imponiendo a quien lo proponga la carga de aportar las pruebas en el mismo acto, incidentes que se decidirán en la audiencia definitiva, salvo que por su naturaleza y fines requieran de una decisión previa.

Con esta norma también se modifica el artículo 38 del Código de Procedimiento Laboral, en cuanto las pruebas deben presentarse en la misma audiencia, las cuales se practican, con el sistema oral puro en la siguiente audiencia de trámite y juzgamiento, pudiéndose, si es posible, decidir el incidente en la misma audiencia.

Entonces, los incidentes que se pueden proponer son los de amparo de pobreza, de regulación de honorarios, y otras cuestiones accesorias que estén expresamente señaladas en la ley procesal civil.

3. NULIDADES.-

El Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, no prevé causales de nulidad, ni trámite de las mismas, razón por la cual debemos acudir a los artículos 29 de la Constitución Política y 140 y siguientes del Código de Procedimiento Civil; en todo caso las nulidades, en el nuevo sistema oral, deben formularse en la audiencia obligatoria y deberían decidirse en la 2ª audiencia o audiencia de trámite y fallo; puesto que no pueden entorpecer o dilatar el trámite del proceso, ni afectar su celeridad.

CASOS PILDORAS

SOBRE LOS TEMAS TRATADOS

CASO NÚMERO UNO: Audiencia obligatoria de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio.-

En la audiencia obligatoria del artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrada en el trámite de un proceso ordinario laboral de primera instancia, ante la no comparecencia injustificada del demandado, el juzgado deja la

siguiente constancia: *"ante la no asistencia del señor Pedro Pinto Agudelo, demandado en este asunto, se presumen ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en la demanda."*; decisión que no fue recurrida por el apoderado del demandado, presente en la diligencia.

Determine usted la eficacia de tal declaratoria.

CASO NÚMERO DOS: Incidente de tacha de falsedad.

Dentro de la audiencia pública obligatoria de que trata el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte demandada propone incidente de tacha de falsedad de las liquidaciones de prestaciones sociales y recibos de pago de salarios, presentadas por el demandante; procediendo el juez admitir el incidente corriendo traslado a la parte demandante por tres (3) días, surtido el cual decretó las pruebas pedidas por las partes.

Está conforme la decisión del juez con los postulados de la ley 1149 de 2007.

UNIDAD V

Los procesos laborales

Los procesos ordinarios orales.....

3. Única Instancia.....

- Demanda, admisión y traslado.....
- Audiencia y fallo.....

4. La primera instancia del proceso oral.....	
- Traslado de la demanda.....	
- Audiencia de conciliación, de decisión de excepciones previas, de saneamiento y fijación del litigio.....	
- Antecedentes.....	
- Funciones, estructura y alcance de la audiencia.....	
- Procedencia de la audiencia.....	
• Trámite de la audiencia.....	
A.	
Citación.....	
.....	
B. Comparecencia de las partes.....	
C.- Excusas por la inasistencia.....	
D. Consecuencias por la inasistencia a la audiencia.....	
E. Práctica de la audiencia.....	
G. Saneamiento del proceso y fijación del litigio.....	
H.- Decreto de pruebas.....	
• Audiencia de trámite y juzgamiento del proceso oral.....	
• Actas y grabación de audiencias.....	
• Medidas Cautelares en los procesos ordinarios.....	
Los procesos especiales.	
El proceso de fuero sindical.....	
2.1.1. Concepto de fuero.....	
2.1.2. Trabajadores protegidos por el fuero.....	
2.1.3. Trabajadores no protegidos por el fuero sindical.....	

2.1.4. Acciones judiciales derivadas del fuero sindical.....

A. Acción de levantamiento del fuero sindical.....

A.1.

Demanda.....
.....

A.2.

Trámite.....
.....

A.3.

Excepciones.....
.....

A.4.

Audiencia.....
.....

A.5. El sindicato como parte
procesal.....

A.6.

Sentencia.....
.....

A.7. Segunda

instancia.....

B. Acción de reintegro.....

C. Acción de
reinstalación.....

2.1.5. Prescripción de las acciones derivadas del fuero

El procedimiento sancionatorio del acoso laboral.....

La Huelga

6. Síntesis de la ley, resumen procesal.....
7. Antecedentes y objetivos.....
8. Análisis –.....
9. observaciones.....
10. Conclusiones.....

Procedimiento para la calificación de la huelga.....

1. Procedimiento especial y preferente.....
2. Oralidad.....
3. Competencia de los tribunales superiores.....
4. Demanda.....
 - 4.1. La designación del tribunal competente.....
 - 4.2. el nombre de las partes y sus representantes.....
 - 4.3. El domicilio y dirección de las partes.....
 - 4.4. El nombre, domicilio y dirección del apoderado judicial.....
 - 4.5. Clase de proceso.....
 - 4.6. Pretensiones.....
 - ...
 - 4.7. La causal invocada.....
 - 4.8. Hechos y omisiones.....
 - 4.9. Las razones y fundamentos de derecho.....
 - 4.10. Pruebas.....
5. Anexos de la demanda.....
6. Traslado de la demanda y fijación de fecha y hora para audiencia.....
7. Contestación de la demanda.....
8. Audiencia.....
9. Término para la calificación.....
10. Segunda instancia.....

11. Contenido de la
sentencia.....
12. Notificación de la sentencia al ministerio de la protección social.....
13. Funciones del ministerio de la protección social frente a la sentencia que
declara la ilegalidad de la huelga.....
14. Recursos extraordinarios.....
15. La
consulta.....
16. Calificación de la huelga por otras entidad judiciales.....
17. El consejo de estado y la ley 1210.....

El proceso sumario laboral.

- 2.3.1. Legitimación para ejercer la acción.....
- 2.3.2. Competencia.....
- 2.3.3. Demanda.....
- 2.3.4. Admisión, traslado y notificación.....
- 2.3.5.
Pruebas.....
.....
- 2.3.6. Sanciones accesorias a los directivos sindicales.....
- 2.3.7. Notificación e impugnación del fallo.....
- 2.3.8. Segunda instancia.....

Caso N° 9. Fuero sindical. Conciliación. Notificación al sindicato.....

- Conciliación en proceso de fuero sindical. Participación de sindicato.
- Alcance del fuero sindical, derecho fundamental de asociación y
conciliación.....
- Juicios por fuero sindical y derechos de los sindicatos.....

- Procedencia de la unidad normativa y necesidad de una sentencia integradora.....
- La compatibilidad de la presente sentencia integradora y de la doctrina desarrollada en la sentencia c-160 de 1999.....

Caso N° 10 – fuero sindical. Permiso judicial, términos de prescripción en empresas en estado de liquidación. Ejecución del reintegro, imposibilidad de cumplirlo. Actuación que debe cumplir la entidad que alega ese hecho.....

Caso N° 11 – fuero sindical de empleados públicos.....

1. El fuero sindical de los empleados públicos.....
2. Competencia para conocer de la ilegalidad del acto de traslado.....

Caso N° 12. Fuero sindical, inscripción en el registro sindical, personería automática del sindicato. Abuso del derecho. Revocatoria de la inscripción. La protección no depende del registro del sindicato ante el ministerio.,.....

Caso N° 13. Sumario – fuero sindical. Carga dinámica de la prueba.....

UNIDAD V

LOS PROCESOS LABORALES ORALES

Autor:

Fabián Vallejo Cabrera

Magistrado Sala Laboral de Cali.

Como lo dejamos anotado, en Derecho procesal del Trabajo existen, desde el punto de vista legal, los procesos ordinarios de única y primera instancia, y los especiales de fuero, sumario, ejecutivo y arbitral.

Única Instancia

1. Demanda
2. Admisión

3. Notificación y traslado
4. Auto fijando fecha y hora para audiencia
5. Audiencia

- 5.1 Etapa de conciliación
- 5.2 Etapa de trámite (contestación de la demanda, audiencia preliminar, decreto y práctica de pruebas)
- 5.3. Etapa de juzgamiento.

Se encuentra reglado su trámite en los artículos 70 a 73 del CPT. De éstos el 72 y el 73 fueron modificados por el 36 y 37, respectivamente, de la ley 712. Son objeto de este procedimiento las demandas en donde se reclaman derechos en cuantía no superior a diez salarios mínimos mensuales.

Demanda, admisión y traslado

La demanda que da origen a un proceso ordinario de única instancia no tiene que ser escrita –aun cuando puede serlo- ya que el artículo 70 del código de la materia acepta que sea verbal. Esta facultad de los trabajadores que la pueden ejercer en forma directa sin ser abogados titulados o por intermedio de su personero judicial ha sido desconocida en la práctica por los jueces laborales que exigen –ilegalmente- su presentación por escrito. Formulada oralmente se levantará un acta en donde consten los nombres, domicilios y direcciones del demandante y demandado, lo que se demanda y los hechos en que se funde la acción. En la misma diligencia el juez dispondrá la citación del demandado para que comparezca a contestarla, previa notificación y traslado, en la audiencia que para el efecto se señale.

Audiencia y fallo

En la única audiencia que conforma este procedimiento el juez agotará lo dispuesto en el artículo 77 del CPT y de la SS. En este sentido si llegare a fracasar la conciliación el

funcionario judicial deberá resolver las excepciones previas y sanear las irregularidades del procedimiento que puedan originar nulidad o sentencia inhibitoria y, a continuación, fijará el litigio. Agotadas estas etapas decretará y recepcionará pruebas. Clausurado el debate probatorio el juez debe fallar en el acto mediante sentencia que no es objeto de recurso alguno.

En estas actuaciones judiciales se permite al demandado formular demanda de reconvencción que se tramita simultáneamente con la demanda principal y recibe fallo en la misma sentencia.

De lo acaecido en la audiencia se debe levantar un acta pero si el juez lo estima y dispone de los medios técnicos podrá hacer grabar lo actuado. El acta contendrá el nombre de las partes que intervienen, apoderados, testigos, auxiliares de la justicia, una relación de los documentos aportados, el auto que suspenda la audiencia y la sentencia (art. 73 del CPL y de la SS).

La primera instancia del proceso oral.

1. Demanda
2. Admisión
3. Notificación auto admisorio y traslado de la demanda
4. Termino de traslado
5. Contestación
6. Auto programa audiencia de conciliación, resolución de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio
7. Término de hasta tres meses
8. Primer audiencia (preliminar)
9. Termino de hasta tres meses
10. Audiencia de tramite y juzgamiento

La ley 1149 cuyo propósito fue hacer efectiva la oralidad en los procesos del trabajo trajo una reforma estructural con tal fin, a los procesos ordinarios de primera instancia.

Efectivamente, dispuso en su artículo 4º por medio del cual se reformó el 44 del CPTSS que las audiencias en esta clase de actuaciones se reducirán a dos “una de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio y, otra de trámite y juzgamiento”. Quedaron eliminadas, por tanto, las cuatro audiencias de trámite que establecía la legislación anterior así como la separación de estas con la de juzgamiento.

Traslado de la demanda

En el auto admisorio de la demanda el juez debe ordenar, además de su notificación personal al demandado y al Ministerio Público cuando haya lugar, el traslado de la misma por un término de diez días hábiles para que la contesten. Este traslado se surte mediante la entrega de la copia de la demanda. Recordemos que el término durante el cual corre, cuando son varios los demandados, es común. Esto implica que empezarán a contarse los diez días únicamente a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado el auto admisorio de la demanda al último demandado conforme lo dispone el artículo 120 del CPC. En esta dirección lo establecido en el artículo 87 del CPC, inciso 3º, tiene aplicación en el proceso laboral.

Audiencia de conciliación, de decisión de excepciones previas, de saneamiento y fijación del litigio

Sin duda es la figura central de la reforma al procedimiento laboral introducida por la ley 712 de 2001. Sigue la filosofía de la institución análoga del derecho procesal civil, rama jurídica en la cual ha dado resultados positivos imposibles de desconocer en la medida en que pone en práctica los principios de la economía procesal, la inmediación del juez y la concentración procesal.

Antecedentes

Apareció por primera vez en el derecho austriaco y en Brasil, a nivel latinoamericano.

Por las recomendaciones que se dieron en el anteproyecto del código procesal civil modelo para Iberoamérica, el código procesal civil colombiano adoptó en 1989, por primera vez en nuestra legislación, la figura de la audiencia obligatoria de conciliación, resolución de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio.

Influenciados por los resultados importantísimos que arrojó la conciliación en el derecho procesal civil, se propuso al Congreso –por uno de sus integrantes- la adopción de la figura con algunas reformas que imponía la naturaleza del derecho procesal laboral. Dicha propuesta se radicó bajo el número 069 de 1999 recibiendo ponencia favorable. A estas alturas el gobierno nacional radicó el proyecto de reforma integral al código bajo el número 154 del mismo año y, con posterioridad, también hizo lo propio otro parlamentario cuya iniciativa se convirtió en el proyecto 222 de 2000. Acumuladas las tres recibieron trámite conjunto hasta obtener el resultado que hoy conocemos como ley 712 de diciembre 5 de 2001.

Funciones, estructura y alcance de la audiencia

Ya quedó dicho que el proceso laboral oral tendrá dos audiencias:

La preliminar y la de trámite y juzgamiento. Cada una de ellas tiene un objetivo específico y diferente. La primera prepara el camino para llegar a la segunda y conseguir su objetivo –la sentencia- en forma rápida y eficaz.

Debe ser propósito del juez, y también de las partes, esclarecer lo dudoso tanto desde el punto de vista fáctico, de las pretensiones e incluso de los fundamentos jurídicos; simplificar la actuación tomando las medidas pertinentes sin limitación alguna –no

decretar pruebas impertinentes o hacer notar la manifiesta improcedencia de una pretensión, por ejemplo-; delimitar el objeto del proceso y, finalmente sanearlo para que finalice sin tropiezos –nulidades- y en la forma que corresponde –sentencia de mérito-.

La audiencia de conciliación, resolución de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio cumple, generalmente, cinco funciones:

- a- Conciliadora: Busca poner fin al proceso mediante el acuerdo,
- b- Saneadora: En caso de haber fracasado la conciliación busca eliminar todo vicio que afecte la validez y eficacia del proceso,
- c- Abreviadora: Pretende eliminar toda actuación impertinente,
- d- Ordenadora: Clarifica el objeto del las pruebas y toma las medidas necesarias para su práctica, y
- e- De intermediación y comunicación: En esta audiencia las partes delimitan sus posiciones si en la demanda y contestación no lo han realizado con el cuidado y la técnica necesario. Mediante el dialogo y el acuerdo eliminarán los tópicos dilatorios, se acercaran a puntos coincidentes respecto de los hechos sacándolos del tema de prueba, en fin, bajo la dirección del juez pueden obtener que la segunda audiencia se limite a asuntos puntuales para lograr celeridad y eficacia ³⁴.

La reforma que introdujo la ley 1149 no fue sustancial en este punto pues se limitó simplemente a adecuarse a la nueva terminología.

En la reglamentación de la misma se distinguen claramente cuatro etapas debidamente ordenadas a saber: La conciliación, la resolución de excepciones previas, el saneamiento del proceso y la fijación del litigio, etapas que deben ejecutarse en el orden dicho pues se debe tener bien claro que el hecho de que esas cuatro etapas se

³⁴ Proyecto del Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica. Citado por López Blanco,. Ob. Cit., pág. 536

desarrollen en audiencia no por ello se puede desconocer la dinámica ordenada del proceso que es lo que permite no retroceder y adelantar bajo un plan legalmente establecido.

Procedencia de la audiencia

El artículo 11 de la ley 1149 no dice en qué procesos laborales se debe agotar la audiencia. No obstante el silencio varias razones nos conducen a pensar que procede en las siguientes actuaciones:

- a. En los procesos ordinarios de primera instancia. Por estar ubicado el artículo que la reglamenta dentro del capítulo XIV que trata del "procedimiento ordinario", es indiscutible esta conclusión,
- b. En los procesos ordinarios de única instancia. Esto por cuanto el artículo 36 de la ley 712 que reformó el 72 del Código del Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social dispone en forma expresa su aplicación en lo pertinente,
- c. En los procesos especiales de fuero en cualquiera de sus tres acciones - levantamiento de la garantía, reintegro y reinstalación- pero con la expresa observación de que la etapa de la conciliación no podrá intentarse por cuanto el artículo 45 de la ley 712 que modificó el 114 del C.P.T. y de la S.S. no la consagró con observación de lo decidido por la Corte Constitucional en sentencia del tipo C número 160 de 1999 en la cual declaró al fuero sindical como objeto no susceptible de conciliación por parte de su titular.

Pero además hay que poner de relieve que la Corte Constitucional en sentencia C-381 de 2000 examinó la constitucionalidad del artículo 3º del decreto 204 de 1957 en cuanto dispone que en esta clase de procesos lo primero que se debe intentar es la conciliación, estipulación que encontró exequible bajo el entendido de que el sindicato, en todo caso, debía ser parte dentro del proceso. No obstante que la obligación de citar al ente gremial titular de la garantía foral es de naturaleza legal –artículo 50 de la ley 712- la etapa de la conciliación queda eliminada porque así lo quiso el legislador.

- d. Ningún precepto legal exige agotar la audiencia en el proceso ejecutivo laboral ni en el sumario pero tampoco existe alguno que lo prohíba. Es factible entonces pensar que, al igual que lo sucede con el fuero sindical, lo único no permitido en estos dos procesos especiales será la etapa de la conciliación por obvias razones pero nada impide que se desarrolle la audiencia para efectos de resolver las excepciones previas que se propongan en el segundo y sanear el proceso y fijar el litigio en ambos. Razones superiores de eficiencia de la justicia aconsejan su práctica.

Trámite de la audiencia

A. Citación

Este llamamiento a las partes lo hace el juez mediante auto de sustanciación que no obedece el principio de la oralidad en la forma dispuesta por el artículo 3º de la ley 1149.

Este auto se dictará una vez haya sido contestada la demanda o vencido el término sin que se haya contestado.

La fecha que se fije para ello no podrá superar los tres meses contados a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda.

Ninguna consecuencia estableció la ley 1149 para el caso en que el término referido no lo cumpla el juez. Grave omisión es esta si no se entiende por parte del Consejo Superior de la Judicatura que cada juez debe manejar el cúmulo de trabajo que, razonablemente y en término medio, sea aconsejable pues sólo así se podrá controlar y cumplir dicho término. En países como en el Ecuador la ley permite al juez que copada su agenda de audiencias ponga en conocimiento tal situación al órgano encargado para que designe un juez transitorio para que asuma el conocimiento de los asuntos que superan su tiempo. Impensable aplicar en Colombia esa solución dado que el ordenamiento jurídico no da lugar a ello.

B. Comparecencia de las partes

La filosofía de la reforma pretendió que la obligatoriedad de asistir a la audiencia de conciliación recaiga en las partes mas no en sus apoderados a diferencia de lo que ocurre en la audiencia civil en donde, en todo caso, la ausencia no justificada de estos se sanciona. Las partes tienen que comparecer personalmente "con o sin apoderado". La presencia de éste era

obligatoria únicamente en el caso en que la parte se excusaba de asistir a la primera audiencia y por razones de fuerza mayor tampoco podía hacerlo a la segunda. Cuando esto ocurría, la segunda audiencia tenía que desarrollarse y la parte que se excusó estaba representada por su apoderado judicial que tenía la obligación de asistir so pena de sanción pecuniaria equivalente a un salario mínimo mensual.

La ley 1149 eliminó la posibilidad de que el apoderado judicial represente a la parte en la audiencia aplazada. A pesar de ello conservó la sanción para aquel en caso de no asistencia lo cual es impropio y absurdo lo que sólo admite interpretar como una ligereza del legislador.

La exigencia de la concurrencia personal admite algunos comentarios:

1. Cuando las partes son personas naturales el requisito no tiene discusión, ellas deberán comparecer en forma personal o representados por personas con capacidad de confesar plenamente.
2. En cambio cuando tienen la calidad de personas jurídicas deben hacerlo a través de su representante legal. Cuando esta representación la tienen varias personas, cualquiera de ellas podrá concurrir siempre y cuando tenga la capacidad suficiente de comprometer a su representada en la conciliación ya que puede suceder que dicha capacidad la tenga limitada caso en el cual tendrá que llevar la autorización pertinente.
3. Previo la ley 1149 el caso en que alguna de las partes no tuviera capacidad. En este caso estará representada por su representante legal, tutor o curador quienes conforme a los artículos 1505 del CC y 198 del CPC tienen facultad para conciliar, pues al respecto la ley 712, a diferencia de la ley procesal civil, nada dijo.
4. Ahora si la parte demandada está representada por curador ad-litem, siendo que éste no tiene facultad para comprometer, confesar y disponer de los derechos de su representado, hay que decir que la etapa de la conciliación de la audiencia no podrá ejecutarse pero sí los otros actos procesales, pero en todo caso no aparece viable la obligación del curador de asistir a la audiencia, y es que aun teniéndola no podrá ser sancionado porque nada dispuso la ley sobre el punto y por sabido se tiene que por analogía no se pueden imponer sanciones.

C.- Excusas por la inasistencia

El artículo 11 de la ley 1149 únicamente habla de las excusas antecedentes para no comparecer a la audiencia preliminar. Al respecto dispuso que aquella deberá presentarse antes de la hora señalada y deberá ir respaldada de prueba sumaria esto es no plena. La causal puede consistir en un hecho cualquiera que en concepto del juez justifique la no comparecencia, es decir, no se requiere para ello algo constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito entendidos en términos del artículo primero de la ley 95 de 1890 esto es como el hecho imprevisto que no es posible resistir el cual, según la jurisprudencia, también debe ser inimputable “esto es que el hecho que se invoca como fuerza mayor o caso fortuito, no se derive en modo alguno de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa presedente o concomitante del hecho” ³⁵

Es lastimosa la endeble reglamentación que sobre el aplazamiento de la audiencia preliminar trajo la ley 1149. En ese sentido, el que no se convierta en causa de continuas dilaciones más dependerá de la actitud con que los operadores judiciales manejen el tema que de la forma en que la referida ley asumió el asunto.

Sí es destacable, en cambio, la disposición expresa del legislador en tanto prohibió un segundo aplazamiento cualquiera sea la causa, y la obligación de fijare la fecha para la celebración de la audiencia aplazada dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la primera.

La residencia de la parte en el exterior que el artículo 101 de la CPC contempla expresamente no encuentra regulación en la ley 1149. Sin lugar a dudas tal circunstancia justifica la no comparecencia de aquella. No obstante ello y como la audiencia preliminar se tiene que practicar, consideramos que en estos casos esa parte deberá conferir poder especial a su apoderado judicial con el fin de que la represente

³⁵ Corte suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 28 de noviembre de 2001

con todas las facultades legales que le permitan confesar, disponer y en general llegar a un acuerdo.

La excusas subsiguientes esto es las fundadas en hechos que se dieron concomitantes a la audiencia o inmediatamente despues, definitivamente no pueden tener aceptación en tanto ello implicaría que la audiencia preliminar se tenga que repetir con la graves consecuencias que ello conlleva.

D. Consecuencias por la inasistencia a la audiencia

En el artículo 11 de la ley 1149 se reglamentaron las consecuencias jurídico procesales de la inasistencia de las partes a la audiencia. Ellas son:

1. Si quien no comparece es el demandante, se presumirán iuris tantum ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la contestación de la demanda y en las excepciones de mérito.
2. Si el renuente es el demandado se tendrán por ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión. Nada impone que estos efectos se extiendan también a los hechos de la reforma o adición de la demanda.
3. Cuando los hechos no sean susceptibles de ser demostrados mediante prueba de confesión, la no comparecencia de las partes se apreciará como indicio grave en su contra.

Estas consecuencias fueron encontradas ajustadas a la C.P. en sentencia C-204/03 cuando las mismas las establecía el artículo 39 de la ley 712.

Estos mismos efectos se producen respecto de la demanda de reconvención.

En ningún caso podrá haber sanción para los apoderados judiciales no obstante lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 11 por la razón explicada con anterioridad.

No se reglamento la inasistencia injustificada de las dos partes. La solución en este caso será la no aplicación de las consecuencias preanotadas a ninguna dada la

contraposición de las sanciones. Tampoco se podrá multarlas ya que no dispuso lo propio la ley.

Podrá ocurrir también que en una de las partes exista litis consorcio necesario. En este caso para imponer las sanciones deben dejar de asistir a la audiencia todas las personas que lo integran ya que entre ellas existe unidad jurídica y no podrá sancionarse a las rebeldes porque se afectaría necesariamente a las que sí acataron la orden de comparecer.

No hay consecuencias pecuniarias para la parte que no asista a la audiencia.

E. Práctica de la audiencia

Impone el legislador que para la audiencia el juez debe haber examinado la totalidad de la actuación que se haya surtido hasta ese momento. Este material estará constituido seguramente por los siguientes actos: demanda, contestación, excepciones previas y de mérito, reforma de la demanda, demanda de reconvención y su respuesta. Todo ello debe estudiar y analizar el juez para que se pueda formar un criterio más o menos fundado de lo que se discute y de las posibles fórmulas de solución que resulten justas. La exigencia de que "será él -se refiere al juez- quien la dirija", en principio no se justifica frente a la regla técnica de la inmediación, pero quiso reiterar el legislador con ella la especial necesidad de que sea el juez, como director del proceso, quien personalmente la evacue y no delegue esa función en el personal subalterno, en principio, carente de toda preparación conciliadora. Iniciada la audiencia el juez debe invitar a las partes a que concilien sus diferencias mediante una presentación genérica de sus beneficios, bondades, consecuencias, etc. Las estimulará a fin de que mediante sus propias fórmulas se llegue a la autocomposición. En este sentido las que presente el juez deben ser subsidiarias, tendrán operatividad únicamente cuando las partes no las propongan o las formuladas se presenten como irreconciliables. Con tal fin se permitirá e impulsará el diálogo entre las partes y de estas y sus apoderados con el objeto de asesorarlas para proponer fórmulas de conciliación. Esta precisión legal busca otorgarle herramientas al juez para

tener el control total de la audiencia y evitar, si es del caso, que la actuación de algún apoderado se convierta en cortapisa para la conciliación.

La libertad de expresión que el juez y las partes tienen dentro del diálogo también es destacable en cuanto lo que proponga el primero no se constituye en causal de impedimento o recusación para luego dictar el fallo correspondiente bajo la premisa de un supuesto prejuzgamiento, y las afirmaciones de las partes no constituirán confesión.

Con el fin de lograr este objetivo es recomendable hacerles conocer a las partes, al iniciar la audiencia, expresamente esta circunstancia y también no dejar constancia en el acta de las fórmulas presentadas ya que puede generar temor, infundado por demás, de que el juez las tome como una señal de su responsabilidad al dictar la sentencia. La actividad conciliadora del juez, de otro lado, no es absoluta ya que encuentra límites en los derechos ciertos en la forma en que expresamente lo afirma el artículo 39 de la ley 712 cuando dispone que el juez invitará a las partes a conciliar siempre y cuando los conflictos "fueren susceptibles de solución por este medio".

Es claro que por disposición del artículo 53 constitucional y 15 del C.S.T. únicamente son susceptibles de transacción y conciliación los derechos inciertos ya que los ciertos pertenecen al orden público. Impone esta circunstancia que cuando el juez se encuentre en un proceso que los derechos reclamados por el trabajador tienen el carácter de ciertos por tener fundamento probatorio, la conciliación no será factible a menos que ella conlleve el pago total de la obligación. Proceder en contravía de este parámetro conlleva que la conciliación recaiga en un objeto ilícito y pueda ser objeto de una declaratoria judicial de nulidad en procura de amparar los derechos indiscutibles que el juez con su actuar permitió desconocer. Otro limitante es la obligación legal de que esas fórmulas propuestas sean justas –no equitativas– lo que impone que el fundamento de aquéllas sea el derecho más no la equidad.

Agotado el esfuerzo conciliatorio de los sujetos procesales puede resultar:

a.	Que se concilien la totalidad de las pretensiones. Esto conlleva la terminación del proceso. El acta en que ello conste hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo, y
- b. Que se concilien parcialmente los derechos caso en el cual el proceso seguirá sobre lo no conciliado.

F.- Resolución de excepciones previas

Si no es posible la conciliación total de los derechos reclamados en la demanda por cualquier causa, el juez declarará terminada la audiencia de conciliación y a continuación procederá a resolver las excepciones previas conforme al artículo 1º de la ley 1149.

Resulta claro que la oportunidad que existía para que el demandado formule excepciones previas en esta etapa procesal desapareció con la ley 712.

Este tema fue tratado plenamente en el capítulo VII que habla sobre la defensa del demandado.

G. Saneamiento del proceso y fijación del litigio

Si el proceso continúa porque no se demostró alguna excepción previa que le ponga fin, el juez debe cumplir uno de los actos centrales dentro de la audiencia y del proceso en general: el saneamiento y la fijación del litigio. Con el primero se busca eliminar cualquier defecto que pueda generar nulidad o sentencia inhibitoria. En este sentido, ésta es una medida que no toca el aspecto de mérito de la actuación –los derechos discutidos- sino el proceso. Cumple una función complementaria del control que el juez debe ejercer sobre la forma de la demanda establecido en el artículo 15 de la ley 712 que reformó el 28 del CPT ya que si en esta oportunidad alguna irregularidad logra superar ese control -que tampoco la parte demandada la advierta al contestar la demanda- el juez debe observarla y corregirla en esta audiencia. Por ejemplo, el funcionario judicial está facultado para tomar las medidas pertinentes y sanear una defectuosa notificación al demandado del auto admisorio de la demanda o para enmendar una indebida acumulación de pretensiones, como para señalar dos vicios en los que reiteradamente se suele caer.

Cumplido este paso procesal prosigue la fijación del litigio. La finalidad de este concepto procesal es la de limitar el objeto del proceso, depurar o limpiar el procedimiento, darle celeridad y precisión. Es un momento procesal que va a

complementar o aclarar tanto la demanda como su contestación especialmente en materia de hechos, pretensiones y excepciones de mérito, sin que esto impida hacerlo en otros aspectos como pruebas, fundamentos de derecho, etc. En mucho va a simplificar esta actividad lo dispuesto en el artículo 18 de la ley 712 que modificó el 31 del CPT en cuanto el demandado tiene la obligación de hacer un pronunciamiento expreso sobre las pretensiones y sobre los hechos. No obstante lo anterior el juez tiene la obligación de buscar precisión y acuerdo sobre los mismos. Logrado este objetivo se declararán probados los hechos mediante auto que no es susceptible de recurso de apelación. Por esta circunstancia el operador judicial debe ser muy cauteloso en el sentido de que únicamente los hechos que no contengan la mínima disimilitud entre las partes podrán ser objeto de esta declaración, cualquiera otro será tema del debate procesal.

Esta fijación de posiciones conlleva que el material probatorio que las partes hayan solicitado para la demostración de los hechos aceptados se vuelva irrelevante razón por la cual el juez lo excluirá de su práctica en el mismo auto en donde declare probados los hechos y deseche las pretensiones y excepciones que queden excluidas como resultado de la conciliación parcial.

H.- Decreto de pruebas

Consumada la etapa anterior el juez decretará las pruebas pedidas por las partes en legal forma y además las que de oficio considere pertinentes aprovechando el conocimiento pleno que de lo actuado tiene. De esta manera se pone término a una causal de morosidad frecuente consistente en la reapertura del debate procesal con tal fin.

Audiencia de trámite y juzgamiento del proceso oral

Esta audiencia quedó reducida a una sola actuación. Desaparecieron por tanto las cuatro audiencias de trámite y la de juzgamiento que se ejecutaba por separado. Impone tal proceder la implementación de la oralidad por la ley 1149 que mediante la figura de la unidad de audiencia busca la concentración de la misma con el fin de que concluya con decisión de fondo previa la práctica del material probatorio que se presentó, pidió y decretó en la etapa final de la audiencia de trámite.

A esta audiencia se llega previa fijación de fecha y hora que el juez debe realizar mediante auto de sustanciación o sin él al finalizar la audiencia preliminar de lo cual se dará noticia "mediante aviso colocado en la cartelera del juzgado en un lugar visible al día siguiente" (artículo 5 de la ley 1149). Absurdo es el calificativo que merece tal disposición en tanto quebranta la oralidad misma, desconoce la obligatoriedad que tienen las partes de asistir a las audiencias, enfrenta el principio según el cual las providencias dictadas en audiencias se notifican por estrados en cualquier circunstancia y, en fin, fuera de complicar innecesariamente el procedimiento, carece de cualquier finalidad razonable.

La audiencia de trámite y juzgamiento, por disposición expresa del artículo 11 de la ley 1149, se tendrá que realizar dentro de los tres meses siguientes a la preliminar. Retomamos para este tema las preocupaciones que dejamos asentadas al hablar de la fecha para la audiencia preliminar.

Tiene por objeto central esta audiencia la práctica de las pruebas decretadas. Para tal fin dirigirá los interrogatorios a las partes, y testigos, y dispondrá lo necesario para la recepción de cualquier otro medio de prueba oportunamente decretado. Seguidamente oír los alegatos de conclusión durante el tiempo que considere razonable según la complejidad del asunto para no violar el derecho de defensa tal como lo tiene establecido el parágrafo 2º del artículo 3º de la ley 1149.

Finalizado lo anterior el juez debe dictar oralmente el fallo que corresponda para lo cual tiene la facultad de decretar un receso de hasta una hora máximo. Proferido el fallo se notificará en estrados sin que importe la inasistencia de las partes.

Actas y grabación de audiencias.

Para hacer efectiva la oralidad dispone el artículo 6º de la ley 1149 que las audiencias deben grabarse en medios técnicos que deberá proporcionar el Estado y, excepcionalmente, las partes.

Dichos medios técnicos tendrán que ser de audio y video con el fin de que en la segunda instancia no se termine con la inmediación practicada en la primera teniendo que resolver la apelación o la consulta con sólo oír –sin ver- lo dicho y actuado por las partes.

Dada la grabación de la audiencia, de ésta se levantará un acta en donde se haga constar únicamente el nombre de las partes, sus apoderados, testigos y auxiliares de la justicia. La misma será firmada por el juez y el secretario únicamente pues los demás firmaran el control de asistencia que hará parte del acta.

Medidas Cautelares en los procesos ordinarios

La Ley 712 de 2001 introdujo el artículo 85 A con el nombre de “Medida cautelar en proceso ordinario” como un precepto nuevo dentro del CPTSS. La posibilidad de pedir y obtener medidas cautelares dentro del proceso ordinario laboral fue un viejo anhelo de los trabajadores del País. Se hace realidad con el precepto referido.

La medida no es original, es una adaptación del artículo 79 del Real Decreto Legislativo 2/1995 del 7 de abril por el cual se aprobó el texto refundido de la ley de procedimiento laboral en España. Este precepto de la legislación Ibérica dice lo siguiente:

- "1. El órgano judicial, de oficio o a instancia de parte interesada o del fondo de garantía salarial, en los casos en que pueda derivarse su responsabilidad, podrá desatar el embargo preventivo de bienes del demandado en cuantía suficiente para cubrir lo reclamado en la demanda y lo que se calcule para las costas de ejecución, cuando por aquél se realicen cualesquiera actos de los que pueda presumirse que pretende situarse en estado de insolvencia o impedir la efectividad de la sentencia.
- "2. El órgano judicial podrá requerir al solicitante del embargo, en el término de una audiencia, para que presente documentos, información testifical o cualquier otra prueba que justifique la situación alegada. En los casos en que pueda derivarse responsabilidad del fondo de garantía salarial, éste deberá ser citado a fin de señalar bienes.
- "3. La solicitud de embargo preventivo podrá ser presentada en cualquier momento del proceso antes de la sentencia, sin que por eso se suspenda el curso de las actuaciones".

Si se compara el precepto reproducido con el artículo 85 A del CPTSS al rompe se cae en la cuenta que lo único que se hizo al trasplantar aquél a nuestra legislación es eliminar lo que hace referencia al fondo de garantía salarial que no existe en Colombia y restar la capacidad de protección que esa regla representa en la legislación Española ya que mientras en esta se puede solicitar el embargo preventivo de cualquier bien del demandado que garantice suficientemente lo reclamado, en la nuestra sólo se puede imponer caución que cubra entre el 30 y el 50% del valor de las pretensiones demandadas. A todas luces esta limitación es inexplicable si en cuenta se tiene que en nuestro País no existe al estilo Español el fondo de garantía salarial por lo que la única garantía de pago de los derechos del trabajador estará representado en la caución que en pírrica suma permitió imponer el legislador.

Las causales de procedibilidad de las medidas precautelativas son tres:

- a. Cuando el demandado efectúe actos tendientes a insolventarse,
- b. Cuando efectúe actos tendientes a impedir la efectividad de la sentencia y,
- c. Cuando se encuentre en graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de sus obligaciones.

El artículo 85^a del CPTSS dispone que las pruebas de las causales de procedibilidad de las medidas cautelares deben ser demostradas en audiencia especial que para tal efecto se programe para el quinto día siguiente. Dada la reducción de las audiencias a dos

dicho procedimiento se debe entender reformado con el fin de no desdibujar el proceso con un número mayor de ellas y no desconocer la oralidad. Por ello se debe entender que la petición de medidas cautelares obedecerá este principio y por ende se deben formular oralmente dentro de cualquiera de las audiencias y el juez, previa escucha de la contraparte debe decidir en el acto. Lo anterior no es obstáculo para que en casos excepcionales se pueda decretar un receso con el único fin de que la parte demandada pueda acceder a la prueba necesaria para contraprobar.

Probada una de las causales que hacen procedente la cautela el juez prudencialmente debe fijar caución prendaria, bancaria o de compañía de seguros por un valor comprendido entre el 30 y el 50% del valor de las pretensiones al momento de dictar la medida cautelar.

Por lo demás es bueno poner de presente que pueden existir casos en que las referidas medidas no procedan como en el caso de la liquidación de entidades financieras.

Sobre este punto, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, con ponencia del Magistrado Fabián Vallejo Cabrera, en providencia N° 026 del 18 de marzo de 2003, radicación 0072001096001 sostuvo lo siguiente:

“Controvierte la parte demandada la providencia por medio de la cual el a-quo acogió la petición del demandante en el sentido de que se fije caución para garantizar los resultados del proceso conforme a lo establecido en el artículo 37 A del CPTSS decisión que en su concepto desconoce en forma flagrante la prohibición que tienen los jueces de ordenar embargos contra entidades que se encuentren en estado de liquidación forzosa.

“La norma en referencia establece la figura de las medidas cautelares en proceso ordinarios laborales y faculta al juez para imponer caución al demandado cuando

estime con fundamento que este se encuentre efectuando actos tendientes a insolventarse o se encuentre en graves y serias dificultades para cumplir oportunamente sus obligaciones.

"De lo anterior surge evidente una primera conclusión: por querer expreso del legislador se le otorga a la caución la condición de una medida cautelar ya que bien se conoce que conforme a los lineamientos del CPC aquella carece de esta connotación ya que únicamente la tienen el embargo, el secuestro, el registro de la demanda y la imposición de sellos.

"Teniendo la caución la naturaleza que se deja establecida – y aun sin tenerla- la doctrina ha sido clara y unánime en señalar como objetivo de la misma "una prevención, una precaución, una seguridad de que se cumplirá lo pactado, prometido o mandado, sino que en el evento de que así no acontezca, va más allá y permite que se indemnicen los perjuicios que acarrea el incumplimiento, pues, en general, cumple la función de cualquier garantía propia del derecho privado" (López Blanco Hernán Fabio, Derecho Procesal Civil Colombiano, tomo I, página 1039).

"En igual sentido han dirigido sus enseñanzas profesores de tanto reconocimiento como Santiago Fassi, Couture y otros.

"En fin, podemos decir entonces que el objetivo, la teleología de las medidas cautelares en general y de la caución en particular es el de garantizar el cumplimiento de la sentencia que se dicte dentro del proceso ordinario laboral en favor del trabajador.

"Sucede que ese mismo fin ya fue objeto de establecimiento positivo por parte del legislador para el caso concreto que regla el decreto 2418 del 30 de noviembre de 1999 por medio del cual se determinó el procedimiento aplicable a las liquidaciones de entidades financieras.

"En efecto, el dicho estatuto dispuso en el literal c) del numeral 19 del artículo 5º que regula el procedimiento liquidatorio lo que sigue:

"c) Cuando haya obligaciones condicionales o litigiosas se hará una reserva adecuada en poder del liquidador para atender dichas obligaciones si llegaren a hacerse exigibles, o mientras termina el juicio respectivo, según el caso. Terminada la liquidación sin que se haya hecho exigible la obligación condicional o litigiosa, la reserva se entregará en mandato fiduciario..."

"Obviamente y toda vez que el legislador no hace ninguna diferencia, dicha protección esta dirigida en favor de toda clase de créditos incluidos los laborales que se deban pagar con la prelación que tiene señalado el propio legislador. En otro giro, ya con anterioridad a la vigencia de la ley 712 de diciembre 5 de 2001 la autoridad pública competente había legislado sobre el punto, esto es sobre la protección especial que hay que dar a las personas que tengan con la entidad financiera en liquidación forzosa obligaciones litigiosas, máxime cuando los acreedores tienen la connotación de trabajador de la misma y para tal efecto dispuso a cargo del liquidador la obligación legal y expresa de hacer las reservas adecuadas que deberán quedar en su poder o constituidas en mandato fiduciario para los casos en que la liquidación termine sin que el litigio judicial haya recibido solución.

"La norma en comento, como pude notarse con facilidad, esta dirigida únicamente para el caso de las liquidaciones forzosas de entidades financieras, esto es tienen un destinatario específico que atiende obviamente el factor subjetivo. Esta circunstancia particular tiene una gran importancia en la resolución del caso a estudio toda vez que por esa razón tiene preferencia sobre cualquiera otra norma que regule el caso de las medidas cautelares o, dicho en otros términos, el caso en donde hay que garantizar el cumplimiento de una obligación litigiosa que pueda ser resuelta a favor de su acreedor.

“Nos encontramos entonces frente a un clásico conflicto normativo por la existencia de dos normas que reglan un mismo asunto pero en forma diferente el cual debe recibir solución mediante el mecanismo de la especificidad en los términos que se dejan planteados pero además por la favorabilidad en la medida en que la caución que establece el CPTSS sólo garantiza en el mejor de los casos el 50% del valor de las pretensiones mientras que la reserva que debe hacer el liquidador debe cubrir la totalidad del crédito discutido.

“Por las razones expuestas es legal concluir que el contenido del artículo 37 del CPTSS no tiene aplicación en el caso de liquidación forzosa de instituciones financieras que se rige por el decreto 2418 de 1999, pues los acreedores laborales de estas tienen su propio mecanismo de protección que se aplica preferencialmente.

“La interpretación que se deja realizada se encuentra acorde también -y esto es por demás importante- con el querer del legislador al establecer en el literal j) del artículo 1º del decreto 2418 de 1999 que los jueces de la República no podrán decretar, una vez dispuesta la liquidación forzosa por la autoridad competente, embargos sobre bienes de la entidad crediticia disponiendo de paso que los ordenados con anterioridad se deben levantar. En este sentido, una interpretación contraria a la realizada conllevaría al absurdo de que el legislador al mismo tiempo que tiene establecido un mecanismo para proteger los créditos litigiosos en la forma ya expuesta y tangencialmente prohíbe que se afecten los bienes de la demandada con medidas cautelares, también permite –a pesar de la garantía ya referida con la suficiencia para tutelar cualquier crédito- afectar la masa de bienes con embargos o cauciones que es precisamente lo que ha tratado de evitar con la disposición normativa que se ha dejado citada”.

2. LOS PROCESOS LABORALES ESPECIALES

Dentro de este grupo de procesos existen tres de carácter judicial y uno extrajudicial. Dentro de los primeros están el fuero sindical, el ejecutivo y el sumario de disolución, liquidación y cancelación de inscripción en el registro sindical de entidades gremiales. El último corresponde al proceso arbitral.

Estudiaremos las particularidades de cada uno de ellos esto es únicamente los aspectos en los que no tienen cabida las regulaciones generales que el CPT y de la SS hace para todos los juicios con algunas excepciones, en los arts. 1º al 85, normas éstas que ya quedaron analizadas.

EL PROCESO DE FUERO SINDICAL

2.1.1. Concepto de fuero

Son de los pocos conceptos que define la ley. Se entiende por fuero sindical, dice el art. 1º del decreto 204 de 1957 que reformó el 405 del CST, «la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo».

2.1.2. Trabajadores protegidos por el fuero.

Este tópico ha sido materia de sustanciales reformas con motivo de la expedición de la ley 50 de 1990 y de la constitución política de 1991. Según el art. 57 de la ley citada, gozan de fuero sindical los siguientes trabajadores:

- a) Los fundadores del sindicato por un período comprendido entre la constitución de aquél y dos meses después de su inscripción en el registro sindical sin que dicho lapso pueda exceder de seis meses.

- b) Los trabajadores que sin ser fundadores ingresen al ente sindical siendo cobijados por la protección foral hasta el límite del término señalado para los fundadores. A esta modalidad de fuero, así como a la comprendida en el numeral anterior, se le conoce con el nombre de extraordinario.
- c) Los cinco primeros miembros principales y los cinco primeros suplentes que conformen la junta directiva de un sindicato.
- d) Los cinco primeros miembros principales y los cinco primeros suplentes de la junta directiva de las subdirectivas seccionales.
- e) Un miembro principal y un suplente de la junta directiva de los comités seccionales.
- f) Dos miembros principales de la comisión estatutaria de reclamos. El amparo foral, en los casos de los literales c), d), e) y f), tendrá vigencia durante todo el tiempo del mandato y seis meses más y recibe el nombre de fuero ordinario.

2.1.3. Trabajadores no protegidos por el fuero sindical

Las excepciones que establecía el artículo 409 del CST son hoy inexistentes en la medida en que la referida norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-593 de 1993.

En consecuencia, y según esa decisión judicial, los trabajadores que no tienen fuero, por vía excepcional, son los empleados públicos que ejercen cargos que conlleven ejercicio de jurisdicción, autoridad civil o política y dirección administrativa, pues todos los demás que sean directivos sindicales, por mandato del artículo 39 de la CP, lo tienen (parágrafo 1º, art. 12, ley 584 de 2000).

En el plano privado, y de conformidad con el artículo 53 de la ley 50 de 1.990, no pueden formar parte de la directiva de un sindicato ni ser designados funcionarios del mismo y en consecuencia no podrán estar cobijados por la garantía foral los trabajadores que representen al empleador frente a sus trabajadores ni los altos empleados directivos de la empresa. Quiere decir lo anterior que todos los demás trabajadores pueden formar parte de la directiva de un sindicato y por lo tanto tener fuero sindical.

2.1.4. Acciones judiciales derivadas del fuero sindical.

De la legislación vigente claramente se desprenden tres acciones: una en favor del empleador y dos del trabajador. La del empleador tiene por objeto que la jurisdicción lo autorice para despedir, desmejorar o trasladar al trabajador aforado. Las acciones del trabajador aforado en cambio buscan el reintegro cuando ha sido despedido sin permiso judicial o la reinstalación a su antiguo sitio de trabajo o condiciones laborales cuando ha sido trasladado o desmejorado.

A. Acción de levantamiento del fuero sindical

Por medio de este derecho subjetivo el empleador puede solicitar a los jueces laborales el permiso necesario para despedir, trasladar o desmejorar legalmente a un trabajador aforado.

Por excepción legal, a pesar de tener un trabajador garantía foral, su contrato de trabajo puede darse por terminado sin previo permiso judicial cuando ha sido pactado para la realización de una obra determinada, para la ejecución de un trabajo accidental, ocasional o transitorio, o cuando termina por mutuo consentimiento o por sentencia judicial (Art. 9º Dcto 204 de 1957). Tampoco requieren permiso judicial las suspensiones del contrato de trabajo de un trabajador aforado (Art. 10 dcto. 204) ni la aplicación de sanciones disciplinarias (art. 413 CST).

Desde luego que el permiso judicial no procede en todo caso, pues de acuerdo con lo reglado en el artículo 8º del decreto 204, el juez sólo autorizará al empleador para despedir a su trabajador protegido por el fuero sindical cuando las causales invocadas sean la liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento, la suspensión

total o parcial de actividades por parte del patrono durante más de 120 días, o una de las justas causas de terminación del contrato de trabajo por parte del empleador contenidas en el literal A), artículo 7º, decreto 2351 de 1965. No señala la ley las causas que autorizan el desmejoramiento o el traslado las que en consecuencia calificará el juez.

A.1. Demanda

Conforme al artículo 44 de la ley 712 que modificó el 113 del CPT la demanda del empleador tendiente a levantar la protección foral debe reunir las exigencias del artículo 25 y 26 del CPT y de la SS y en general las de toda demanda en la forma en que ya se dejó tratado el tema en la parte general, con excepción de la cuantía por cuanto su estimación no es necesaria para fijar la competencia en este caso (art. 25 y 13 CPT y de la SS).

Empero la naturaleza de la acción exige que el libelo debe manifestar además la causa legal que amerita la autorización perseguida la cual debe ser debidamente probada, como también se deberá probar la garantía foral que funde el procedimiento especial. En ese sentido, en la petición de pruebas que se haga en la demanda se debe ser especialmente cuidadoso en solicitar todas las necesarias tanto para la demostración de la causal que amerita la autorización judicial como el fuero sindical.

Es de singular importancia la regla que trae el inciso segundo del artículo 113 del CPT y de la SS por cuanto termina con una larga etapa de controversia judicial y doctrinal sobre la forma de probar la garantía foral y que tanto daño había causado a los trabajadores dirigentes sindicales y al derecho de sindicalización. En adelante, el fuero se presume iuris tantum del certificado de inscripción en el registro sindical expedido por el Ministerio del Trabajo el cual puede ser aportado en copia simple –art. 54 A CPT y de la SS- o de la comunicación de la elección que se le haga al empleador. Desde luego que esta presunción legal puede ser desvirtuada por el empleador. Nótese que la norma habla de la comunicación “de la inscripción” pero hay que entender que se refiere a la elección del trabajador como

directivo sindical en la forma dispuesta por el artículo 371 del CST y el inciso 2º del 118 del CPT y de la SS

Es de singular importancia anotar, aun cuando el tema se rige por las reglas generales ya expuestas, que la acumulación de pretensiones en este proceso está condicionada a que todas se puedan tramitar por el mismo procedimiento especial. En este sentido no se podrán acumular pretensiones para las cuales la ley tiene fijado el proceso ordinario u otro especial distinto al fuero, con las propias de éste. Esta regla es aplicable para todas las acciones derivadas del fuero.

A.2. Trámite

Al juez le corresponde realizar sobre la demanda el control del artículo 28 del CPT y de la SS en los mismos términos ya expuestos. Si decide admitirla, dispone el artículo 114 del CPT y de la SS, en la misma providencia que se debe dictar dentro de las 24 horas hábiles siguientes a su recepción y que debe notificarse al demandado personalmente (regla general en tratándose del auto admisorio de la demanda) ordenará correr traslado al trabajador demandado y citará a las partes para audiencia que tendrá lugar dentro de los cinco días hábiles siguientes a su notificación.

El artículo 45 de la ley 712 que modificó el 114 del CPT corrigió dos defectos graves que contenía el precepto original –art. 3º Decreto 204 de 1957– en cuanto no señalaba a partir de qué momento se contaban los cinco días para la audiencia ni tampoco indicaba término de traslado de la demanda. Con la nueva disposición queda claro que el término de cinco días corre a partir del siguiente a la notificación y la contestación de la demanda se debe agotar dentro de la audiencia.

A.3. Excepciones

Se pueden proponer tanto de mérito o de fondo como previas pero únicamente al contestar la demanda. Desapareció la discusión de si las

excepciones previas tenían o no cabida en este proceso especial ya que el artículo comentado –45 de la ley 712- expresamente las establece.

A.4. Audiencia

A diferencia de lo que ocurre en el proceso ordinario de primera instancia, y en similar forma a lo reglado para el de única, en el proceso especial de fuero sólo existe una audiencia. En esta, en primer lugar, se recibirá la contestación de la demanda que el demandado presente obedeciendo el principio de la oralidad. La contestación puede contener excepciones de cualquier naturaleza. Si se proponen excepciones previas deben ser resueltas a continuación para lo cual las partes deben presentar en el acto las pruebas que pretendan hacer valer –art. 32 CPT y de la SS-. Anotamos al hablar de la audiencia obligatoria de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio que en el proceso especial de fuero, por disponerlo expresamente el artículo 114, no se debe intentar la etapa de conciliación a menos que sea propuesta por el trabajador aforado, el sindicato pertinente y el empleador conforme con la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En todo caso la realización de la etapa conciliatoria no será obligatoria sino voluntaria.

Resueltas negativamente las excepciones previas formuladas el operador judicial reanudará el proceso tomando las medidas pertinentes para eliminar todo vicio procesal que atente contra la validez de la actuación y que pueda conducir a nulidad o sentencia inhibitoria. Acto seguido fijará el litigio y pasará a decretar y practicar las pruebas pedidas oportunamente agotado lo cual y en la misma audiencia –recuérdese que es una sola- dictará el fallo correspondiente. Cuando esto no fuere posible citará para una nueva que debe tener lugar dentro de los dos días siguientes.

Si las partes a pesar de haber sido notificadas de la fecha de la audiencia no comparecen –contumacia-, es obligación del juez decidir con fundamento en las

pruebas que hasta ese momento le hayan sido allegadas y en las que de oficio estime pertinente practicar –art. 115 del CPT y de la SS–. En esta reglamentación aparece clarísima la regla de la celeridad procesal en su máxima expresión, pues esta es la que en principio hace especial el proceso de fuero, realidad legal que lastimosamente resulta a diario desconocida por la empírica costumbre judicial.

A.5. El sindicato como parte procesal

El legislador creó el artículo 118 B por medio de la ley 712 para disponer que de toda demanda de fuero se le debe dar aviso al ente gremial del cual haga parte el trabajador amparado por esa garantía. En virtud de esta notificación del auto admisorio el sindicato podrá –no es obligatorio– intervenir en el proceso desarrollando los actos procesales permitidos al trabajador aforado, salvo la disposición del derecho en litigio. La notificación, obviamente, se hará al presidente del sindicato quien tiene la función de representar legalmente al mismo mas no a su junta directiva en la forma en que lo sostuvo la Corte Constitucional, pues así lo dispuso el artículo 118 B. También determinó esta norma que la institución gremial podrá instaurar cualquiera de las acciones que del fuero se deduzcan a favor del trabajador –reintegro o reinstalación– cuando éste se lo delegue. Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-240 del 15 de marzo de 2005 sostuvo: “4.3. Los sindicatos, en los procesos sobre fuero sindical no son terceros. Tienen en desarrollo de la Constitución Política la calidad de parte en el proceso. Existe para ellos un derecho material que en el proceso respectivo se discute o controvierte para hacerlo efectivo y, en consecuencia, no puede este adelantarse sin darle la oportunidad legal de participar en la controversia. En tal virtud, su vinculación al proceso no es voluntaria, sino forzosa. “El sindicato al que pertenezca el trabajador aforado es sujeto de la relación jurídico procesal desde su inicio. Tiene la categoría de parte originaria. No es un extraño, un tercero ajeno al proceso sino que, por el contrario, ha de estar presente necesariamente en la controversia

judicial sobre el fuero sindical, como garantía para la defensa oportuna de este instrumento creado por la ley para proteger el derecho de asociación y la libertad sindical.

"Ello implica, entonces, que en los procesos sobre fuero sindical donde el sindicato respectivo no sea el demandante, su participación en el proceso deba estar plenamente garantizada en todas las etapas del mismo. Es decir, el auto admisorio de la demanda habrá de notificársele al representante legal de la organización sindical a la cual pertenezca el trabajador aforado. Esa citación al proceso con notificación del auto admisorio de la demanda no puede realizarse a destiempo sino oportunamente. Es decir que el sindicato ha de tener la posibilidad jurídica de actuar luego de la notificación de ese auto en igualdad de condiciones al demandado, esto es, con término igual para que su participación no resulte inocua, aparente, vacía de contenido".

A.6. Sentencia

Se debe dictar una vez concluido el debate probatorio y hasta donde sea posible al término de la audiencia en donde se intentó la conciliación y se practicaron las pruebas. Desde luego que tal proceder es impracticable ya que la complejidad de las materias discutidas en estos procesos lo impiden. Cuando ello no fuese posible, dispone el inciso final del art. 114 del CPT y de la SS, se citará a nueva audiencia para proferir el fallo lo que tendrá lugar dentro de los dos días siguientes. Desde luego que el referido término es inoperante, pues piénsese en el caso en donde el auto que fija fecha para esa audiencia haya que notificarlo por estado cuya sola ejecutoria requiere tres días, término superior al anterior.

El artículo 7º del Dcto. 204/57 regla el contenido de la sentencia dictada en un proceso de fuero sindical. Sin lugar a dudas sigue los parámetros generales. En tal sentido el juez debe negar el permiso para despedir, trasladar o desmejorar cuando el empleador

no demuestre la existencia de una de las causales que establece la ley para ello y también cuando la calidad de aforado del trabajador demandado no haya sido demostrada.

A.7. Segunda Instancia

Las sentencias así como los autos interlocutorios que se dicten dentro de un proceso especial de fuero son apelables en las condiciones determinadas al estudiar los recursos.

En la segunda instancia no existe audiencia de trámite, pues el tribunal debe decidir de plano dentro de los cinco días siguientes al recibo del expediente que contiene el proceso. Este predicado, es indudable, es aplicable también a la apelación de autos interlocutorios ya que no resulta razonable ni concordante con la lógica jurídica que mientras en la segunda instancia de sentencias no se admita audiencias sí se permita para desatar apelaciones de providencias de menor jerarquía e importancia. De la brevedad del término consagrado por la ley para resolver la alzada es razonable deducir que tampoco le está dado al juez de segunda instancia recurrir a pruebas de oficio.

Contra la sentencia que dicte el tribunal no cabe ningún recurso (inciso final art. 117 del CPT y de la SS) ya sea ordinario o extraordinario.

Recordemos que estas sentencias se deben notificar por edicto conforme al numeral 3º del artículo 41 del CPT y de la SS.

De otra parte, de la forma en que se encuentra redactada la norma anterior se deduce sin lugar a dudas que la sentencia en segunda instancia se dicta fuera de audiencia pública de ahí que se notifique por edicto.

B. Acción de reintegro

Según lo establece el inciso 1º del artículo 118 del CPT y de la SS, el procedimiento a seguir en el trámite de esta clase de acciones es el mismo señalado para la acción de levantamiento de fuero que dejamos estudiado. A pesar de ello, no se exigirá a las demandas en donde se ejerza esta acción, por obvias razones, la carga de expresar «la justa causa invocada».

Desde luego que el contenido de la sentencia también será diferente en términos del artículo 7º del Dcto. 204/57 ya que demostrada la

protección foral y el despido por parte del trabajador demandante, y no habiendo sido desvirtuada por el empleador la afirmación de haber sido despedido el trabajador sin el permiso judicial requerido, el juez debe disponer su reintegro y el pago de los salarios dejados de percibir por causa de la interrupción del contrato de trabajo.

Es necesario dejar en claro que en esta clase de procesos no se discute la justeza de la causal por la cual fue despedido el trabajador sino la ausencia del permiso judicial que el empleador está obligado legalmente a obtener previo al despido. En este orden conceptual es perfectamente posible encontrarse frente al caso en el cual el trabajador aforado está incurso en una justa causa de despido pero que por haber omitido el empleador la obtención del permiso para despedir, el trabajador debe ser reintegrado a su cargo y obtener a título de indemnización de perjuicios el pago de los salarios -no prestaciones sociales- dejados de percibir.

C. Acción de Reinstalación

Debe tramitarse esta acción, por disponerlo así el artículo 118 del CPT y de la SS, por el procedimiento señalado para las dos acciones anteriores.

En la sentencia que desate esta clase de procesos se ordenará por el juez la restitución del trabajador al lugar donde antes prestaba sus servicios (cuando lo ilegal ha sido el traslado), o a sus anteriores condiciones de trabajo (cuando se lo ha desmejorado), a más de la indemnización de perjuicios causados al trabajador, perjuicios que no han sido tarifados por el legislador y que en consecuencia deben probarse y cuantificarse por medio de los mecanismos procesales. En esta clase de procesos también debe el trabajador probar su calidad de aforado para lograr sentencia favorable pues al empleador le corresponde, en caso de perseguir la absolución, demostrar que tenía el permiso judicial pertinente para trasladar o desmejorar al trabajador amparado por la garantía foral.

2.1.5. Prescripción de las acciones derivadas del fuero

El artículo 118 A del CPT y de la SS establece una excepción a la regla general que sobre la prescripción de las acciones laborales establecen los arts. 488 del CST y 151 del CPT y de la SS al disponer que las acciones que emanan del fuero sindical –las tres ya estudiadas- prescriben en dos meses.

Para el caso de las acciones de reintegro y reinstalación este término comienza a contarse desde la fecha en que ocurre el despido, el traslado o la desmejora en las condiciones laborales. En cambio para el de la acción de levantamiento del fuero se cuenta a partir de la fecha en que el empleador haya tenido conocimiento del hecho constitutivo de la justa causa que se invoque o desde que se haya agotado el procedimiento convencional o reglamentario correspondiente.

Este término de corta duración se puede suspender mediante la presentación del reclamo administrativo en el caso de los empleados públicos y trabajadores oficiales, o de la reclamación escrita en el de los trabajadores particulares -inciso 2º, artículo 118 A CPT y de la SS-. Nótese que la norma habla de "suspensión" no de "interrupción" del término prescriptivo. Esta situación en vez de clarificar las cosas las complicó máxime cuando termina disponiendo el referido artículo que "culminado este trámite, o presentada la reclamación escrita en el caso de los trabajadores particulares, comenzará a contarse nuevamente el término, de dos (2) meses". Y decimos que el manejo de la prescripción se complicó por cuanto, en primer lugar, bien se conoce que la "suspensión" y la "interrupción" no son conceptos que tienen los mismos efectos jurídicos frente a la prescripción; en segundo, por cuanto del contenido gramatical del precepto se deduce claramente que el legislador otorgó los efectos propios de la "interrupción" a la "suspensión" al disponer que se debe contar "nuevamente" el término de dos meses y, en tercero, porque la regulación del artículo 151 del CPT y de la SS, en cuanto dispone que el simple reclamo escrito interrumpe -mas no suspende- la prescripción sigue vigente. Un primer intento de solución del problema sería considerar el artículo 118 A de carácter específico en cuanto regula con exclusividad la prescripción para las acciones de fuero y la forma de suspenderse lo que impone su aplicación preferente sobre la otra norma.

La Ley 1010 del 23 de enero de 2001 adoptó medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones laborales.

Luego de definir y establecer mecanismos de prevención y corrección del acoso o mobbing, en el artículo 13 regló un procedimiento con el fin de sancionar las conductas constitutivas de aquel por parte de los jueces laborales lo que significa que él no se aplica cuando la competencia para conocer de aquellos le corresponde al Ministerio Público o a los Consejos Superiores y Seccionales de la Judicatura pues estos organismos cumplen esa función sancionatoria aplicando el procedimiento previsto en el Código Disciplinario Único.

En consecuencia los Jueces Laborales del Circuito tienen competencia únicamente para imponer sanciones cuando la víctima del acoso sea un trabajador particular pues así lo dispuso el artículo 12 de la ley comentada.

Digamos, igualmente, que las sanciones a imponer se establecieron en el artículo 10 y ellas son las siguientes:

1. Cuando el autor del mobbing sea un servidor público se considerará que cometió falta disciplinaria gravísima conforme al Código Disciplinario Único. Desde luego que esta sanción la impondrán el Ministerio Público o los Consejos citados pero nunca el Juez Laboral.
2. Cuando el acoso haya producido la renuncia o abandono del trabajo por parte de la víctima, se considerará que el contrato terminó sin justa causa por lo que el empleador debe pagar la indemnización que tarifa la ley para estos casos.
3. Multa entre dos y diez salarios mínimos mensuales para el acosador y para el empleador que tolere la conducta.
4. El empleador que ocasione el acoso o lo haya tolerado deberá pagar a la Empresa Prestadora de Salud y a la Aseguradora de Riesgos Profesionales

- a la que se encuentre afiliada la víctima el cincuenta por ciento del costo del tratamiento de la enfermedad profesional, alteración de salud o cualquier otra secuela originada en el acoso.
5. Se presumirá que el contrato de trabajo termina por justa causa imputable al empleador lo que conlleva que éste debe pagar la indemnización pertinente al trabajador particular acosado. Al romperse se nota la reiteración en esta sanción de la sanción comprendida en el numeral segundo anterior, y lo antitécnico del precepto en tanto exonera del pago del preaviso al trabajador en caso de que éste renuncie. Si el contrato termina por justa causa según la presunción, es obvio que el trabajador nada debe pero en cambio sí podrá reclamar la indemnización por despido indirecto.
 6. Si el acoso proviene de un compañero de trabajo o de un subalterno se tendrá como justa causa de terminación del contrato.

Para imponer una de las sanciones que se dejan citadas, el Juez del Trabajo agotará el siguiente procedimiento:

Recibida la solicitud o queja ya sea verbal o por escrito el Juez la acogerá mediante providencia que se debe notificar personalmente al acusado y al empleador tolerante dentro de los cinco días siguientes a la recepción. Notificadas estas personas el juez debe fijar fecha y hora para audiencia que se celebrará dentro de los treinta días siguientes. Dicha audiencia tiene por objeto practicar pruebas sin perjuicio de que estas se aporten con la queja. A ella solo podrán asistir las partes, los testigos y peritos en caso de ser necesarios. El principio de la publicidad procesal en consecuencia se limita en tanto se prohíbe la asistencia a la audiencia de terceros ajenos a la actuación. Recepcionadas las pruebas el juez debe dictar sentencia en la misma audiencia. Admite la ley que la decisión pueda ser impugnada mediante el recurso de apelación para ante el Tribunal Superior quien debe decidir la segunda instancia de plano dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la alzada.

Queda claro que la intención del legislador fue establecer un procedimiento breve, oral y sumario cuyos vacíos se llenarán con las normas pertinentes del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

No sobra poner de presente que la sentencia de segunda instancia no admite casación pues se trata de un procedimiento especialísimo más no ordinario.

En el artículo 18 de la Ley 1010 se estableció un término de caducidad de la acción sancionatoria de seis meses que se contará desde la fecha en que haya ocurrido la última conducta acosadora dado que estas deben ser reiteradas y persistentes conforme al artículo segundo.

Digamos finalmente que tal como se encuentra estructurada la ley estudiada, al procedimiento sancionatorio del juez, Ministerio Público o los Consejos Superiores o Seccionales no puede llegarse sin antes haber agotado las medidas correctivas establecidas en el artículo noveno y que se deben agotar ante el Inspector del Trabajo, Inspectores de Policía, Personeros Municipales o defensoría del Pueblo con competencia en el lugar de los hechos.

LA HUELGA

Calificación Judicial – Legalidad o Ilegalidad

Ley 1210 – 14 Julio de 2008

Zita Froila Tinoco Arocha Consultora Externa de la O.I.T.

Abogada Litigante

En el estudio de la Ley 1210 de 14 de julio de 2008, analiza su estructura y contenido en la siguiente presentación:

PRESENTACIÓN

11. Síntesis de la Ley, Resumen Procesal.
12. Antecedentes y Objetivos.
13. Análisis – Observaciones.
14. Conclusiones.

1. SÍNTESIS DE LA LEY, RESUMEN PROCESAL

Con el objeto de obtener, una visión global de la nueva Ley 1210 de 14 de julio de 2008 , se analiza en cuadro que resume el contenido, objetivo, competencia y procedimiento en la calificación de legalidad o ilegalidad de una suspensión colectiva de trabajo.

SINTESIS

Calificación Judicial – Legalidad o Ilegalidad Ley 1210 – 14 Julio de 2008

OBJETO:

Cuando se prolongue una huelga, suspensión o paro colectivo por 60 días calendario, sin que las partes, encuentren formulas de solución al conflicto que le dio origen, el empleador y los trabajadores, durante los 3 días hábiles siguientes podrán convenir cualquier mecanismo de composición, conciliación o arbitraje con el objeto de:

Establecer mecanismos alternativos.
Poner término a las diferencias.
Solucionar el conflicto que los distancia.
Formalizar el acuerdo final.

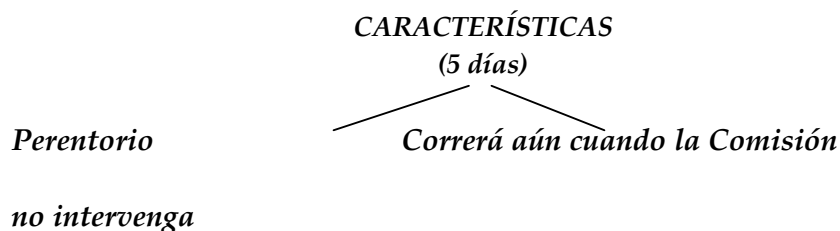
*De no encontrar la solución, de oficio o a petición de parte intervendrá la **Comisión de Concertación de Políticas Laborales y Salariales**, constituida por una Subcomisión de tres de sus miembros, uno por el Gobierno, uno de los trabajadores y uno de los empleadores, con el objeto de facilitar la solución del conflicto.*

COMISION NACIONAL PERMANENTE DE CONCERTACIÓN DE POLITICAS SALARIALES Y LABORALES

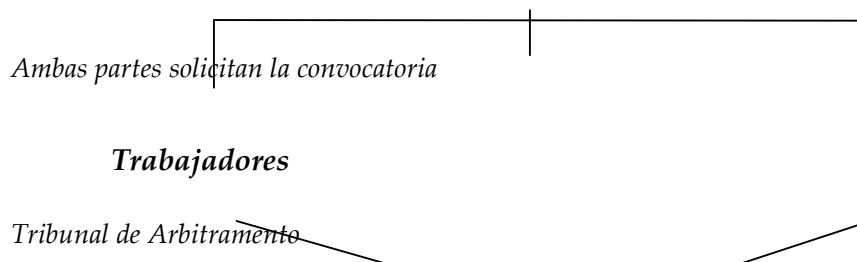
(Subcomisión)

Art. 9º Ley 278/96

Intervendrá: Durante un término máximo de cinco (5) días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente al vencimiento de los tres (3) días, Num. 4 inciso 1º.



VENCIDOS LOS TÉRMINOS



EFFECTUADA LA CONVOCATORIA

Los trabajadores dentro de un término máximo de 3 días hábiles tendrán la obligación de reanudar el trabajo.

La Comisión de Concertación de Políticas Salariales y Laborales podrá ejercer la función indicada en el Art.9º - Ley 278/96.

INTERVENCIÓN DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Parágrafo 2° - Art. 1°

Si una huelga, en razón de su naturaleza o magnitud afecta de manera grave en todo o en parte, con estas características:

La salud

La seguridad

El orden público

La economía

Previo concepto favorable

De la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, o en su defecto, en caso de vacancia judicial, el concepto previo favorable, corresponde al Procurador General de la Nación.

Puede ordenar en cualquier momento

*La cesación de la huelga
Arbitramento*

Someter el diferendo a Tribunal de

DECLARATORIA DE LEGALIDAD O ILEGALIDAD

La legalidad o ilegalidad será declarada judicialmente por el Tribunal Superior Competente.

LA DECISIÓN, deberá pronunciarse a más tardar dentro de los 10 días hábiles siguientes a la recepción de la demanda.

Art. 4 Num. 5

COMPETENCIA

Tribunal Superior Sala Laboral

1ª. Instancia

Preferente

*Territorial jurisdicción donde
se cumple el conflicto*

*Si son varios territorios
Jurisdiccionales*

*Es competente el Tribunal que
primero avocó conocimiento,
impedirá a los demás conocer.*

Se excepciona:

*Los procesos de calificación,
suspensión o paro colectivo de
trabajo, que esté conociendo
el Ministerio de la Protección
Social, antes de la vigencia de
la presente ley.*

Durante la vacancia Judicial:

*La Sala Administrativa del
Consejo Seccional o Superior de
la Judicatura para que designe
al funcionario competente.*

LA DEMANDA

Debe contener:

Requisitos art. 25 del Código de Procedimiento del Trabajo y Seguridad Social.

La causal invocada.

La justificación.

Acta de constatación cese de actividades, levantada por el Inspector de Trabajo.

Relación pormenorizada de las pruebas que lo demuestre.

Las pruebas deben presentarse con la demanda, no podrán ser aportadas en otra oportunidad.

Traslado y audiencia

*Admitida la demanda
Art. 4 num. 4*

Se notificará personalmente

La audiencia

Tendrá lugar al 3er

día hábil siguiente a
la notificación.

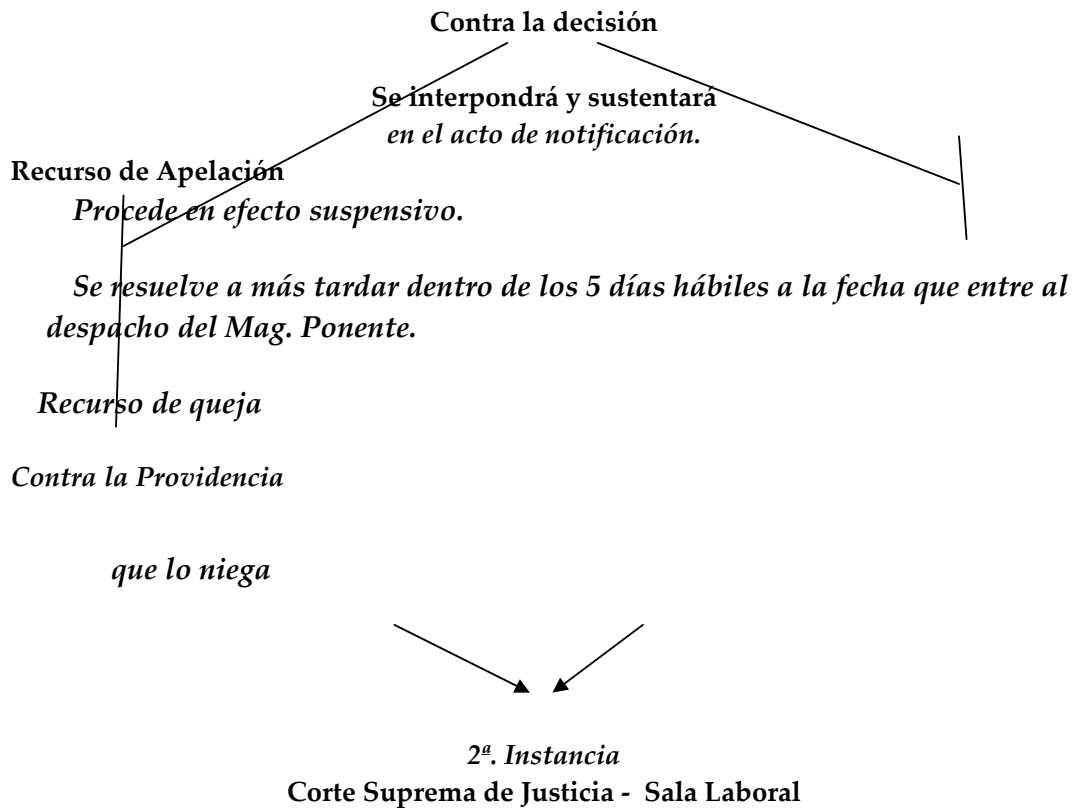
LA DECISIÓN

Debe contene :

La calificación de legalidad o ilegalidad.

Prevenciones del caso a las partes.

Comunicar al Ministerio de la Protección Social



Recurso de Apelación

Recurso de Queja

2. ANTECEDENTES Y OBJETIVOS

La Ley 1210 de 14 de julio de 2008, objeto de análisis traslada a la jurisdicción laboral ordinaria, **la calificación de legalidad o ilegalidad de una suspensión o paro colectivo del trabajo**, como consecuencia, de los requerimientos de la Organización Internacional del Trabajo OIT, mediante recomendaciones expedidas ante reiteradas violaciones a la Libertad Sindical, en Casos³⁶ tramitados ante los organismos de control y el Comité de Libertad Sindical de OIT.

La OIT, recomendó al Gobierno Colombiano, en los últimos veinte años, adecuar la legislación nacional a los Convenios 87 y 98³⁷, sobre Derecho de Asociación, Libertad y Autonomía Sindical y Negociación Colectiva, presentando al legislador iniciativas para modificar entre otros los artículos 430 y 451 del Código Sustantivo del Trabajo.

La legislación nacional, avanzó al regular la Constitución Política el carácter de norma interna a los Convenios Internacionales de OIT, quitando el carácter supletorio³⁸ de la regulación laboral sustantiva, cuando no hay norma exactamente aplicable al caso controvertido y a los Tratados Internacionales ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos³⁹ y que prohíben su limitación, prevalecen en el orden interno.

Estableció, la supremacía constitucional, que dispone que la Constitución Política es norma de normas, en caso de incompatibilidad con otras disposiciones o normas jurídicas se aplicará el principio constitucional⁴⁰.

La Corte Constitucional, señaló el progreso de la actual legislación en múltiples sentencias y es así como ha expresado, ... **Comparada con la legislación anterior, la Constitución de 1991 significó un notorio avance en cuanto a la concesión y garantía de las prerrogativas laborales**. El derecho de asociación y el de sindicalización se reconocen; el de huelga mantuvo su rango constitucional, y se limitó su ejercicio únicamente para los servicios públicos esenciales. Además, se estableció que los Convenios en materia laboral forman parte de la legislación interna (art. 53), y con ello, los jueces de la República adquirieron la obligación de tenerlos en cuenta y aplicarlos cuando sea pertinente (art. 230 CP)...⁴¹

Colombia como Estado miembro, que suscribió los Convenios Internacionales, Recomendaciones, y la Declaración de Principios Fundamentales de OIT de 1988, está obligado a cumplirlas como parte de la Organización Internacional del Trabajo, **no**

³⁶CLS Casos 2046, 2331, 2331, 2355, 2356

³⁷ Convenio 87 de 1948, Convenio 98 de 1949, ratificados por Ley 26 de 1976 y 27 de 1976

³⁸ Art. 19 del C.S. del T

³⁹ CP Art. 53, 93 y 94

⁴⁰ CP Art. 4

⁴¹ H. Corte Constitucional sentencia T568 de 1999

pueden adoptar medidas legislativas que menoscaben la libertad sindical y el derecho a la sindicalización.⁴²

La Corte Constitucional en forma reiterada ha reconocido esta obligación y la forma como la OIT establece su relación con los Estados Miembros, a través de Convenios y Recomendaciones⁴³, que deben ejecutarse de buena fe.

"...La Corte Constitucional ha reiterado, siguiendo los lineamientos de la Carta de la OIT, que a diferencia de los Convenios, las Recomendaciones no son normas creadoras de obligaciones internacionales, sino meras directrices, guías o lineamientos que deben seguir los Estados Partes en busca de condiciones dignas en el ámbito laboral de sus países.

Como se explicó atrás, los órganos de control también emiten recomendaciones y, en ocasiones son vinculantes. Es el caso, por ejemplo, de las que profiere la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: "La Comisión es competente, en los términos de las atribuciones que le confieren los artículos 41 y 42 de la Convención, para calificar cualquier norma del derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido al ratificarla o adherir a ella"; "39. Como consecuencia de esta calificación, podrá la Comisión recomendar al Estado la derogación o reforma de la norma violatoria...". Por último, "Todos los órganos de los Estados Partes tienen la obligación de cumplir de buena fe las recomendaciones emitidas por la Comisión, no pudiendo ésta establecer el modo de ejecutarlas a nivel interno (...) siendo por tanto el Estado el que debe determinar la forma de cumplir con las mismas..."

Acuerdo Tripartito "Por el Derecho de Asociación y la Democracia"

Para promover, a través de una representación permanente de la OIT en Colombia, cuatro aspectos prioritarios para el ejercicio de los derechos laborales y libertades⁴⁴,

⁴² Convenio 87

⁴³ Constitución OIT Artículo 19

⁴⁴ Acuerdo Tripartito, ejes:

documento suscrito por los actores sociales Gobierno, Trabajadores y Empresarios, avalado por la 95ª Conferencia Internacional del Trabajo de OIT, que se encontraba reunida en Ginebra Suiza, en ese momento. Por no cumplir el país con mecanismos de control de OIT, como recomendaciones, párrafos especiales, misión de contactos directos, representante especial del Director General Misión Tripartita de alto nivel, programa especial de cooperación, se suscribió el primero (1º) de Junio de 2006 en la Conferencia Internacional de OIT.

La Oficina Internacional del Trabajo, en la 96ª Conferencia Internacional del Trabajo, adoptó la visita de una Misión de Alto nivel, para identificar las nuevas necesidades a efectos de garantizar la aplicación del Acuerdo Tripartito y de el programa de cooperación⁴⁵.

Frente a las obligaciones incumplidas por el Estado se señala por la H. Corte Constitucional que... la desidia del Gobierno frente a las obligaciones internacionales adquiridas por Colombia, no puede ser fuente de derechos para la administración, ni causal de extinción de los derechos de los trabajadores. Al amparar los derechos invocados por los accionantes, la Corte no solo está protegiendo derechos constitucionales, sino que está llamando la atención al gobierno sobre el deber de cumplir en el orden interno los compromisos que libremente adquirió en el plano de las relaciones internacionales, para que los derechos de las personas consignados en los tratados no queden como meras buenas intenciones manifestadas externamente y desdichas en el país. Dado que **el Estado colombiano se obligó para con los otros**

la promoción y defensa de los derechos fundamentales de los trabajadores y las trabajadoras, de sus dirigentes sindicales y de sus organizaciones especialmente en lo que concierne a la vida;
la libertad sindical, de asociación y expresión, la negociación colectiva, así como la libre empresa para los empleadores;
la cooperación técnica que promueva el trabajo decente;
la promoción del diálogo social

⁴⁵ Carta del Director General de la OIT al Gobierno

Colombiano <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc96/pdf/pr-22-partl.pdf>

miembros de la OIT a garantizar los derechos de los trabajadores, y en lugar de hacerlo los violó, debe restablecerse el imperio de la Constitución..⁴⁶

3. ANÁLISIS

Los puntos tratados, acreditan que la libertad sindical es una exigencia incuestionable e ineludible para la Organización Internacional del Trabajo, característica de su esencia, al igual, que el tripartismo en virtud de su Constitución y de los instrumentos de la OIT se debe cumplir por los Estados Miembros.

La Conferencia Internacional del Trabajo en 1998, adoptó la Declaración relativa a los Principios y Derechos fundamentales en el Trabajo, donde ... **declara que todos los miembros ... tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los Derechos Fundamentales ... entre los que se incluye la libertad de asociación y la libertad sindical.**

El Comité de Libertad Sindical ha afirmado que el derecho de huelga es uno de los medios legítimos fundamentales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones

⁴⁶ H. Corte Constitucional, sentencia T568 de 1999

para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales (OIT, de 1996, párrafos 473 – 475)⁴⁷.

La huelga, considerada en el Derecho Colectivo del Trabajo en lo que se conoce como una triangularidad, es decir constituida por tres ejes fundamentales que son: la autonomía y libertad sindical, la negociación colectiva y el derecho de huelga, también reconocida por la comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT, quienes de manera continua y permanente sostienen que la libertad sindical incluye la negociación colectiva y la huelga.

La huelga, se debe mirar como un instrumento, un derecho, una facultad que es propia de la organización sindical y como instrumento principal para la solución de los conflictos colectivos de trabajo.

La ley 1210 de 14 de julio de 2008, es una reforma procesal, con el objeto aparente de cumplir las reiteradas recomendaciones formuladas a nivel internacional por violar la libertad y autonomía sindical. Cambiar la calificación administrativa de legalidad o ilegalidad de una suspensión colectiva del trabajo, por el ejecutivo Ministerio de la Protección Social.

El objetivo principal, se pierde al no corresponder la ley expedida al fin buscado, y de acuerdo a las normas superiores que lo regulan Constitución Política, sentencia de la H. Corte Constitucional, y Convenios Internacionales de OIT. En la exposición de motivos del Proyecto de Ley No. 190 de 2007 de Cámara, se cita al Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, cuando afirma "... dicha declaración no debería corresponder al Gobierno sino a un órgano independiente de las partes y que cuente con su confianza, particularmente en

⁴⁷ Oficina Internacional del Trabajo: Principios de la OIT sobre el derecho de huelga, Bernard Gernigon, Alberto Otero, Horacio Guido

aquellos casos en que éste es parte de un conflicto" , sobre las consecuencias de participar en una huelga determinó "el correcto ejercicio del derecho de huelga no debe acarrear sanciones perjudiciales de ningún tipo, que implicarían actos de discriminación sindical...

...no debería corresponder al Ministerio de Trabajo sino a la autoridad judicial o a una autoridad independiente", y señala también que ha observado que en Colombia existe la posibilidad de despedir trabajadores y dirigentes sindicales "incluso cuando la ilegalidad resulta de exigencias contrarias a los principios de libertad sindical"⁴⁸.

La competencia asignada a la jurisdicción laboral ordinaria, significa un hecho positivo, quita a la administración la facultad de regular un conflicto colectivo cuando en muchos casos el Estado es el mismo empleador, y de esta manera como se ha establecido por la H. Corte Constitucional es contrario a la buena fe.

"PRINCIPIO DE LA BUENA FE- el Estado no puede declarar ilegalidad de huelga, si el Estado es el empleador, resulta contrario al principio de la buena fe en el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por Colombia al ratificar los Convenios 87 y 98 de la OIT, que sea un órgano gubernamental el que haga la calificación de la ilegalidad de la huelga, pues de esa manera se priva a los trabajadores de una garantía: la de tener acceso a un tercero imparcial que decida, cuando el conflicto entre ellos y su empleador sobre la conformidad de la huelga con su regulación legal, no puede ser dirimido por las partes.

HUELGA-Illegalidad no puede ser declarada por autoridad administrativa⁴⁹.

En la síntesis de la ley, resaltamos algunas observaciones dentro del marco ya señalado así:

La intervención de la **Comisión Nacional Permanente de Concertación de Políticas Laborales y Salariales**, por una subcomisión tripartita integrada por Gobierno, trabajadores y empleadores cuando la huelga suspensión o paro colectivo se prolongue por 60 días calendario, es el fomento al diálogo social, que facilita se encuentren

⁴⁸ Gaceta del Congreso No. 604, martes 27 de **noviembre** de 2007, pag. 2

⁴⁹ H. Corte Constitucional sentencia T568 de 1999

fórmulas de solución, con un hecho aún mas positivo que es cuando vencidos los términos, como ya vimos la convocatoria al Tribunal de Arbitramento que dirime el conflicto, debe hacerse **por ambas partes**, y no es posible su conformación, cuando solo una de ellas, así, lo solicita al Ministerio de la Protección Social, sin perjuicio de lo anterior la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales podrá continuar con la función de encontrar solución.⁵⁰

Efectuada la convocatoria del Tribunal de Arbitramento, los trabajadores tendrán la obligación de reanudar el trabajo dentro de un termino máximo de 3 días hábiles⁵¹.

La disposición anterior, según comunicado de prensa de la H. Corte Constitucional por sentencia de Constitucionalidad C466 de 2008, Mag. Ponente Jaime Araujo Rentería la **obligación de reanudar el trabajo dentro de un termino máximo de 3 días hábiles**, fue modificada en el sentido de que **"los trabajadores tendrán la obligación de reanudar el trabajo dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a partir del día en que el Tribunal de Arbitramento profiera el Laudo respectivo que resuelve el conflicto colectivo laboral y no desde el momento de convocatoria del Tribunal de Arbitramento como lo establecía la norma declarada inexecutable..."** en cuyo caso contenido en el numeral 4 del artículo 448, del Código Sustantivo del Trabajo que fue modificado por la sentencia anterior.

Intervención del Presidente de la República, parágrafo 2 artículo 1º, que faculta y continúa la calificación de la huelga en cabeza de la administración, del ejecutivo, en este caso es el Presidente de la República, cuando la huelga en razón de su naturaleza o magnitud, afecta de manera grave en todo o en parte, la salud, la seguridad, el orden público o la economía, **previo concepto favorable de la H. Corte Suprema de Justicia -**

⁵⁰ Ley 278 de 1976, Art. 9º

⁵¹ Ley 1210 de 14 de julio de 2008, Art. 1º numeral 4, inciso 3.

Sala Laboral, puede ordenar en cualquier momento la cesación de la huelga y someter el diferendo a un Tribunal de Arbitramento.

Los motivos, señalados anteriormente, no pueden determinarse de manera general, deben ser definidos por el legislador ¿qué servicios públicos son esenciales ?⁵², definidos por el legislador en donde la huelga no está garantizada, no se puede hacer remisiones o delegaciones de ésta facultad a otras autoridades.

El carácter esencial de un servicio público se predica, cuando las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales. Ello es así en razón de la preeminencia que se reconoce a los derechos fundamentales de la persona y de las garantías dispuestas para su amparo, con el fin de asegurar su respeto y efectividad.⁵³

Hoy, solo se han definido, como servicios públicos esenciales, los siguientes:

La Banca Central, inciso 2, artículo 39 Ley 31 de 1992.⁵⁴

Los servicios públicos domiciliarios, Ley 142 de 1994

El Sistema General de Pensiones, en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones, artículo 4º, Ley 100 de 1993.⁵⁵

⁵² C. P. Art. 56

⁵³ Constitución Política y Derecho de Huelga, Fescol, Debate Laboral, Oscar José Dueñas Ruiz, Orlando Obregón Sabogal, Francisco Yesid Triana, Gerardo Arenas Monsalve, Alvaro Delgado Guzmán

⁵⁴ Declarado exequible según sentencia C-521 de 1994 M.P. Jorge Arango Mejía

⁵⁵ Declarado exequible según sentencia C-450 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell

Observamos, una nueva modalidad de incumplir los compromisos contraídos por el país con la legislación internacional, que debe respetar en su condición de Estado Miembro.

Declaratoria de legalidad o ilegalidad, se fija la competencia para determinar la legalidad o ilegalidad de un conflicto o suspensión colectiva de trabajo por el Tribunal Superior competente, el que tiene una competencia privativa y preferente, para entrar a decidir.

Se observa en este punto:

La demanda, debe cumplir con los requisitos señalados en esta norma y lo dispuesto en el artículo 25 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social.

Aplicar y hacer efectiva la oralidad, de acuerdo a la Ley 1149 de 2007, en los trámites determinado para la audiencia.

Las pruebas, deben presentarse con la demanda y no podrán ser aportadas en otra oportunidad.

Dispone, no tomar en cuenta las irregularidades adjetivas de trámite en que haya podido incurrir, significa que se está violando el debido proceso y el derecho de defensa. Violación encaminada a dar un efecto solemne a un documento incompleto como sucede siempre con las actas de constatación efectuadas por el inspector de trabajo, al respecto la H. Corte Constitucional se pronunció sobre la verificación del cese de actividades.

“... a. La verificación del cese de actividades

NADA autoriza al ente administrador o a funcionario judicial alguno a interpretar el ordenamiento jurídico de forma que haga nugatoria la garantía constitucional que existe para toda persona, de participar en la producción de las decisiones que la afectan (C.P. art. 2); el Ministerio y las demás autoridades, fueron instituidas para realizar un fin esencial del Estado, completamente opuesto a las actuaciones unilaterales excluyentes, constitutivas de una auténtica vía de hecho en la que incurrieron. En el caso bajo examen, tal actuación es violatoria del derecho de participación de los trabajadores afiliados al sindicato - tanto de los que participaron del cese como de los que no lo hicieron, y del Sindicato actor, así como los Convenios 87 y 98 de la OIT, que hacen parte del bloque de constitucionalidad..."⁵⁶

El procedimiento establecido concluye con la segunda instancia ante la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, que es competente para tramitar el recurso de apelación o el recurso de queja contra la providencia que niega el recurso de apelación.

El término, para expedir la decisión sobre calificación sobre la legalidad o ilegalidad de una suspensión o paro colectivo del trabajo debe pronunciarse a mas tardar dentro de los diez (10) días hábiles siguientes contados a partir de la recepción de la demanda.

¿ Preguntamos los diez (10) días hábiles son comunes para las dos instancias ?. La norma no lo define.

La decisión, deberá contener, además, las prevenciones del caso para las partes en conflicto, y se dará a conocer al Ministerio de la Protección Social.

Obligatoriedad artículo 5º : establece la obligación de presentar un informe al Gobierno nacional respecto de la preparación que haya efectuado de proyectos de ley

⁵⁶ H. Corte Constitucional sentencia T568 de 1999

relacionados con las materias que hacen referencia a el derecho de asociación ⁵⁷, derecho de negociación colectiva⁵⁸ y derecho de huelga⁵⁹, por la Comisión Nacional Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales, dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia de esta ley, en concordancia con el literal H del artículo 2º de la ley 278 de 1996.

⁵⁷ C.P. Artículo 39

⁵⁸ C.P. Artículo 55

⁵⁹ C.P. Artículo 56

CONCLUSIONES

Presento a manera de conclusión, dentro del contenido del estudio y análisis de la Ley 1210 de 14 de julio de 2008, que modificó parcialmente los artículos 448 numeral 4 y 451 del Código Sustantivo del Trabajo, y 2 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social, y crea el artículo 129 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, tomo lo dispuesto por la H. Corte Constitucional, en los términos siguientes:

"...En lo que hace a los derechos laborales, el cumplir de buena fe las obligaciones internacionales adquiridas por los Estados, consiste en ampliar en lo posible el espectro de protección de los derechos de los trabajadores en el orden interno, de acuerdo con los avances de la legislación y jurisprudencia internacionales. Se supone que los Estados deben abstenerse de legislar internamente en contra de los tratados ratificados sobre la materia..".⁶⁰

"..Estas facultades limitadoras que se delegan de manera exclusiva en el órgano legislativo, sin embargo, no pueden ser desarrolladas de manera arbitraria; de lo contrario, el derecho de huelga dejaría de ser un verdadero derecho. Por esta razón, la Corte puede entrar a revisar la reglamentación a la que se encuentra sometido el derecho, para determinar si ésta corresponde a los principios que informan la Constitución..."⁶¹

"...En el caso de los servicios públicos esenciales, ya la Corte ha indicado que la potestad del legislador está circunscrita por la determinación material del concepto mismo de "servicio público esencial" (Sentencia C-473 de 1994, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero), pues se desvanecería el derecho si todo lo que el legislador calificara de esta forma, por ese solo hecho, correspondiera al concepto al que ha querido referirse el Constituyente. .."⁶²

Las conclusiones anteriores recogen la realidad de un derecho aún no definido, en donde se quiere mostrar ante la Organización Internacional del Trabajo, que el país

⁶⁰ H. Corte Constitucional sentencia T-568 de 1999

⁶¹ H. Corte Constitucional sentencia T-568 de 1999

⁶² H. Corte Constitucional sentencia T-568 de 1999

avanza en las soluciones por las violaciones permanentes y constantes a la libertad y a la autonomía sindical dispuesta en los Convenios 87 y 98 de OIT y en la Declaración de Principios de 1998, vemos simplemente una distracción que no da la solución a la normatividad laboral en conflicto, que ocasiona precisamente la vulneración a los derechos de las trabajadoras y trabajadores colombianos.

CASO No. 9 – PROCEDIMIENTO LEY 1210 DE 2008

Los empleados de los despachos de las Cortes, Tribunales y Juzgados del país se encuentran en paro colectivo de trabajo.

AUTOEVALUACION

1. Podría el Ministerio de la Protección social presentar la solicitud de declaratoria de ilegalidad del paro ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santa Marta? Explique.
2. En el caso planteado, aparte del Ministerio de la Protección Social, quién estaría legitimado por activa para presentar la demanda? Le correspondería al nominador respectivo o a la Dirección Ejecutiva Nacional, como representante legal de la Rama Judicial?
3. El conflicto de intereses señalado en la Ley 1210 de 2008, afectaría para decidir a los integrantes de las distintas corporaciones judiciales señaladas por la ley como competentes para resolver?
4. El termino dispuesto en el numeral 5 del artículo 4 de la ley 1210/08 opera únicamente para el trámite de primera instancia, o comprende ambas instancias?
5. El procedimiento preferente, señalado en la ley 1210/08 artículo 2, tendría la virtualidad de desplazar en su trámite acciones de tutela y habeas corpus?
6. En términos generales, no referido necesariamente al caso planteado,

- a) Podrían los trabajadores continuar en el cese de actividades, una vez se efectúe la convocatoria del Tribunal de Arbitramento?
 - b) Si la huelga afecta de manera grave la seguridad y el orden público en parte de la población, según concepto favorable de la Sala de Casación Laboral de la H Corte, podría el Presidente de la República ordenar la cesación de la huelga, o ésta apenas podría concluir una vez el Tribunal de Arbitramento profiera el laudo respectivo?
7. Es acertado asignar al Tribunal de Casación funciones como fallador de segunda instancia, así como continuar con la intervención relacionada en el parágrafo 2 del artículo 1 de la ley 1210/08?
 8. La contestación de la demanda en audiencia deberá formularse de manera oral o se permitiría traerla por escrito?
 9. Deberá contener la contestación de la demanda los requisitos del artículo 31 C.P.L., modificado por el artículo 18 de la ley 50 de 1990 , así como sus consecuencias?
 10. En el evento en que se necesite decretar pruebas por parte de la Sala cuál es el lapso para practicarlas?
 11. Podrían las partes dentro del desarrollo de la audiencia solicitar al tribunal el decreto de pruebas?
 12. Podría el Tribunal durante la celebración de la audiencia referida en el inciso 2 del numeral 4 del artículo 4 de la ley 1210/08, solicitar un receso para pronunciar el fallo? En caso afirmativo, cuál sería el término?
 13. La aplicación del principio de oralidad tendría alguna excepción durante el trámite de las instancias?

DECISIONES JUDICIALES

9.1. LOS TRABAJADORES SOLO TENDRAN LA OBLIGACIÓN DE REANUDAR EL TRABAJO DENTRO DE LOS 3 DÍAS HÁBILES SIGUIENTES A PARTIR DEL DÍA EN QUE EL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO PROFIERA EL LAUDO QUE RESUELVA EL CONFLICTO.

(...)

"7.4 El numeral 4 del artículo 448 del CST. La inconstitucionalidad de la expresión "en cuyo caso" y la exequibilidad condicionada del resto del precepto normativo

"7.4.1 El numeral 4 del artículo 448 del CST estipula que cuando una huelga se prologue por sesenta (60) días calendario, sin que las partes encuentren fórmula de solución al conflicto que dio origen a la misma, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social podrá ordenar que el diferendo se someta a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, en cuyo caso los trabajadores tendrán la obligación de reanudar el trabajo dentro de un término máximo de tres (3) días hábiles.

"Los cargos de la demanda afirman que esta disposición transgrede los artículo 53 y 56 de la Constitución, el artículo 3 del Convenio 87 de la OIT, el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT, el artículo 5 del Convenio 154 de la OIT, por cuanto la limitación de imponer un término a la huelga y la obligación de someter el conflicto colectivo a la decisión de un tribunal de arbitramento obligatorio constituye una intromisión e injerencia inadmisible de las autoridades que atenta contra la libertad sindical y el derecho de huelga.

"En relación con el alcance de la disposición demandada, encuentra la Corte que la norma acusada impone a los trabajadores y sus organizaciones sindicales dos limitantes al ejercicio del derecho de huelga: (i) en primer lugar, la determinación de un término máximo para el desarrollo de la huelga por parte de los trabajadores y sus organizaciones sindicales; y (ii) la determinación que el conflicto colectivo de trabajo, una vez transcurrido el plazo máximo fijado

para la huelga, se resuelva por la vía de un tribunal de arbitramento obligatorio convocado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

"Debe entonces esta Sala resolver si tales limitaciones al derecho a la huelga son constitucionales o si por el contrario resultan contrarias al orden constitucional y a los Convenios de la OIT.

"7.4.2 Con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva y considerativa de la presente sentencia en relación con el derecho de huelga y con la figura del arbitramento en materia laboral, colige la Sala las siguientes conclusiones respecto de la norma demandada:

"(i) En primer lugar, recuerda la Sala que el derecho de huelga es un derecho de orden constitucional consagrado en el artículo 56 Superior, que constituye una expresión directa de la libertad sindical, del derecho de asociación y del derecho de negociación colectiva de los trabajadores, y que es una institución que se encuentra enmarcada dentro del contexto normativo del Estado social, constitucional y democrático de Derecho y que contribuye a la convivencia pacífica a través del logro de relaciones laborales más equilibradas, justas y equitativas. En este sentido reitera la Sala que la Constitución de 1991 amplió el derecho de huelga para extenderlo a los servicios públicos no esenciales.

"Así mismo, que el derecho de huelga es un derecho que se encuentra protegido por los Convenios 87, 98 y 154 de la OIT, al ser un instrumento esencial del ejercicio de la libertad sindical, del derecho de asociación y de la negociación colectiva por parte de los trabajadores.

"(ii) En segundo lugar, reitera la Sala que la única limitación constitucionalmente válida que es procedente frente al ejercicio del derecho de huelga es el que su realización se encuentra prohibida excepcional y exclusivamente en aquellas actividades que constituyan servicios públicos esenciales.

“Así mismo, la Corte encuentra que la definición de servicios públicos esenciales no puede ser una definición amplia, vaga y subjetiva sino que tiene que ser una definición estricta, precisa y objetiva que haga referencia exclusivamente a aquellos servicios públicos cuya suspensión pueda poner en grave peligro derechos fundamentales como la vida o la integridad física de las personas, y que no se puede hacer de ninguna manera referencia a criterios amplios, vagos o laxos como el de utilidad pública, interés general o importancia económica o industrial de la actividad para catalogarla como servicio público esencial.

“Por tanto, considera la Sala que desde un punto de vista constitucional el derecho de huelga sólo es limitable respecto de aquellas actividades que constituyan servicios públicos esenciales, entendidos éstos como aquellos servicios públicos que garantizan derechos fundamentales de primordial importancia como la vida o la integridad física de las personas.

“(iii) En tercer lugar, evidencia la Sala que aunque la regla general es la administración de justicia pública y estatal por parte de los jueces de la República, la Constitución permite la convocatoria por las partes de un tribunal de arbitramento como mecanismo de administrar justicia por parte de los particulares (art. 116 C.P.) y que en materia laboral busca dirimir un conflicto colectivo, después de agotadas las etapas de arreglo directo y huelga.

“(iv) De conformidad con las premisas anteriores, considera la Corte que si bien las limitaciones que prevé el numeral 4 del artículo 448 del CST respecto de la duración de la huelga hasta por un máximo de sesenta (60) días calendario y en aras de avanzar a un arreglo del conflicto colectivo, resulta razonable proceder a la convocatoria de un tribunal de arbitramento, por el contrario, resulta violatorio del derecho de huelga, obligar a los trabajadores al cabo de ese término, a reanudar el trabajo dentro del plazo de tres (3) días hábiles, sin haberse solucionado aún el conflicto que dio origen al cese de actividades.

“En este orden de ideas, evidencia la Sala que tal como está redactado el precepto normativo demandado, le otorga al Gobierno en la práctica -esto es al Ministerio de Trabajo y Seguridad

Social, hoy Ministerio de la Protección Social-, la facultad de terminar, vía administrativa, con la huelga de los trabajadores una vez transcurrido el término de sesenta (60) días que establece la ley, con el sólo acto de ordenar que el diferendo se someta a la decisión de un tribunal de arbitramento, sin que hubiere quedado resuelto el conflicto colectivo de trabajo. En criterio de la Corte, lo anterior hace en la práctica nugatorio el derecho de huelga, ya que la huelga se puede dar por terminada por el Gobierno con la convocatoria del tribunal de arbitramento. De esta forma la Corte encuentra que queda a disposición del Gobierno la terminación de la huelga de los trabajadores, ya que con el sólo acto de la convocatoria de arbitramento se daría por terminada la huelga, sin que el conflicto colectivo de trabajo estuviera resuelto, obligando a los trabajadores a reanudar el trabajo dentro de tres (3) días hábiles siguientes.

(v) Por esta razón, la Corte encuentra necesario declarar la inexequibilidad de la expresión "en cuyo caso" contenida en el numeral 4 del artículo 448 del Código Sustantivo del Trabajo, y exequible de manera condicionada el resto del numeral 4 del artículo 448 del CST, en el entendido de que la obligación que tienen los trabajadores de reanudar el trabajo dentro del término allí previsto, se contará a partir de la fecha en que el tribunal de arbitramento profiera el laudo respectivo.

"8. Conclusión (...)

*"Finalmente, procederá esta Corte a declarar la **inexequibilidad** de la expresión "en cuyo caso" contenida en el numeral 4 del artículo 448 del CST y la **exequibilidad** del resto del numeral, en el entendido de que la obligación que tienen los trabajadores de reanudar el trabajo dentro del término previsto, se contará a partir de la fecha en que el tribunal de arbitramento profiera el laudo respectivo.(...) (SENTENCIA C- 466/08. Magistrado Ponente: Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA*

PROCEDIMIENTO PARA LA CALIFICACIÓN DE LA HUELGA

Como según lo prescrito en el numeral primero del artículo 451 del CST la declaratoria de ilegalidad de la huelga correspondía por vía administrativa al Ministerio de la Protección Social, no existía en el CPTSS procedimiento judicial alguno con tal fin. Desde el momento en que el legislador dispuso que dicha tarea estaría en manos de los Tribunales Superiores por medio de la ley 1210 del 14 de julio de 2008, en la misma creó un procedimiento especial para que dichos funcionarios judiciales cumplieran con su nueva labor. Con tal fin se modificó el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y se creó el artículo 129 A en el mismo estatuto.

El primer precepto se modificó únicamente para adicionarle el numeral 10. En este se dispuso que “la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: 10. La calificación de la suspensión o paro colectivo del trabajo”.

Con el precepto anterior llegó a su fin la declaratoria de ilegalidad de la huelga por vía administrativa en cabeza del Ministerio de la Protección Social quien, no obstante, conservaría la competencia para hacerlo en los casos referidos en el párrafo 1º del artículo 4º de la ley 1210 de 2008.

Conforme al párrafo citado, toda petición de declaratoria de ilegalidad de una huelga que se haya radicado ante el Ministerio referido hasta el día anterior a la fecha en que entró en vigencia la ley 1210, le corresponde conocerla, tramitarla y decidirla a ese Ministerio. Como esa norma se publicó en el diario oficial No. 4750 del 14 de julio de 2008, a partir del 15 de ese mes deben calificar la ilegalidad de las huelgas los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en sus salas especializadas laborales pues así lo dispuso el artículo 6º de la ley comentada.

1. Procedimiento Especial y Preferente.

Es conocido que los procesos laborales y de la seguridad social se organizan en dos grande grupos:

Ordinarios y,
Especiales

Los ordinarios se subdividen a la vez en:

- 1.1- Ordinarios de única instancia
- 1.2- Ordinarios de primera instancia

Pertenecen a los especiales el fuero sindical con sus tres acciones -levantamiento, reinstalación y reintegro-, el arbitral -el cual no manejan los jueces laborales institucionales-, el ejecutivo laboral, el sancionatorio del acoso laboral establecido en el artículo 13 de la ley 1010 del 23 de enero de 2001, y el sumario que regula el artículo 52 de la ley 50 de 1990 para el caso de las disoluciones y liquidaciones de asociaciones profesionales y su correspondiente cancelación del registro sindical.

Ahora la ley 1210 de 2008 trae un nuevo procedimiento especial para la calificación de la suspensión o paro colectivo del trabajo.

Significa lo anterior que esta actuación específica debe atender primordialmente el trámite establecido en el artículo 4º de la ley precitada y sólo excepcionalmente -en caso de vacío legal- las normas propias del proceso ordinario cuidando eso si que no se opongan a la brevedad, preferencia, rapidéz y concentración con que fue pensado y establecido este procedimiento.

De otra parte, el carácter de preferente que le adjudicó a esta actuación el numeral 1 del artículo 2º de la ley 1210 debe tener efectos prácticos que se concretarán en el poder de desplazamiento que dicha actuación tendrá respecto de cualquier otro proceso judicial -excepto tutelas- para efectos de su trámite y resolución. Es que de otra manera sería imposible cumplir el perentorio término de 10 días hábiles que se fijó en el numeral 5º del artículo 4º de la ley en estudio los que se contarán a partir de la fecha en que se recibió la demanda por parte del Magistrado ponente.

2. Oralidad

La ley 1210 no fue expresa en adoptar el sistema procesal oral para esta clase de actuaciones. Sólo de expresiones aisladas y antitécnicas del artículo 4º de aquella se puede sostener con lógica y razonabilidad que fue la oralidad el sistema que se quiso adoptar para su trámite.

Se arrima a esta conclusión con fundamento en el punto 4 del artículo 4º de la ley. En este precepto se dispuso que el Tribunal Superior competente deberá citar "a las partes para audiencia" que se celebrará, a la hora que fije el juez, al tercer día hábil siguiente a la notificación del auto admisorio de la demanda, audiencia -única- en la cual se agotará todo el procedimiento ya que va desde la contestación de la demanda hasta la concesión o negación del recurso de apelación que pueden formular las partes.

En consecuencia, si el proceso se debe tramitar y agotar dentro de la única audiencia que estableció el legislador, ella debe obedecer a los principios de oralidad y publicidad establecidos en el artículo 21 de la ley 712 de 2001 que modificó el original artículo 42 del CPT y que a su vez fue reformado por el artículo 3º de la ley 1149 de julio 13 de 2007.

3. Competencia de los Tribunales Superiores

La ley 1210 de 2008 le atribuyó a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, por intermedio de sus salas especializadas laborales o de las promiscuas donde no existen aquellas, la competencia para conocer de estas actuaciones procesales.

Tal decisión se tomó en los siguientes términos: "Competencia: Es competente para conocer, la Sala Laboral del Tribunal Superior en cuya jurisdicción territorial se haya producido la suspensión o paro colectivo del trabajo. Si por razón de las distintas zonas afectadas por ella fuesen varios los Tribunales competentes, el primero que avoque el conocimiento del asunto prevendrá e impedirá a los demás conocer del mismo".

Vistoso resulta que fueron dos factores de competencia los que determinaron que el legislador estableciera dicha competencia en los Tribunales Superiores. Por un lado el factor territorial y, por otro, el factor funcional. Conforme al primero conocerán de la calificación de las huelgas los Tribunales con jurisdicción en el territorio donde se desarrolle aquella. Ahora, frecuente va a presentarse el caso en donde una huelga se ejecute en dos o más zonas geográficas pertenecientes a igual número de Distritos Judiciales que tienen como cabeza jurisdiccional diferentes Tribunales Superiores. En este caso, dispuso el precepto estudiado que conoce a prevención el primer Tribunal que asuma competencia. Ahora, atendiendo el factor funcional, quiso el legislador que de estas actuaciones conocieran en primera instancia tales instituciones y, en segunda, la Corte Suprema de Justicia, disposición con la cual se reformó el artículo 10 de la ley 712 de 2001 -artículo 15 CPT- precepto en el cual se le adjudican tanto a la Corte como a los Tribunales los asuntos a conocer atendiendo el factor funciona

4. Demanda

El escrito que tenga como finalidad obtener la calificación de una huelga, desde el punto de vista formal, debe contener los requisitos que establece el artículo 25 del CPTSS para las demandas en los procesos ordinarios de primera instancia y, además, unos especiales para esta clase de actuaciones.

4.1. La designación del tribunal competente

Ya quedó establecido que fueron los factores territorial y funcional los que el legislador tomó en cuenta para determinar la competencia de un determinado Tribunal. Por el primero siempre le corresponderá conocer de estas demandas al Tribunal que ejerza jurisdicción en el territorio en donde se lleve a efecto o se haya consumado el cese colectivo del trabajo.

Si son dos o más los competentes conocerá, a prevención, atendiendo el orden en que asuma competencia. El primero que lo haga desplazará a los demás. Por el segundo factor, esto es el funcional, siempre conocerán de estas demandas los Tribunales Superiores en primera instancia, y la Corte Suprema de Justicia en segunda.

La razón de esta escogencia es obvia: La mayor experiencia de los funcionarios que integran dichas instituciones garantizan un mayor acierto en la decisión de ese asunto de extrema trascendencia económica, social y política.

4.2 El nombre de las partes y sus representantes

Para entender correctamente quienes pueden ser partes en este proceso hay que tener en cuenta que el conflicto que lo origina es de carácter colectivo pero no necesariamente económico tal como sucede en los casos de ceses colectivos de trabajo por incumplimiento de las obligaciones del empleador regulados en el artículo 9º del decreto 2351 de 1965 el cual fue reglamentado por el Decreto 1373 de 1966 y reconfirmado por el artículo 7º de la ley 584 de 2000.

En este sentido pueden ser parte:

- a- El sindicato de trabajadores comprometido en la huelga,
- b- El empleador o empleadores partes del conflicto colectivo,
- c- El colectivo o grupo de trabajadores no sindicalizados que en ejercicio del derecho de coaligación han adoptado la huelga como medio de presión laboral, y
- d- El Ministerio de la Protección Social por disposición del numeral 1 del artículo 4º de la ley 1210 de 2008.

Cuando actúen como partes el sindicato o una persona jurídica como empleadora no hay problema en su representación procesal en tanto los representantes legales de dichas organizaciones asumirán ese papel obviamente a través de apoderados

judiciales. Dichos representantes generalmente serán el presidente del primero y el gerente de la segunda.

No es sencillo el caso, en cambio, cuando hace parte del cese de labores un colectivo de trabajadores no sindicalizados ya que estos se encuentran generalmente organizados transitoriamente y por ende carecen de representante legal en estricto sentido.

Se podría pensar que tal papel lo pueden adoptar los delegados que se nombren para la etapa de la negociación. Pero sucede que tal facultad, por ministerio de la ley, es sólo para esos fines y nunca para casos de representación judicial.

Se asoma como solución plausible para este caso la de considerar como parte a esa pluralidad de trabajadores coaligados que entraron en el cese colectivo de trabajo por lo que se debe demandar a todos. Aquí se presenta un problema tangente si no pasamos desapercibido que en una huelga siempre hay trabajadores que participan activamente y otros que lo hacen por fuerza de las circunstancias ¿A quiénes corresponde demandar en consecuencia?

Para efectos prácticos se impone que la demanda se dirija contra todos dada la imposibilidad de hacer diferencias y, además, por la existencia de mecanismos legales como los contenidos en el Decreto 2164 de 1958 reglamentado con las resoluciones 1064 y 1091 de 1959 con los cuales se protegen a los trabajadores que no fueron activos en la huelga.

4.3. El domicilio y dirección de las partes

Su necesidad tiene que ver con el sitio en donde las partes recibirán las notificaciones para todos los efectos legales.

4.4. El nombre, domicilio y dirección del apoderado judicial

Las partes, por la naturaleza del asunto y la jerarquía de los jueces competentes, deben actuar mediante apoderados judiciales de quien se debe indicar su domicilio y dirección, pues es un requisito expreso que establece el artículo 12 de la ley 712 de 2001.

4.5. Clase de Proceso

Ya quedó dicho que por disposición legal el proceso que le corresponde a esta clase de actuaciones es el especial establecido en el artículo 4º de la ley 1210 de 2008.

4.6. Pretensiones

Este proceso tendrá una específica y concreta demanda: La declaratoria de ilegalidad de la huelga.

Es claro que por tratarse de un proceso especial no podrán acumularse pretensiones diferentes así sean consecuencia de la ilegalidad como por ejemplo la indemnización de perjuicios causados con el cese colectivo de trabajo de que habla el numeral 4º del artículo 65 de la ley 50 de 1990. Esta pretensión será objeto de un proceso ordinario laboral más nunca del especial que estudiamos. En caso de acumularse indebidamente pretensiones se constituirá la excepción previa de inepta demanda que podrá formular el demandado al contestar la demanda, o podrá ser causal de inadmisión de la demanda que decretará el Tribunal competente.

Ni siquiera podrá intentarse acumular la petición de suspensión o cancelación de la personería jurídica del sindicato que fuese parte en la huelga -numeral 3 del artículo 65 de la ley 50 de 1990- dado que si bien esta petición también se tramita mediante un proceso sumario, la misma ley estableció un procedimiento especialísimo en el artículo 52 de la ley 50 de 1990 que no coincide con el que corresponde adelantar para la declaratoria de ilegalidad de la huelga.

4.7. La Causal Invocada

Esta es una exigencia propia de las demandas que dan inicio a esta clase de procesos especiales. Es apenas obvia su presencia en tanto que la huelga sólo puede ser declarada ilegal por las expresas y taxativas causas que establece la misma ley en el artículo 65 de la ley 50 de 1990 que modificó el 450 del CST. En otros términos, no podrán invocarse demandas de declaratoria de ilegalidad de una huelga fundadas en causales no establecidas en el precepto citado. Como esas causales se estudiaron en capítulo diferente, a él nos remitimos.

4.8. Hechos y Omisiones

Según el artículo 25 del CPTSS los hechos y las omisiones deben presentarse clasificados y enumerados. Este requisito deberá estar en conexión directa con la causa que se invoque como justificante de la ilegalidad demandada causales que, como ya se anotó, se encuentran enlistadas taxativamente en el artículo 65 de la ley 50 de 1990 que modificó el 450 del CST. En tal sentido, por ejemplo, si en la demanda se propone como causal de ilegalidad la contemplada en el literal f) del precepto citado, en los hechos se debe afirmar que el cese colectivo del trabajo se ejecutó con "violencia" procediendo a indicar en qué consistió o los actos constitutivos de esta.

4.9. Las Razones y Fundamentos de Derecho.

Dentro de los fundamentos de derecho se indicarán los preceptos legales tanto de orden sustancial que establecen la causal de ilegalidad de la huelga como el procedimiento para tramitar esa declaración. Ahora la exigencia de señalar las razones jurídicas de la petición "no pueden dar lugar a que el demandante tenga que desplegar un extensa argumentación jurídica o fáctica en defensa de sus derechos, precisamente por la misma razón por la que la Corte Suprema de Justicia -sentencia de junio 26 de 1986- se opone a que la demanda se inadmita o rechace por el equívoco señalamiento de los fundamentos de derecho, pues si el juez tiene la obligación de conocerlos también tiene la de conocer las razones jurídicas que imponen su aplicación al caso concreto. Este es el

fundamento por el que no se podrá convertir esa vieja exigencia -nunca reclamada por los jueces- es una nueva formalidad a cumplir en la demanda"⁶³.

4.10. Pruebas

Siguiendo los lineamientos fijados en la ley 712 de 2001, la ley 1210 de 2008 fue expresa en exigir que las pruebas tendientes a demostrar la causal de la ilegalidad de la huelga se deberán aportar necesariamente con la demanda quedando cerrada cualquier otra oportunidad procesal (numeral 3º, artículo 4º ley 1210 de 2008).

En cuanto a la técnica para pedir estas pruebas me remito a lo expuesto en el libro "Derecho Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social"⁶⁴ de mi autoría.

La nueva ley tiene previsto que toda demanda que busque la calificación de ilegalidad de una huelga debe ir acompañada de una prueba documental específica: El acta de constatación del cese de actividades que debe levantar el Inspector del Trabajo.

5. Anexos de la Demanda

Además de los anexos que toda demanda laboral debe llevar conforme a lo preceptuado en el artículo 14 de la ley 712 de 2001 que reformó el 26 del Código Procesal del Trabajo, se requiere acompañar "El acta de constatación de cese de actividades que levantará el Inspector del Trabajo". Este, en términos de la ley 1210 es el único anexo especial y obligatorio que deben llevar las demandas que originan un proceso especial como el que se estudia. Se tiene por entendido que también se adjuntarán los anexos generales de toda demanda, como por ejemplo, el poder.

6. Traslado de la Demanda y Fijación de Fecha y Hora para Audiencia

⁶³ VALLEJO CABRERA, Fabián. "La Oralidad Laboral", Editorial Jurídica Sánchez, 5ª Edición, Medellín, 2008, pág. 152

⁶⁴ VALLEJO CABRERA, Fabián. Ob cit., Pag. 153

Este tema trató de regularse en el numeral 4º del artículo 4º de la ley 1210. Y se afirma que se "trató" dado que el resultado es lamentable desde el punto de vista jurídico y también gramatical.

Entendiendo el precepto a la luz de la lógica y lo razonable el asunto debe quedar así:

Si la demanda reúne los requisitos formales el Tribunal debe dictar auto admitiéndola. En caso contrario se inadmitirá. En el primer caso se ordenará también la notificación personal y el traslado de la demanda y, además, se dispondrá la citación de las partes para la audiencia. Con este fin el Tribunal fijará como fecha para su realización la del tercer día hábil siguiente al de la notificación personal. Aquí aparece el problema siguiente: Nótese que el auto que admite la demanda y fija fecha para audiencia se debe notificar personalmente a las dos partes y no solamente al demandando como generalmente ocurre. Esta es una exigencia legal que no admite salvedades o interpretación en sentido contrario. Por esta razón el tercer día hábil se determinará con relación a la fecha en que se notificó personalmente a la última de las dos partes procesales, y para evitar equívocos innecesarios ese tercer día se contará partir del siguiente.

Como podrá notarse, la ley complicó innecesariamente este acto procesal. No había ninguna necesidad de que el auto admisorio se notifique personalmente a la parte demandante pues generalmente se hace por estado proceder que no ha mostrado problema alguno y, al contrario, ayuda a agilizar el acto procesal comentado.

Un entendimiento literal del inciso primero del numeral cuarto referido implica el seguro incumplimiento del término de diez días que establece el numeral 5º del artículo 4º para la calificación, máxime si se tiene en cuenta que aquel se debe contar desde "la recepción de la demanda" según la literalidad del precepto.

7. Contestación de la Demanda

La ley 1210, sobre este tópico, se limita a señalar la oportunidad que tiene la parte demandada para agotar ese acto procesal. "Y en ella -se refiere a la audiencia- se contestará la demanda", tiene dispuesto.

Con este sentido queda descartada la contestación de la demanda por escrito y fuera de audiencia.

En cuanto a los requisitos que debe contener hay que entender que son los mismos que señala el artículo 18 de la ley 712 de 2001 que reformó el 31 del Código Procesal del Trabajo.

8. Audiencia

Por la redacción gramatical del inciso segundo del numeral cuarto, artículo 4º de la ley 1210, y del breve y perentorio término de 10 días para proferir la decisión por parte del Tribunal competente, se debe entender que el espíritu del legislador estuvo dirigido a concebir una sola audiencia para el desarrollo total de la primera instancia en estos procesos.

Una genuina hermenéutica de la norma en referencia nos conduce a sostener el siguiente procedimiento:

- 1.- Abierta dicha audiencia, el primer acto procesal que se debe agotar es la contestación de la demanda. Esta contestación, ya quedó dicho, debe obedecer los parámetros del artículo 18 de la ley 712 de 2001.
- 2.- A continuación el Tribunal debe resolver las excepciones previas que se hayan formulado al contestar la demanda.
- 3.- En caso de superar las excepciones previas que ponen término a la actuación, la etapa siguiente será la de saneamiento del proceso a fin de evitar toda anomalía o irregularidad que pueda atentar contra su validez o que pueda impedir una decisión de fondo.
- 4.- Saneado el proceso se fijará el litigio en caso de que haya alguna inconsistencia en lo pretendido por las parte y, en general, en todo lo que no concuerde desde el punto de vista fáctico y jurídico.
- 5.- Agotada la fijación de la litis y sólo en caso de subsistir distanciamiento entre las parte -que es lo que generalmente ocurre- se procederá a decretar las pruebas pedidas oportunamente. En este punto, por pruebas pedidas oportunamente hay que entender las que el demandante pidió en su demanda -generalmente escrita- y las que el demandado solicitó -oralmente- al contestar la demanda y dentro de la audiencia.
- 6.- Decretadas las pruebas sigue su práctica. Si ésta es posible ejecutarla en la misma audiencia así se procederá pero cuando ello no lo sea como por ejemplo cuando haya necesidad de oír algún testimonio de persona no presente en la audiencia o de cualquier otra actuación similar, el Tribunal no tendrá otra opción que suspenderla para continuarla con posterioridad mientras se adoptan las medidas para la práctica de las pruebas necesarias

pero siempre teniendo en cuenta los diez días que se tiene para proferir la decisión que, en todo caso, deberá observarse y cumplirse. Por la razón expuesta, si bien la idea del legislador fue concentrar la actuación procesal en una sola audiencia, nada se opone que ésta se ejecute en varios actos debido a las suspensiones que pueda tener.

7.- Agotada la práctica de las pruebas ordena la ley comentada que "se dará traslado a las partes, para el ejercicio del derecho de contradicción, para que oralmente expongan sus razones, las cuales versarán sobre las pruebas admitidas".

Todo lo anterior constituye simplemente lo que de tiempo atrás se conoce como "los alegatos de conclusión" los que obviamente deberán estar fundados en las pruebas recaudadas. Lógico es entender que el traslado es para todas las partes por que todas ellas tendrán el mismo derecho de argumentar en pro de sus posiciones, discurso que se desarrollará por el tiempo razonable que prudentemente determine el Tribunal.

8.- Cumplidos los alegatos de conclusión el Tribunal debe proferir, en la misma audiencia, el fallo correspondiente. Este pronunciamiento judicial debe obedecer el parámetro oral de la audiencia razón que impone una fundamentación concreta, esto es, sin mayores elucubraciones Jurídicas, concisa, de todo lo cual debe quedar constancia en el audio o video correspondiente para efectos del posible recurso de apelación que se interponga por las partes.

9.- La sentencia que declare la ilegalidad de la huelga o la que niegue dicha declaración se notifica en estrados, esto es en la audiencia en que se dicte sin que importe la ausencia o presencia de las partes.

10.- Notificada la sentencia que ponga fin a la primera instancia del proceso especial las partes pueden impugnarla mediante el recurso de apelación que se debe interponer oralmente en el mismo acto esto es dentro de la misma audiencia. El recurso, es obligación legal -inciso segundo del numeral 4º, artículo 4º, ley 1210- debe ser sustentado también oralmente so pena de no ser concedido por el Tribunal o declarado desierto por la Corte Suprema de Justicia.

Interpuesta legalmente la impugnación el Tribunal deberá concederla o negarla enseguida. Si la concede lo hará en el efecto suspensivo, esto es la decisión no se cumplirá hasta que no se desate la segunda instancia.

En caso de que el recurso sea negado, la parte perjudicada con la decisión podrá interponer el recurso de queja, el cual, dice el inciso tercero del

numeral cuarto de la ley 1210, "se tramitará de conformidad con lo dispuesto en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social".

Es oportuno recordar, en este punto, que el código señalado no tiene ninguna regulación del referido recurso de queja. Esto demuestra la irresponsabilidad, ligereza y desconocimiento con que se legisla en el país. Por ello hay que entender que la queja debe obedecer la reglamentación que hace el Código de Procedimiento Civil en sus artículos 377 y 378 de los que claramente surge que son dos etapas que se deben cumplir, una ante el Tribunal y, otra, ante la Corte Suprema.

"4.4.1. La parte a quien le fue negado el recurso de apelación o casación debe interponer contra dicha decisión judicial el recurso de reposición a fin de que el juez enmiende su error, revoque la negativa y conceda la alzada. Como este recurso puede ser decidido en forma negativa el impugnante debe solicitar al momento de interponerlo que en subsidio se le expidan copias de la providencia que negó la apelación y de todas las demás que el juez considere necesarias para que el superior resuelva el recurso de queja. Estas copias se ordenarán en el auto que niegue la reposición y su costo de expedición corre a cargo del impugnante según la jurisprudencia de la Corte Constitucional analizada al estudiar la regla de la gratuidad.

Expedidas las copias el secretario debe dar aviso de ello al interesado en la forma establecida en el artículo 108 del CPC para que dentro de los tres días siguientes las retire so pena de declararse "precluido el término para expedirlas" lo que no le permite seguir con las diligencias preliminares del recurso de queja". Tanto en el expediente como en las copias el secretario dejará la constancia de la fecha de su entrega.

4.4.2. A partir del día siguiente a aquel en que el interesado retire las copias empezarán a correr los cinco días que tiene para interponer el recurso de queja ante el Tribunal o ante la Corte según corresponda so pena de declararse precluida la procedencia de aquél. Nótese que el recurso no se interpone ante el juez que niega la alzada o la casación sino ante el juez plural con competencia para tramitar y decidir el mismo. El escrito en que se interpone el recurso carece de formalidades salvo la de señalar los fundamentos por los cuales se considera que la apelación o casación han sido mal denegadas. Cabe resaltar en este punto que dicha fundamentación tiene ese específico fin, pues, en la práctica judicial, quien lo interpone suele equivocadamente dedicarse más a expresar las razones por las cuales se debe revocar o modificar la providencia contra la cual se ha interpuesto el recurso

de apelación, lo que sólo es pertinente hacerlo una vez se haya desatado el recurso de hecho y concedido el recurso, que a cumplir con el fin señalado. Interpuesto el recurso ante el superior se mantendrá en secretaría por dos días a disposición de la contraparte. Vencido el traslado debe decidirse. Esta decisión puede darse en dos sentidos: a) declarando bien denegado el recurso caso en el cual se remite lo actuado al juez inferior para que haga parte del expediente y, b) concediendo el recurso lo que implica que se comunique lo decidido al juez inferior para que remita la actuación original o las copias, según sea pertinente, para que la apelación o la casación denegada surta el trámite correspondiente".⁶⁵

9. Término para la Calificación

Como ya se ha dicho, en el numeral quinto del artículo 4º de la ley 1210 se ha estipulado un término máximo de diez días hábiles para proferir el fallo de legalidad o ilegalidad de la huelga. Dicho término se contará "a partir de la recepción de la demanda".

Varias son las inquietudes que surgen de este precepto:

a.- No se establece ninguna consecuencia jurídica -sanción, por ejemplo- para el caso en que el Tribunal no cumpla con ese término. Tal temerosa disposición abre la puerta para que una calificación de una huelga tome tiempos impensables so pretexto de la congestión judicial y olvidando de paso de que se trata de una actuación preferente.

b.- Los diez días son hábiles esto es excluye festivos, domingos y días no laborales en el sector judicial.

c.- Según el precepto esos diez días se deben contar "a partir de la recepción de la demanda". No se indica si dicha "recepción" se refiere para fines de reparto o a la recepción por parte del Magistrado ponente. Lo más obvio y razonable es que debe ser a partir de este segundo momento ya que resulta imposible que empiece a correr un término a cargo de un funcionario judicial cuando la actuación no ha sido puesta a su disposición. Pero, además, lo dispuesto en el artículo cuarto de la ley 1210 reconfirma la tesis pues no hay

⁶⁵ VALLEJO CABRERA, Fabián. Ob cit., Pag. 213 y ss.

razón para proceder en forma diferente ante la Corte siendo las situaciones fácticas semejantes.

d.- Pero aún dicho entendimiento puede enfrentarse a una casuística que hace incumplible el término analizado. Por ejemplo, se va a presentar el caso donde la notificación personal del auto inicial -admisorio de la demanda- se vuelva difícil sino imposible dadas las características propias del conflicto que origina la actuación procesal. Ningún demandado en estos procesos va a mostrar diligencia y cumplimiento en atender el llamado judicial para efectos de realizar la notificación procesal, pues su interés estará marcado por la dilación máxime cuando observe que la ilegalidad puede tener éxito.

¿Qué hacer, nos preguntamos, en este caso si en cuenta tenemos que la notificación por aviso que regula el artículo 320 del CPC no tiene aplicación en el proceso laboral? Las razones por las que no procede son las siguientes: "Tampoco la forma en que se hace la citación al demandado para efectos de la notificación personal tiene reglamentación en el CPTSS. Para llenar este vacío se debe recurrir a lo establecido en el numeral 1º del artículo 29 de la Ley 794 de 2003. Si el citado atiende el llamado judicial pues simplemente se procede a la notificación personal en los términos del ya referido inciso 2º del artículo anterior. Ahora si el llamado al proceso hace caso omiso de la citación, tiene dicho el numeral tercero del precepto del CPC que venimos estudiando que, "el secretario, sin necesidad de auto que lo ordene, procederá en forma inmediata a practicar la notificación por aviso en la forma establecida en el artículo 320" del CPC. Previamente se debió haber allegado la copia de la comunicación que establece el numeral 1º del artículo 29 y la constancia de que ella fue entregada a su destinatario. Dentro de esta hipótesis tienen cabida las siguientes circunstancias: (a) cuando el demandado reside en el lugar en que se lo cita pero no es hallado y, (b) cuando éste impide su notificación. En otro giro, cuando estas conductas son asumidas por el demandado en el proceso civil, la notificación por aviso del artículo 320 ibídem también procede. No pasa lo mismo en la actuación laboral dado que el inciso final del artículo 29 tal como quedó modificado por el 16 de la Ley 712 de 2001 tiene reglados en forma específica esas dos hipótesis razón por la cual su aplicación preferencial se impone por razones de especialidad.

Dispone el citado inciso lo que sigue:

"Cuando el demandado no es hallado o se impide la notificación, también se aplicará lo dispuesto en los incisos anteriores, previo cumplimiento de lo

establecido en los numerales 1 y 2 del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil. En el aviso se informará al demandado que debe concurrir al juzgado dentro de los diez (10) días siguientes al de su fijación para notificarle el auto admisorio de la demanda y que si no comparece se le designará un curador para la litis.

Así las cosas se impone concluir que a la hora de ahora hay una diferente y específica reglamentación en los Códigos Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y en el Civil para los casos en que el demandado no es encontrado en el sitio señalado en la demanda o éste impide su notificación siempre bajo la premisa de que el sitio señalado como residencia o sitio de trabajo sí es el real. En estos dos casos en lo civil el secretario debe proceder conforme al artículo 320 del CPC esto es a notificar el auto admisorio, pero conforme al CPT y de la SS se debe proceder a nombrar curador y a ordenar el emplazamiento pues así lo tiene dispuesto expresamente el artículo 16 de la Ley 712 de 2001 y no hay lugar a desconocerlo porque se trata de norma de orden público que tienen por objeto tutelar las garantías constitucionales de defensa, contradicción y debido proceso.

Ahora, la circunstancia de que disponga la referida regla que al nombramiento del curador y al emplazamiento se debe arrimar "previo cumplimiento de lo establecido en los numerales 1º y 2º del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil" no acarrea ninguna dificultad dado que dicho aviso no tiene por objeto -en lo laboral- notificarle al demandado el auto admisorio de la demanda sino simplemente citarlo para practicar personalmente aquella. Así lo tenía dispuesto el original artículo 320 del CPC y se conserva en el 16 de la Ley 712 de 2001".⁶⁶

Frente a la realidad incontrovertible de la no aplicación del artículo 320 del CPC al proceso laboral, no queda otra solución que acudir al emplazamiento tal como perentoriamente lo ordena el artículo 29 del CPTSS. Con esta actuación de por medio resulta imposible cumplir el término de diez días. Lo mismo puede ocurrir cuando la necesidad de practicar pruebas se imponga.

10. Segunda Instancia

⁶⁶ VALLEJO CABRERA, Fabián. Ob cit., Pag. 186.

Interpuesto el recurso de apelación por cualquiera de las partes afectadas con la decisión y una vez concedido por el Tribunal, éste deberá remitirlo inmediatamente a la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia quien tiene la competencia funcional para conocer de la segunda instancia.

La ley 1210 no se ocupa de reglamentar esta instancia pues la única norma referida a ese trámite es la contenida en el inciso cuarto del artículo cuarto de la ley 1210 que se limita a disponer un término de cinco días hábiles para que el recurso se decida.

Dicho término se contará, dice el precepto regulante, a partir de la fecha en que el proceso entre a despacho del Magistrado ponente quien será el encargado de realizar el proyecto de sentencia que la Corte dictará dentro del referido término sin ninguna actuación adicional. En este sentido la decisión de segunda instancia se dictará de plano es decir sin ninguna actuación previa pues el término perentorio y cortísimo que determina la ley 1210 hace imposible cualquier actuación como los traslados por ejemplo.

Hay que hacer notar que la Corte, en estas actuaciones, no actúa como Tribunal de casación sino como juez de segunda instancia y por ende lo propio del recurso extraordinario no tendrá aplicación aquí más sí lo que le corresponde ordinariamente a los Tribunales superiores como jueces de segunda instancia.

11. Contenido de la Sentencia

La providencia que ponga fin tanto a la primera como a la segunda instancia será una sentencia. Esta deberá tener los requisitos del artículo 304 del Código Procesal Civil modificado por la regla 134 del artículo primero del Decreto 2282 de 1989. La misma concluirá con parte resolutive en la cual se calificará la huelga de legal o ilegal según corresponda. Las partes conocen de dicha providencia en estrados pues no olvidemos que aquella se dicta y por ende se notifica en audiencia pública.

El numeral sexto del artículo 4º de la ley 1210 dispone que en la sentencia el Tribunal o la Corte harán "Las prevenciones del caso a las partes en conflicto". Entre dichas prevenciones, por ejemplo, para el caso en que se declare la ilegalidad de la huelga, serán las dirigidas a los trabajadores con el fin de que se reincorporen a sus labores en forma inmediata. En el fondo tales

prevenciones sobran dado que las consecuencias de la legalidad o ilegalidad del cese colectivo de actividades están determinadas por la ley.

12. Notificación de la Sentencia al Ministerio de la Protección Social

El numeral sexto del precepto que se viene comentando tiene dispuesto que la sentencia se "hará conocer al Ministerio de la Protección Social".

Por regla general, quien tiene la capacidad para solicitar la declaratoria de ilegalidad de una huelga, en términos del numeral primero, artículo 4º de la ley 1210 es quien ostente la condición de "parte" y, además, el Ministerio de la Protección Social. Cuando éste sea quien tome la iniciativa de proponer la demanda, a partir de ese instante será parte procesal y por ende la prevención de hacerse conocer la sentencia por el mismo carece de razón pues las partes se notificarán de la decisión en la audiencia esto es en estrados.

Por lo tanto tal disposición sólo tiene sentido para cuando dicho Ministerio no haya iniciado la actuación procesal.

La razón por la cual se hace conocer la providencia a dicho Ministerio parece encontrarse en lo dispuesto en el Decreto 2164 del 10 de agosto de 1959 y las resoluciones que lo reglamentan.

En este sentido, bien se sabe que conforme a lo preceptuado en el numeral segundo del artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 65 de la ley 50 de 1990, declarada la ilegalidad de la huelga o cese colectivo de trabajo "el empleador queda en libertad de despedir por tal motivo a quienes hubiesen intervenido o participado en él".

La doctrina y la jurisprudencia tienen dicho que tal facultad no puede ser omnímoda pues se corre el riesgo de caer en arbitrariedades como, por ejemplo, despedir a trabajadores que incluso no estuvieron de acuerdo con la huelga pero que por la fuerza de las circunstancias se vieron envueltos en ella. Para ello precisamente se dictó el Decreto 2164 de 1959, para defender a este grupo de trabajadores.

13. Funciones del Ministerio de la Protección Social Frente a la Sentencia que declara la ilegalidad de la Huelga

A fin de frenar los excesos en que incurrieron frecuentemente los empleadores cuando obtenían la declaratoria de ilegalidad de la huelga por parte de ese Ministerio, el ejecutivo nacional dictó el Decreto 2164 del 10 de agosto de 1959 "por el cual se reglamentan los artículo 450 y 451 del Código Sustantivo del Trabajo". En aquel se dispuso, curiosamente, que el mismo ente administrativo que declaró la ilegalidad intervenga inmediatamente "con el objeto de evitar que el patrono correspondiente despida a aquellos trabajadores que hasta ese momento hayan hecho cesación pacífica del trabajo, pero determinada por circunstancias ajenas a su voluntad y creadas por las condiciones mismas del paro" dejándole eso sí la facultad de despedir, sin ninguna actuación previa, a los que participen en él, por cualquier causa, una vez conocida la declaratoria de ilegalidad.

Esa obligación ministerial a su vez fue reglamentada por el Ministerio del ramo mediante la resolución 1064 del 17 de agosto de 1959 y, con posterioridad, con la 1091 del 26 de agosto del mismo año.

En estas resoluciones se dispuso que el empleador afectado por la huelga ilegal debía presentar al Inspector del Trabajo correspondiente o al funcionario comisionado por el Ministerio, la lista de aquellos trabajadores que vaya a despedir por haber participado activamente en la suspensión del trabajo, esto es que su intervención en ella no fue fruto de circunstancias ajenas a su voluntad o creadas por las condiciones del paro sino resultado de su entera voluntad.

El funcionario correspondiente, una vez recibida la lista, debe adelantar una investigación sumaria para determinar el grado de participación de cada uno de los trabajadores comprendidos en aquella. Cumplida, en resolución motivada debe indicar qué trabajadores pueden ser despedidos y cuáles no, conminando al empleador para que se abstenga de hacerlo respecto de estos últimos so pena de las sanciones de ley.

La resolución 342 del 9 de febrero de 1977 modificó las anteriores en el siguiente sentido.

1. Dispuso que el listado de trabajadores candidatos al despido debía ser entregado por el empleador al Inspector del Trabajo y Seguridad Social o ante el Jefe de la Dirección Departamental de Trabajo y Seguridad Social del domicilio de aquel.
2. Se determinó, igualmente, que el funcionario competente debía adelantar la investigación administrativa en el término de quince días hábiles vencidos los cuales se remitirá al Jefe de la Dirección

Departamental más próximo al lugar de su sede quien en el término de cinco días hábiles debe emitir el pronunciamiento a que haya lugar esto es señalando qué trabajadores pueden ser despedidos y cuáles no.

El consejo de Estado, mediante sentencia del 17 de febrero de 2003 reviso la legalidad y constitucionalidad de las resoluciones citadas concluyendo su apego al ordenamiento jurídico. En tal sentido señaló:

"Las disposiciones reglamentarias demandadas desarrollan el mandato contenido en la norma superior, es decir, señalan el marco dentro del cual el empleador, una vez declarado el cese ilegal de actividades, puede despedir a los trabajadores que participaron en el mismo. El único mecanismo a través del cual resulta viable establecer la participación en el cese declarado ilegal está señalado tanto en el decreto como en las resoluciones demandadas y no puede entenderse como desbordamiento de la potestad reglamentaria, en consideración a que simplemente señalan o fijan los alcances de la participación y el procedimiento a seguir en tales eventos, de lo contrario la ley, en este caso el artículo 450 del C.S. del T., carecería de eficacia. Las normas reglamentarias no imponen nuevas condiciones y mucho menos limitan la facultad que establece la ley, permiten su adecuada y justa aplicación.

El Ministerio del Trabajo tiene la potestad de disponer las medidas preventivas necesarias para evitar la trasgresión de la normatividad laboral relativa a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores. Es indudable que la finalidad perseguida por las resoluciones acusadas es proteger de mejor manera a los trabajadores, señalando un procedimiento que garantice el derecho de defensa y el debido proceso de quienes participaron en un cese ilegal de actividades, diferenciando entre quienes lo hicieron en forma activa y los que participaron en contra de su voluntad.

En tales condiciones ni el Decreto ni las Resoluciones acusadas desbordan las previsiones del artículo 450 y 451 del C.S. del T, sino que, además, resultan armónicos con postulados constitucionales tales como el derecho al Trabajo (art. 25) a la defensa y al debido proceso (art. 29) y el derecho de asociación (art. 39), razón por la cual las pretensiones de la demanda no pueden prosperar."

14. Recursos Extraordinarios

Por tratarse de un proceso especial, la providencia que desate la segunda instancia no tiene recurso de casación, además, no habría ante quien interponerlo dado que la Corte Suprema de Justicia quien tiene la competencia funcional para conocerlo ya lo hizo como Tribunal de segunda instancia.

Tampoco procede atacar las sentencias de segunda instancia que se dicten en estas actuaciones por medio del recurso extraordinario de revisión dado que el mismo sólo procede, por querer del legislador, contra sentencias que se dicten dentro de los procesos ordinarios.

15. La Consulta

Surge el interrogante respecto de si procede o no la consulta respecto de las sentencias que dicte el Tribunal acogiendo la declaratoria de ilegalidad del cese de actividades. Nada dijo, al respecto, la ley 1210.

Dos hipótesis surgen al respecto. Según la primera y atendiendo el tenor gramatical del artículo 69 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social que regula este grado de jurisdicción, había que concluirse en la negativa (I) porque el beneficio procesal está instituido a favor del “trabajador” individualmente considerado y no de un colectivo y, (II) porque la consulta se surte ante el Tribunal Superior, entidad ésta que ya conoció del asunto pero en primera instancia.

La segunda tesis, por su lado, atendiendo la filosofía y teleología del recurso más que su sentido normativo por un lado y, por otro, la normatividad internacional del trabajo y la doctrina de sus organismos de control como el Comité de Libertad Sindical de la OIT, nos impone concluir con respuesta positiva respecto de la procedencia de la consulta en el caso planteado. Ciertamente, el fin de la consulta fue el de tutelar los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador y, ahora los fundamentales y humanos que se le violen (artículo 7º de la ley 1149 de 2007). Tales derechos no desaparecen por la simple circunstancia de presentarse la violación a nivel de un colectivo de trabajadores. Todo lo contrario, agrava la violación. En esta dirección nada se opone a una protección colectiva del trabajador amparado por la consulta. Y es que, además, nadie puede negar que una sentencia de declare la ilegalidad

de una huelga no sea totalmente desfavorable para los trabajadores. Aquí también debe imperar el carácter proteccionista del Derecho del Trabajo. Por lo demás, se conoce bien que según la doctrina sentada por el Comité de Libertad Sindical de la OIT el derecho de huelga es inescindible del de libertad sindical y negociación colectiva derechos que están reglados en los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, debidamente ratificados por Colombia, los cuales han sido elevados a la categoría de "normas fundamentales en el trabajo" que por tal razón obligan no sólo a los estados miembros de la OIT sino también a los no afiliados a ella.

Bajo éste entendimiento se impone la consulta en los casos en que se declare ilegal la huelga, pues, además de afectar directamente los intereses de los trabajadores comprometidos en ella, puede desconocer o violar derechos de categoría fundamental o humana contenidos en los instrumentos internacionales.

16. Calificación de la Huelga por otras Entidades Judiciales

El legislador previó la circunstancia de que tanto los Tribunales Superiores del país como la Corte Suprema de Justicia gozan de vacaciones colectivas no sólo en la semana santa sino, en forma especial, entre el 20 de diciembre de un año y el 10 de enero del siguiente razón que haría que, de presentarse una huelga en este periodo, no hubiese funcionario competente para conocer de la solicitud de declaratoria de ilegalidad en la primera ni en la segunda instancia.

Con un ánimo notoriamente facilista y poco responsable, el Congreso de la República les otorgó a las Salas Administrativas del Consejo Seccional y Superior de la Judicatura la facultad de designar el "funcionario competente para cada instancia".

Lo primero que resulta pertinente dejar en claro es que la calificación siempre estará a cargo de un órgano judicial pues indiscutiblemente ese fue el objeto de la ley 1210, eliminar la calificación administrativa y ponerla en manos de la rama jurisdiccional atendiendo las recomendaciones que en tal sentido venía haciendo el Comité de Libertad Sindical de la OIT. Por ello nunca podrán designarse entidades u órganos para que cumplan esa función y que no pertenezcan a esa rama del poder público.

El artículo 11 de la ley 270 de 1996, modificado por el 1º de la ley 585 de 2000, establece que la rama judicial está integrada por los órganos que integran las jurisdicciones ordinaria, contencioso administrativo, constitucional, de paz, de comunidades indígenas, además de la Fiscalía y el Consejo Superior de la Judicatura.

La mayoría de tales órganos tienen vacaciones colectivas a excepción de algunos jueces de carácter penal y algunos fiscales. Supone entonces tal realidad que esos funcionarios podrán asumir competencia, por disposición del Consejo Superior de la Judicatura, para conocer de una demanda de ilegalidad de una huelga. Tal posibilidad, es evidente, contraría los principios de la técnica pues un asunto tan especializado y de tanta repercusión social, política y económica no puede quedar en manos de unos funcionarios que desconocen casi que en absoluto la normatividad nacional e internacional sobre la materia. Se diría, frente a tal impropiedad, que es mejor esperar a que las vacaciones se cumplan para que los competentes asuman el conocimiento a menos que se trate de sacar beneficios de la improvisación. Por lo demás, no se debe olvidar que el levantamiento del cese colectivo de trabajo no impide su calificación judicial sin importar que su petición se haya elevado en vigencia o una vez superado aquel.

No sobra anotar que en estos casos de vacancia judicial, la demanda se presentará ante el Consejo Seccional de la Judicatura para que éste haga la designación del funcionario que debe conocer de aquella.

17. El Consejo de Estado y la Ley 1210

Conforme al modificado numeral primero del artículo 451 del Código Sustantivo del Trabajo, antes de la vigencia de la ley 1210 le correspondía al Ministerio de la Protección Social la calificación de las huelgas labor que cumplía en única instancia pues contra la resolución que declaraba la legalidad o ilegalidad no procedía ningún recurso por vía administrativa. Esa misma disposición legal tenía dispuesto que contra la providencia que declaraba la ilegalidad sólo procedían las acciones pertinentes generalmente la de nulidad- ante el Consejo de Estado. La intervención de éste no constituía, en consecuencia, una segunda instancia sino un control jurisdiccional de constitucionalidad y legalidad no obligatorio sino optativo que generalmente iniciaba la parte afectada esto es el colectivo de trabajadores.

A partir de la vigencia de la ley 1210 y respecto de las actuaciones judiciales de calificación que se inician después de esa vigencia, el Consejo de Estado perdió competencia pero la conserva para el control de legalidad de las resoluciones que se profieran aún con posterioridad a la ley 1210 ya que el Ministerio de la Protección Social también la conservó para la declaratoria cuando su petición ya venía radicada ante el organismo administrativo a la fecha de vigencia de la nueva ley (Parágrafo primero del artículo 4º ley 1210).

EL PROCESO SUMARIO LABORAL

El art. 144 del CPT y de la SS establece la regla de la generalidad del procedimiento ordinario «en el sentido de que las controversias que no tengan señalado un procedimiento especial se tramitarán conforme al procedimiento ordinario». Este precepto da a título de ejemplo la disolución y liquidación de asociaciones profesionales.

Empero la ley 50 de 1990 en su art. 52 reformó la norma anterior al establecer un procedimiento especial al que denominó sumario para el caso de las disoluciones y liquidaciones de asociaciones profesionales y su consiguiente cancelación del registro sindical así como para la suspensión de personerías jurídicas.

2.3.1. Legitimación para ejercer la acción

De los arts. 52 (reformatorio del art. 380 del CST), 56 (adicionó el art. 401 del CST) y 65 (reformó el 450 CST) de la ley 50/90 claramente se desprende que se puede llegar a la disolución y liquidación de agremiaciones sindicales y su consecuente cancelación de la inscripción en el registro sindical por tres causas diferentes, a saber⁶⁷:

a.	Por causas disciplinarias diferentes a la suspensión ilegal de actividades (art. 52 ley 50/90).

⁶⁷ OCHOA MORENO, Benjamín. Reforma Laboral, Rodríguez Quito editores, Bogotá, 1991, pág. 72.

b. Por la suspensión ilegal de actividades (art. 65 ley 50/90).

c. Por causas distintas a las disciplinarias (art. 56 ley 50/90).

Al literal a) corresponde cualquier violación del título I de la parte segunda del CST, esto es lo referente a las normas sobre derecho de asociación, organización, personería jurídica, facultades, funciones y prohibiciones de los sindicatos, federaciones y confederaciones. Las causales referidas por el literal b) son las que taxativamente relaciona el art. 65 de la ley 50/90 que reformó el 450 del CST. Debe quedar bien claro que sólo estas causales pueden conllevar la suspensión de la personería jurídica del sindicato, pues las demás no lo permiten y bien se sabe que por analogía es imposible aplicar sanciones. El literal c., por su parte, hace referencia a las cuatro causales que taxativamente establece el artículo 401 del CST norma que, como ya quedó dicho, fue adicionada por el art. 56 de la ley 50/90. El legislador se tomó el trabajo de designar qué personas están legitimadas para ejercer las acciones correspondientes según se halle presente una u otra de las causas que se han dejado determinadas, así:

- a. Según el numeral 2º del artículo 52 de la ley 50 de 1990, sólo el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social está legitimado para solicitar la disolución, liquidación y cancelación de la inscripción en el registro sindical de un sindicato por las causas disciplinarias distintas a la suspensión ilegal de actividades profesionales que se dejaron señaladas.
- b. Cuando la causa que origina la acción es una suspensión ilegal de actividades, de conformidad con lo dispuesto en el art. 65 de la ley 50/90, están legitimados para ejercerla tanto el Ministerio del Trabajo y Seguridad social como el Ministerio Público o el empleador afectado.

c. En cambio, si la acción se trata de fundamentar en alguna de las causales establecidas en el art. 401 CST, además del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social está legitimado para ejercer la acción correspondiente cualquier persona que demuestre interés jurídico como

puede suceder con el empleador, otro sindicato, una federación, una confederación e incluso el Ministerio Público en guarda del orden jurídico.

2.3.2. Competencia

Hasta el año de 1990 el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social estaba facultado por el legislador no sólo para sancionar con multas tanto a los sindicatos como a sus directivos (facultad que hoy conserva), sino también para ordenar la "suspensión de personerías jurídicas" e incluso llegar a una cancelación por vía administrativa.

La ley 50 de 1990 en desarrollo de lo establecido en el artículo 40 del convenio 87 de 1948 le sustrajo al Ministerio de Trabajo la segunda de las facultades señaladas y la puso en cabeza de la rama laboral de la jurisdicción ordinaria, esto es del juez laboral del circuito o en su defecto del juez civil de la misma categoría con competencia en el lugar del domicilio sindical.

2.3.3. Demanda

El literal a), numeral 2º, artículo 52 de la ley 50 de 1990 habla de una «solicitud» que debe reunir únicamente tres requisitos: a) los motivos invocados, b) relación de hechos y, c) las pruebas que se pretendan hacer valer.

La insuficiencia de la norma es manifiesta. Nótese, sólo para dar un ejemplo, que según ella no es necesario manifestar lo que se pide, que no necesariamente es la disolución y liquidación del sindicato ya que puede ser también la sola suspensión de su registro sindical.

Por esa razón consideramos, como lo hace la mayor parte de la doctrina nacional, que la «solicitud» es una demanda jurídicamente hablando que debe reunir los requisitos del artículo 25 del CPT y de la SS con la salvedad de la cuantía ya que no es necesario para fijar la competencia.

2.3.4. Admisión, traslado y notificación

Establece el literal b) del numeral 2º (ley 50/90) que el juez debe dictar el auto admisorio a más tardar al día siguiente de recibida la demanda. Desde luego que también podrá inadmitirla o rechazarla por las causas legales. En todo caso el auto correspondiente se dictará dentro del plazo señalado.

El auto interlocutorio que admita la demanda debe notificarse siguiendo la regla general, esto es personalmente. Empero para cuando no se logre, la ley ha establecido un procedimiento propio que incluso comprende la notificación presunta como pasamos a verlo.

Para la práctica de la notificación personal el literal c) de la norma que estudiamos otorga un término de cinco días que necesariamente deben ser hábiles y se deben contar a partir del siguiente a la fecha de la admisión. Transcurrido el término anterior sin haber logrado el propósito, el juez enviará «comunicación escrita» al domicilio de la organización sindical de lo cual dejará constancia en el expediente.

La norma no dice qué datos debe contener esa comunicación, empero consideramos que debe llevar el nombre de las partes, la clase de proceso, juzgado que tramita la actuación y su dirección, la transcripción del auto admisorio de la demanda y el objeto de la comunicación que no será otro que el de lograr la comparecencia del representante legal del sindicato para efectos de la notificación personal. Es indispensable además, por analogía con el emplazamiento, que en la comunicación escrita se haga la advertencia de que en caso de no comparecer se procederá conforme lo establece el literal d) de la norma comentada.

Si transcurridos cinco días del envío de la comunicación escrita tampoco se logra la notificación personal, se fijará un edicto en un lugar público del juzgado por el término de cinco días a cuyo vencimiento se entenderá surtida la notificación (notificación presunta).

En el auto admisorio de la demanda se dispondrá por el juez el traslado de aquella al demandado por el término de cinco días dentro del cual podrá contestar la demanda (literal e, numeral 2º art. 52 ley 50/90).

Es necesario tener en cuenta además que cuando la disolución y liquidación del sindicato tenga como causa la conducta de un directivo sindical, a éste se le debe hacer parte del proceso para efectos de la sanción que establece el numeral 3º del artículo 52 de la ley 50 de 1990.

2.3.5. Pruebas

Del análisis sistemático de los literales a), e) y f) del numeral segundo (art. 52 ley 50/90), se deduce sin lugar a equívocos que es carga procesal del demandante y del demandado aportar las pruebas con su demanda o contestación ya que no hay término probatorio para practicarlas tal como perentoriamente lo establece el último de los literales comentados al disponer que el juez decidirá al vencimiento del término de traslado teniendo en cuenta los elementos de juicio de que disponga.

En principio se podría pensar en varios motivos de inconstitucionalidad de la norma, pues desconoce fundamentos constitucionales tales como el principio de la contradicción de la prueba que puede conllevar violación de la garantía constitucional del derecho a la defensa. Empero la norma ya fue estudiada a la luz de la constitución política de 1991 por la Corte Constitucional y en sentencia C-096 del 27 de febrero de 1993 la declaró exequible. Sin embargo, en dicho estudio de constitucionalidad la Corte no enfrentó la norma con el artículo 29 constitucional, el demandante por su parte tampoco la acusó por los motivos señalados que de haberse hecho posiblemente el resultado hubiere sido diferente. Esta circunstancia hace posible hoy en día, separarse del tenor literal del artículo 52 para otorgar a las partes un término probatorio.

2.3.6. Sanciones accesorias a los directivos sindicales

Establece el numeral 3º del artículo 52 de la ley 50 de 1990 que el juez podrá privar del derecho de asociación sindical hasta por un término de tres años al miembro de la directiva de un sindicato que haya dado lugar a la disolución y liquidación de aquél. Para tal efecto en la sentencia que decreta tal sanción se declarará igualmente responsable al directivo para lo cual «el miembro de la junta directiva ha de ser vinculado al proceso desde el principio, con la notificación de la solicitud que sobre disolución del sindicato formule ante el juez laboral, el Ministerio del Trabajo y

obviamente de aquí en adelante intervendrá como parte procesal para ejercer su derecho de defensa»⁶⁸.

2.3.7. Notificación e impugnación del fallo

El trámite legal del procedimiento sumario no permite que se surta en audiencias públicas y por el sistema oral. Su actuación es escrita. Siendo entonces que el fallo no se dicta dentro de audiencia pública, pues la ley no lo exige, su notificación no podrá realizarse por estrados. Este vacío nos remite a la notificación que regla el CPC en sus artículos 323 (mod. 152, art. 1º, Decreto 2282 de 1989) y 324.

En este orden de ideas el término para impugnar el fallo mediante el recurso de apelación será el de tres días pero contados a partir del vencimiento del término de fijación del edicto. El recurso procederá en el efecto suspensivo.

2.3.8. Segunda instancia

Recibida la actuación por el superior respectivo (Sala Laboral del Tribunal Superior) éste debe proferir el fallo correspondiente de plano dentro de los cinco días siguientes al que sea recibido el expediente. En consecuencia no se permitirá el trámite de actuación alguna, tampoco práctica de pruebas a petición de parte ni de oficio, pues es apenas obvio que si no hay término para practicar pruebas en la primera instancia menos puede haberlo en la segunda.

Contra la sentencia que dicte el Tribunal Superior no cabe ningún recurso.

CASO N°1

⁶⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-096 de febrero 27/93.

FUERO SINDICAL. CONCILIACIÓN. NOTIFICACIÓN AL SINDICATO

Arturo Casablanca es despedido de una empresa particular, sin que se le respetara su condición de presidente de la junta directiva del sindicato. Mediante proceso especial de fuero sindical aspira al reintegro, pues no se solicitó el respectivo permiso judicial. Durante el trámite del recurso de apelación el Sr. Casablanca manifiesta su intención de conciliar.

AUTOEVALUACIÓN

1. De ésta demanda debe notificarse al sindicato?
2. En caso afirmativo, en qué momento procesal debe efectuarse la misma?
3. La notificación debe efectuarse de manera personal?
4. En el evento de no notificarse al sindicato, o de efectuarse la misma antes de señalarse fecha para fallo, se generaría la nulidad de lo actuado en ambos casos?
5. Sería viable en este proceso especial admitir la conciliación entre el Sr. Casablanca y la empresa, o debe involucrarse para esos efectos al sindicato?

DECISIONES JUDICIALES

Sentencia C-240/05 – M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

PROCESO DE FUERO SINDICAL-Sindicatos tienen la calidad de parte

Los sindicatos, en los procesos sobre fuero sindical no son terceros. Tienen en desarrollo de la Constitución Política la calidad de parte en el proceso. Existe para ellos un derecho material que en el proceso respectivo se discute o controvierte para hacerlo efectivo y, en consecuencia, no

puede este adelantarse sin darle la oportunidad legal de participar en la controversia. En tal virtud, su vinculación al proceso no es voluntaria, sino forzosa.

PROCESO DE FUERO SINDICAL-Deber de notificar el auto admisorio de la demanda al sindicato del trabajador aforado

En los procesos sobre fuero sindical donde el sindicato respectivo no sea el demandante, su participación en el proceso deba estar plenamente garantizada en todas las etapas del mismo. Es decir, el auto admisorio de la demanda habrá de notificársele al representante legal de la organización sindical a la cual pertenezca el trabajador aforado. Esa citación al proceso con notificación del auto admisorio de la demanda no puede realizarse a destiempo sino oportunamente. Es decir que el sindicato ha de tener la posibilidad jurídica de actuar luego de la notificación de ese auto en igualdad de condiciones al demandado, esto es, con término igual para que su participación no resulte inocua, aparente, vacía de contenido.

DERECHO CONTRADICCION EN PROCESO DE FUERO SINDICAL-Se satisface con la oportunidad de conocer la demanda, sus anexos y la notificación del auto admisorio/**PROCESO DE FUERO SINDICAL-**Contestación de demanda es facultativa

Son dos cosas diferentes el deber jurídico de citar a alguien a un proceso y la obligatoriedad de realizar actuaciones en el mismo. Así, es un imperativo del debido proceso citar al demandado, pero sin embargo no lo es que este le contestación a la demanda e intervenga efectivamente en el proceso. El derecho de contradicción, se satisface en este caso con la oportunidad jurídica de conocer la demanda y sus anexos en virtud del traslado al demandado y de la notificación del auto admisorio correspondiente. En adelante tendrá la carga procesal de darle contestación y de actuar durante las distintas etapas del proceso, pero quedará siempre la posibilidad de escogencia de la conducta procesal que considere más conveniente. Al punto que, como es conocido, la carga procesal es una conducta de realización facultativa que

impone al gravado con ella las consecuencias jurídicas desfavorables si no las satisface. Pero que en ningún caso puede confundirse ni con un deber ni con una obligación procesal.

PROCESO DE FUERO SINDICAL-Disposición del derecho en litigio

En el proceso de fuero sindical además de los derechos colectivos a que se ha hecho alusión, que son primordiales, también se encuentran involucrados derechos subjetivos del trabajador aforado, por lo cual no podría la ley autorizar al sindicato la disposición del derecho particular del trabajador en litigio, pues es este el único legitimado para el efecto, razón por la cual no existe tampoco inexequibilidad del numeral 3º del artículo 118-B del Código de Procedimiento Laboral con la redacción que le fue dada por el artículo 50 de la Ley 712 de 2001.

2.Naturaleza y objeto del fuero sindical. Su protección constitucional.

3.1. Como se sabe, la relación existente entre empleador y trabajador supone, de suyo, que este realiza la prestación personal de un servicio con sujeción jurídica a aquél, a cambio de una remuneración. En dicha relación por razón de las circunstancias económico sociales no son iguales las partes que en ella intervienen. Al contrario, por su propia naturaleza en este caso no tiene realización cabal el principio de la igualdad ante la ley, razón esta por la cual se hizo necesario en la evolución del derecho se desprendiera del antiguo derecho civil una nueva rama, con autonomía y objeto propio, con principios específicos que se encargara de regular las relaciones laborales bajo el criterio según el cual el derecho al trabajo requiere la especial protección del Estado, en todas sus modalidades, como de manera expresa lo establecía el artículo 17 de la Constitución anterior y hoy se establece por el artículo 25 de la Constitución vigente.

En la misma dirección, el artículo 53 de la Carta señala los principios mínimos que habrá de contener el estatuto del trabajo –no expedido todavía– y el artículo 39 de la Constitución de 1991 señala como uno de los derechos

fundamentales el de la asociación sindical, íntimamente ligado con el de la libertad de los trabajadores para fundar y desarrollar sindicatos, esto es, para agruparse en personas jurídicas que, dentro del ámbito señalado por la ley, puedan actuar en su representación para pactar las condiciones de trabajo y, en general, para la defensa colectiva de sus intereses en el marco señalado por la ley.

- 2.2. La actuación de los sindicatos, exige protección a los trabajadores para la efectividad del derecho de asociación sindical. Por ello, en el Derecho Colectivo del Trabajo, se prevé la existencia de distintas maneras de llevar a efecto tal protección, siempre garantizando a los trabajadores la estabilidad laboral, esto es la conservación y mantenimiento de su puesto de trabajo, sin variación de las condiciones o del sitio o lugar en que este se realiza. Así, surgieron en el Derecho Colectivo del Trabajo el fuero para los fundadores de la asociación sindical, el fuero para los directivos de la misma y para los miembros de las comisiones de reclamos, y el fuero circunstancial en los casos de conflicto colectivo del trabajo, este último a partir de la presentación del pliego de peticiones por la respectiva asociación sindical y hasta la solución de ese conflicto, ya sea por la suscripción de la convención colectiva o por el pronunciamiento del fallo arbitral en los casos previstos por el legislador.
- 2.3. La garantía del fuero sindical, esto es el derecho del trabajador sindicalizado que realiza función directiva o que se encuentra investido de la calidad de miembro de la comisión de reclamos correspondiente, a no ser despedido, ni desmejorado en sus condiciones laborales, ni trasladado a otro sitio o lugar de trabajo, salvo que exista justa causa comprobada, se le confía por la Constitución a los jueces. Por ello a estos corresponde la calificación respecto de la existencia o inexistencia de justa causa para que pueda un trabajador amparado con el fuero sindical ser privado de este.
- 2.4. Acorde con los principios expresados en el Derecho Colectivo del Trabajo, se establecen luego en el Código de Procedimiento Laboral las acciones de reintegro y de restitución de los trabajadores amparados por fuero sindical, para cuyo ejercicio se señalan términos breves de prescripción.
- 2.5. De lo expuesto, surge una conclusión inelutable: el fuero sindical no surgió históricamente, ni se encuentra establecido por la ley para la protección individual y aislada de un trabajador, sino que se trata de un mecanismo, ahora con rango constitucional para amparar el derecho de asociación, que no es, así entendido, de interés particular sino colectivo. Por

ello, se expresó por la Corte en Sentencia C-381 de 2000 que *"el fuero sindical en la medida en que representa una figura constitucional para amparar el derecho de asociación, es un mecanismo establecido primariamente a favor del sindicato, y sólo secundariamente para proteger la estabilidad laboral de los representantes de los trabajadores. O, por decirlo de otra manera, la ley refuerza la protección a la estabilidad laboral de los representantes sindicales como un medio para amparar la libertad de acción de los sindicatos"*, es decir, que tal como se dijo por la Corte en Sentencia C-710 de 1996, citada en la anteriormente mencionada, *"para los trabajadores que gozan de fuero sindical, la protección se otorga en razón de su pertenencia a un sindicato y como protección a sus derechos de asociación y sindicalización"*.

Los procesos sobre fuero sindical y la participación de las organizaciones sindicales en los mismos conforme a la Constitución.

Con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991 el Código de Procedimiento Laboral, expedido mediante Decreto No. 2158 de 1948 no preveía nada sobre la participación de los sindicatos en los procesos de fuero sindical. Ello era así, por cuanto para entonces se entendía que el fuero sindical era una institución protectora de los derechos individuales del trabajador que desempeñara funciones directivas en la respectiva organización sindical, o formara parte de la comisión de reclamos, o de cada uno de los trabajadores fundadores del sindicato o en los casos del fuero circunstancial.

Es decir, al Derecho Colectivo del Trabajo no se le asignaba la trascendencia jurídica que hoy se le reconoce, como ocurre con la Constitución vigente, que expresamente reconoce los derechos de asociación y libertad sindical (artículo 39) y dispone que los convenios internacionales del trabajo forman parte de la legislación interna (artículo 53), al propio tiempo que garantiza el derecho a la negociación colectiva (artículo 55) y el derecho de huelga salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador (artículo 56), normas que se encuentran en plena armonía con el artículo 25 de la Carta en el cual se establece que el trabajo, en todas sus modalidades, tendrá la *"especial protección del Estado"*.

- 3.2. Precisamente en virtud del cambio constitucional que se produjo con la promulgación de la Constitución de 1991, en la Sentencia C-381 de 2000, al decidir sobre una demanda de inconstitucionalidad parcial de los artículos 114 y 118 del Código de Procedimiento Laboral con la redacción que a ellos

se les dio por los artículos 3º y 6º del Decreto 204 de 1957, adoptado como legislación permanente por el artículo 1º de la Ley 141 de 1961, se expresó por la Corte que el primero de los artículos citados es exequible *"siempre y cuando se entienda que, en aplicación del artículo 39 de la Constitución, el sindicato, por medio de su junta directiva, debe ser notificado y será parte en el juicio"*; y, con respecto al artículo 118 de ese Código, también se declaró su exequibilidad, *"siempre y cuando se entienda que, en aplicación del artículo 39 de la Constitución, el sindicato, por medio de su junta directiva, podrá también interponer la acción de reintegro prevista por el primer inciso y de restitución prevista por el tercer inciso"*.

Conforme a lo expuesto, es claro entonces que si el fuero sindical se instituye como garantía al derecho de asociación y a la libertad sindical, los sindicatos, como ya se dijo en la Sentencia C-381 de 2000 deben ser parte en los procesos en los que se pretenda hacer efectiva esa garantía constitucional.

3.3. Los sindicatos, en los procesos sobre fuero sindical no son terceros.

Tienen en desarrollo de la Constitución Política la calidad de parte en el proceso. Existe para ellos un derecho material que en el proceso respectivo se discute o controvierte para hacerlo efectivo y, en consecuencia, no puede este adelantarse sin darle la oportunidad legal de participar en la controversia. En tal virtud, su vinculación al proceso no es voluntaria, sino forzosa.

El sindicato al que pertenezca el trabajador aforado es sujeto de la relación jurídico procesal desde su inicio. Tiene la categoría de parte originaria. No es un extraño, un tercero ajeno al proceso sino que, por el contrario, ha de estar presente necesariamente en la controversia judicial sobre el fuero sindical, como garantía para la defensa oportuna de este instrumento creado por la ley para proteger el derecho de asociación y la libertad sindical.

Ello implica, entonces, que en los procesos sobre fuero sindical donde el sindicato respectivo no sea el demandante, su participación en el proceso deba estar plenamente garantizada en todas las etapas del mismo. Es decir, el auto admisorio de la demanda habrá de notificársele al representante legal de la organización sindical a la cual pertenezca el trabajador aforado. Esa citación al proceso con notificación del auto

admisorio de la demanda no puede realizarse a destiempo sino oportunamente. Es decir que el sindicato ha de tener la posibilidad jurídica de actuar luego de la notificación de ese auto en igualdad de condiciones al demandado, esto es, con término igual para que su participación no resulte inocua, aparente, vacía de contenido. Desde luego, el ejercicio del derecho de contradicción en el proceso de fuero sindical, al igual que el derecho de acción para la iniciación de un proceso no implican el deber jurídico de actuar, pues es claro que a nadie se puede obligar a demandar como tampoco a darle contestación a una demanda, del mismo modo que a nadie se podría hacer obligatorio que siendo tercero realice actos procesales si no es esa su voluntad.

Son dos cosas diferentes el deber jurídico de citar a alguien a un proceso y la obligatoriedad de realizar actuaciones en el mismo. Así, es un imperativo del debido proceso citar al demandado, pero sin embargo no lo es que este le contestación a la demanda e intervenga efectivamente en el proceso. El derecho de contradicción, se satisface en este caso con la oportunidad jurídica de conocer la demanda y sus anexos en virtud del traslado al demandado y de la notificación del auto admisorio correspondiente. En adelante tendrá la carga procesal de darle contestación y de actuar durante las distintas etapas del proceso, pero quedará siempre la posibilidad de escogencia de la conducta procesal que considere más conveniente. Al punto que, como es conocido, la carga procesal es una conducta de realización facultativa que impone al gravado con ella las consecuencias jurídicas desfavorables si no las satisface. Pero que en ningún caso puede confundirse ni con un deber ni con una obligación procesal.

Por lo dicho queda claro que en estos procesos de fuero sindical la citación al sindicato del cual forma parte el aforado será forzosa, es decir, existe para el juez el deber de notificar a la organización sindical el auto admisorio de la demanda y de correrle traslado de la misma, para que el sindicato, como parte en ese proceso decida, en ejercicio de sus funciones y con plena autonomía si participa en el proceso, caso este en el cual podrá efectuar todos los actos procesales que la ley autoriza para quienes actúan como parte y no como terceros en el proceso respectivo. Pero, sin que en ningún caso pueda ser exigida jurídicamente la adopción de una conducta procesal determinada pues, como es obvio, en defensa de sus intereses bien podría el sindicato abstenerse de realizar algunas actuaciones, si así lo considera más procedente. Por ello no se observa por la Corte que la expresión "podrá" del inciso 1º del artículo 118-B del Código de Procedimiento Laboral sea reñida con la Constitución, por cuanto se limita a señalar simplemente la posibilidad de asumir una conducta determinada en el proceso, sin que

ello signifique que el juez pueda omitir citar al sindicato mediante la notificación del auto admisorio de la demanda y el traslado correspondiente.

Si, de otro lado el artículo 118-B del Código de Procedimiento Laboral autoriza al juez para notificar el auto admisorio de la demanda al sindicato por el medio que el juez considere más expedito y eficaz, tal autorización no puede entenderse de manera que la norma quede vacía de contenido y de manera contraria a la finalidad que con ella se persigue, que no es otra distinta que darle al sindicato la oportunidad de intervenir en el proceso de fuero sindical, como parte, para la defensa del derecho de asociación y libertad sindical, asunto este en el cual se supone por el legislador que no existen intereses encontrados sino coincidentes entre el trabajador aforado y su organización sindical. Esto significa, con claridad meridiana, que la notificación ha de realizarse de manera oportuna, esto es, que el auto admisorio de la demanda habrá de notificarse al demandado y al sindicato correspondiente para que en el mismo término de contestación a la demanda puedan asumir la conducta procesal que cada uno considere más conveniente conforme a la ley.

3.4. Como se ve en el proceso de fuero sindical además de los derechos colectivos a que se ha hecho alusión, que son primordiales, también se encuentran involucrados derechos subjetivos del trabajador aforado, por lo cual no podría la ley autorizar al sindicato la disposición del derecho particular del trabajador en litigio, pues es este el único legitimado para el efecto, razón por la cual no existe tampoco inexequibilidad del numeral 3º del artículo 118-B del Código de Procedimiento Laboral con la redacción que le fue dada por el artículo 50 de la Ley 712 de 2001.

(...)

CONCILIACIÓN EN PROCESO DE FUERO SINDICAL. PARTICIPACIÓN DE SINDICATO

Sentencia C-381/00 M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Alcance del fuero sindical, derecho fundamental de asociación y conciliación.

El fuero sindical, conforme a su definición legal, en el artículo 405 del estatuto del trabajo, es la garantía que tienen algunos empleados, en virtud de la cual no pueden ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, "sin justa causa, previamente calificada por el Juez del Trabajo". La Carta de 1991 confiere una especial jerarquía a esta figura, que ya no es una institución puramente legal, puesto que se ha convertido en un mecanismo de rango constitucional para proteger la libertad sindical y el derecho de asociación de los trabajadores. No es pues una casualidad que la misma disposición constitucional que reconoce el derecho de sindicalización, a saber el artículo 39, prevea también el fuero para los representantes sindicales, a fin de que éstos puedan cumplir sus gestiones. En efecto, sólo si los líderes de esas asociaciones gozan de protecciones especiales a su estabilidad laboral, podrán realizar libremente sus tareas en beneficio de los trabajadores, sin temor a represalias patronales. Por ello, esta Corte ha resaltado, en numerosas ocasiones, que la garantía foral busca impedir que, mediante el despido, el traslado o el desmejoramiento de las condiciones de trabajo, el empleador pueda perturbar indebidamente la acción legítima que la Carta reconoce a los sindicatos ⁶⁹.

Conforme a lo anterior, esta Corporación coincide con el actor y con varios intervinientes en que el fuero sindical, en la medida en que representa una figura constitucional para amparar el derecho de asociación, es un mecanismo establecido primariamente en favor del sindicato, y sólo secundariamente para proteger la estabilidad laboral de los representantes de los trabajadores. O, por decirlo de otra manera, la ley refuerza la protección a la estabilidad laboral de los representantes sindicales como un medio para amparar la libertad de acción de los sindicatos. Por ello

⁶⁹ Ver, entre otras, las sentencias T-326 de 1999, SU-036 de 1999, T-728 de 1998, T-297 de 1994, C-593 de 1993.

esta Corte ha señalado que este "fuero constituye una garantía a los derechos de asociación y libertad sindical, antes que la protección de los derechos laborales del trabajador sindicalizado"⁷⁰. Posteriormente esta Corporación reiteró que "para los trabajadores que gozan de fuero sindical, la protección se otorga en razón a su pertenencia a un sindicato y como protección a sus derechos de asociación y sindicalización"⁷¹.

El actor y varios intervinientes aciertan entonces en señalar que el fuero es un mecanismo de orden constitucional, que existe esencialmente en beneficio del sindicato, por cuanto ampara primariamente el derecho de asociación (CP art. 39). Una obvia pregunta surge: ¿significa lo anterior que, como lo argumenta el demandante, la expresión acusada del artículo 114 del C de PT es inconstitucional, en la medida en que autoriza al trabajador aforado a negociar una garantía constitucional, que no es suya, ya que ésta corresponde al sindicato?

3- Una primera aproximación a la disposición acusada parece llevar a una respuesta afirmativa al anterior interrogante. En efecto, el artículo 114 del C de PT establece que una vez que el patrono ha hecho la solicitud para obtener la autorización judicial para despedir, desmejorar, o trasladar a un trabajador aforado, entonces debe el juez notificar la solicitud al empleado y citar a una audiencia, en la cual debe intentarse primeramente la conciliación entre las partes. Esa posibilidad de conciliación también opera cuando el representante sindical ha sido despedido, o desmejorado, o trasladado, sin previa autorización judicial, e intenta una acción de reintegro o una acción de restitución, pues esos eventos se rigen también por el artículo 114 del C de PT, según lo ordena el artículo 118 de ese mismo estatuto. La disposición acusada autoriza entonces que el representante sindical pueda, en el desarrollo de una acción patronal de levantamiento de fuero, o de un acción del trabajador de reintegro o restitución, llegar a un acuerdo con el empleador, en donde, por ejemplo, acepte ser despedido o trasladado, a

⁷⁰ Sentencia T-297 de 1994. MP Antonio Barrera Carbonell.

⁷¹ Sentencia C-710 de 1996. MP Jorge Arango Mejía. Consideración de la Corte 12.

cambio de una compensación monetaria elevada por su despido. Ahora bien, esa decisión del trabajador aforado, calificada por algunos doctrinantes como una verdadera "venta del fuero sindical", puede tener efectos graves sobre la asociación sindical, pues la salida del dirigente, o su traslado, puede afectar negativamente el dinamismo de la asociación; y sin embargo, y a pesar de que el fuero está establecido por la Carta primariamente en beneficio del sindicato, esa organización no puede oponerse a esa conciliación.

- 4- El examen precedente parece entonces conducir al siguiente resultado: la Corte debe declarar la inconstitucionalidad de la expresión acusada porque permite al trabajador aforado negociar y comercializar una garantía que no le pertenece, con lo cual viola el derecho de asociación sindical. Sin embargo, esa conclusión suscita al menos la siguiente inquietud: esta Corporación, en numerosas ocasiones, ha reconocido no sólo que la conciliación se ajusta a la Carta sino que ésta representa "una proyección, en el nivel jurisdiccional, del espíritu pacifista que informa a la Carta en su integridad", ya que "el entendimiento directo con el presunto contrincante" es una forma especialmente civilizada y pacífica de solucionar los conflictos, "pues esta modalidad puede llevar a la convicción de que de la confrontación de puntos de vista opuestos se puede seguir una solución de compromiso, sin necesidad de que un tercero decida lo que las partes mismas pueden convenir.⁷²" Por esa razón, esta Corte ha indicado que "bien puede la ley favorecer que sean las propias personas quienes solucionen directamente sus problemas, por ejemplo estableciendo que éstas deben intentar previamente la conciliación de sus diferencias antes de acudir ante los jueces"⁷³. Y con esos mismos criterios, la sentencia C-037 de 1996, MP Vladimiro Naranjo Mesa, declaró la constitucionalidad del artículo 8º de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, según el cual, la ley puede "establecer mecanismos diferentes al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados". Dijo entonces la Corte:

"El propósito fundamental de la administración de justicia es hacer realidad los principios y valores que inspiran al Estado social de derecho, entre los cuales se encuentran la paz, la tranquilidad, el orden justo y la armonía de las relaciones

⁷² Sentencia C-165 de 1993. MP Carlos Gaviria Díaz, criterio reiterado en la sentencia C-160 de 1999.

⁷³ Sentencia C-163 de 1999, MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento No 4.

sociales, es decir, la convivencia (Cfr. Preámbulo, Arts. 1º y 2º C.P.). Con todo, para la Corte es claro que esas metas se hacen realidad no sólo mediante el pronunciamiento formal y definitivo de un juez de la República, sino que asimismo es posible lograrlo acudiendo a la amigable composición o a la intervención de un tercero que no hace parte de la rama judicial. Se trata, pues, de la implementación de las denominadas "alternativas para la resolución de los conflictos", con las cuales se evita a las partes poner en movimiento el aparato judicial del país y se busca, asimismo, que a través de instituciones como la transacción, el desistimiento, la conciliación, el arbitramento, entre otras, los interesados puedan llegar en forma pacífica y amistosa a solucionar determinadas diferencias, que igualmente plantean la presencia de complejidades de orden jurídico. "

Además, fuera de la importancia que tiene en general la búsqueda de acuerdos consensuales y conciliados en todos los campos, lo cierto es que en la esfera laboral el interés constitucional por este tipo de mecanismos es mayor, pues la Carta propugna por la concertación permanente en las relaciones de trabajo, a fin de que puedan resolverse, en la mejor forma posible, los conflictos en esa órbita. No otro es el espíritu del inciso segundo del artículo 53 superior, según el cual debe existir una comisión permanente integrada por el Gobierno, por representantes de los empleadores y de los trabajadores, que "fomentará las buenas relaciones laborales, contribuirá a la solución de los conflictos colectivos de trabajo y concertará las políticas salariales y laborales".

- 5- Conforme a lo anterior, parece entonces problemático que una sentencia de inexecutable de esta Corte impida, en forma absoluta, que un directivo sindical pueda, de común acuerdo con la organización que representa, llegar a un acuerdo con el patrono, durante un juicio sobre fuero sindical. Así, supongamos que un empleador desea trasladar a un trabajador aforado a otro lugar de trabajo, y que el empleado y el sindicato estén plenamente de acuerdo con esa propuesta. En tal evento, ¿vulnera algún derecho constitucional, o alguna norma superior, que la ley autorice que el trabajador, el sindicato y el patrono lleguen a una conciliación sobre ese punto, durante el proceso de levantamiento del fuero? No parece, puesto que el derecho de asociación no se ha visto afectado un ápice, y en cambio, ese proceso de

concertación ha fomentado las buenas relaciones laborales, que es un propósito expreso de la Carta (CP art. 53).

Una pregunta surge naturalmente del examen precedente: ¿es posible preservar la conciliación prevista por la disposición acusada, que puede ser considerada un desarrollo del espíritu de concertación laboral que la Carta anima (CP art. 53), pero eliminando los riesgos que esa figura, tal y como se encuentra consagrada en el artículo impugnado, plantea en relación con el derecho de asociación sindical?

Juicios por fuero sindical y derechos de los sindicatos

- 6- Para responder a ese interrogante, es necesario recordar que el principal problema constitucional que suscita la disposición acusada es que permite al representante sindical conciliar en asuntos sobre fuero sindical, como si se tratara de un derecho personal exclusivamente suyo, cuando en realidad la garantía foral está establecida por la Carta ante todo para proteger el derecho de asociación. Por ende, la deficiencia primaria de esta regulación es que permite una conciliación sobre fuero sindical, asunto que interesa primariamente al sindicato, pero sin que esa organización pueda incidir en el desarrollo de la negociación, con lo cual, el acuerdo entre el patrono y el trabajador aforado puede llegar a afectar negativamente al sindicato, y por esa vía puede vulnerar el derecho de asociación. Ahora bien, esa comprobación conduce inevitablemente a la siguiente constatación: en general todo el procedimiento del juicio por fuero laboral adolece del mismo defecto, puesto que se realiza sin la participación del sindicato. Así, cuando el patrono pretende levantar el fuero sindical, el artículo 114 del estatuto procesal laboral señala que debe correrse traslado al trabajador, pero no prevé la notificación, ni la participación del sindicato. A su vez, si el empleado aforado es despedido, desmejorado o trasladado, sin justa causa, entonces, conforme al artículo 118 de ese mismo estatuto, corresponde al propio trabajador presentar la demanda de reintegro o de restitución, pero esa posibilidad de accionar no es conferida al sindicato.
- 7- El estudio precedente ha mostrado que el problema de la expresión acusada del artículo 114 del C de PL no es tanto su contenido intrínseco, esto es, que prevea la conciliación en los juicios por fuero sindical, sino que ese mandato hace parte de una regulación mayor, que presenta defectos constitucionales, en la medida en que excluye a los sindicatos de participar en estos procesos,

a pesar de que el fuero sindical existe esencialmente para amparar el derecho de asociación de los trabajadores. Esta constatación es de enorme importancia. Así, si el defecto constitucional general de esta normatividad es que no prevé la participación de los sindicatos afectados en los juicios de fuero sindical, entonces la simple declaratoria de inexequibilidad de la expresión acusada es una determinación problemática. En efecto, una decisión de esa naturaleza no sólo excluye del ordenamiento un contenido normativo que es en sí mismo constitucional, pues la conciliación puede desarrollar las buenas relaciones laborales (CP art. 53), sino que además, el fallo de inexequibilidad del aparte impugnado no corrige verdaderamente el defecto constatado por esta Corte, puesto que de todos modos el sindicato queda excluido de los juicios por fuero sindical. En ese orden de ideas, incluso si se retira del ordenamiento la conciliación judicial prevista por la expresión acusada, el trabajador aforado despedido, desmejorado o trasladado sin justa causa, es quien tiene el derecho exclusivo a demandar su reintegro o restitución. Por ende, bien podría ese representante sindical conciliar extrajudicialmente con el patrono a fin de no demandar, sin que el sindicato pueda oponerse a esa negociación, a pesar de que ella pueda afectar el derecho de asociación.

La decisión de inexequibilidad de la expresión impugnada es entonces, desde un cierto punto de vista, excesiva, pues excluye un contenido que es parcialmente legítimo; pero esa misma determinación es, desde otro punto de vista, insuficiente, en la medida en que no corrige el vicio de inconstitucionalidad que ha constatado esta Corte. En tales circunstancias: ¿qué debe hacer esta Corporación?

Procedencia de la unidad normativa y necesidad de una sentencia integradora.

- 8- La primera conclusión que se impone es la siguiente: la Corte debe aplicar la figura de la unidad normativa y entrar a estudiar aquellos apartes de los artículos 114 y 118 del C de PL, que establecen que en los juicios por fuero sindical participa el trabajador, pero no el sindicato. Es cierto que el demandante no acusó esos contenidos normativos. Sin embargo, en la medida en que esta Corporación ha constatado que esa regulación mayor, de la cual forma parte la expresión acusada, adolece de evidentes vicios de inconstitucionalidad, entonces es su deber entrar a estudiarla. En efecto,

conforme a la doctrina sentada en la sentencia C-320 de 1997, MP Alejandro Martínez Caballero, fundamento 4º y 5º, "si esa regulación mayor es constitucionalmente sospechosa, ineludiblemente debe la Corte examinarla, pues no podría declarar constitucional un aspecto de una determinada institución, si ésta última puede ser globalmente inexecutable". Por consiguiente, debe la Corte pronunciarse sobre el aparte del artículo 114 del C de PT, según el cual, el juez, una vez recibida la solicitud de levantamiento de fuero, "ordenará correr traslado de ella al trabajador o trabajadores indicados en la solicitud y citará a las partes para una audiencia." Igualmente, esta Corporación analizará la constitucionalidad de los incisos primero y tercero del artículo 118 de ese mismo estatuto, los cuáles establecen:

"La demanda del trabajador amparado por el fuero sindical que hubiere sido despedido, se tramitará conforme al procedimiento señalado en los artículos 114 y siguientes de este Código.

(...)

Lo dispuesto en este artículo se aplicará a la acción del trabajador amparado por el fuero sindical que hubiere sido trasladado o desmejorado sin intervención."

- 9- Una vez precisado que esta Corte debe pronunciarse sobre todos esos contenidos normativos, la decisión que debe ser tomada es clara. Así, es evidente que esos apartes no son en sí mismos inexecutable, pues el problema constitucional que plantea esa regulación, incluyendo la expresión impugnada, es que no prevé la participación en el juicio del sindicato afectado por el despido, el traslado o el desmejoramiento de uno de sus representantes sindicales aforados. En efecto, si el sindicato concurre a esos procesos, entonces no existe ningún problema en que pueda intentarse una conciliación, puesto que el representante sindical no estaría autónomamente disponiendo de un derecho que no es totalmente suyo, ya que el sindicato podría oponerse a cualquier acuerdo que juzgue lesivo para sus intereses. Igualmente, un sindicato no podría tampoco abandonar los derechos a la estabilidad de uno de sus dirigentes, pues la conciliación debe contar también con el asentimiento del trabajador aforado. Y esa conciliación ayudaría a desarrollar unas buenas relaciones laborales, pues requiere también del acuerdo del empleador.

Conforme a lo anterior, en el presente caso es necesario que la Corte recurra a una modulación de los efectos de su sentencia, práctica ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional⁷⁴. En efecto, es doctrina reiterada de esta Corte que el juez constitucional no está atrapado en la disyuntiva de mantener en forma permanente una norma en el ordenamiento (declaración de exequibilidad simple) o retirarla en su integridad (sentencia de inexequibilidad simple), puesto que la Carta simplemente ha establecido que a la Corte compete "decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes" (CP 241 ord 4º). Por consiguiente, al decidir sobre estas demandas, la Corte debe adoptar la modalidad de sentencia que mejor le permita asegurar la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. Y en el presente asunto procede una sentencia integradora, pues la Corte ha constatado que existe un vacío de regulación, que es inconstitucional, ya que no es legítimo que los asuntos sobre fuero sindical se decidan sin la participación procesal de los sindicatos, quienes son los primeros interesados en la suerte de esos procesos y de esas conciliaciones. Por ende, ese vacío sólo puede ser llenado de una forma, a saber, que por aplicación directa del artículo 39 de la Carta, que reconoce el derecho de asociación sindical, y el fuero como uno de sus elementos, se entienda que los sindicatos tienen derecho a participar en esos procesos, ya sea como demandados, en el caso de los juicios promovidos por los patronos para levantar ese fuero, ya sea como eventuales demandantes, en las acciones de reintegro y en las acciones de restitución.

La compatibilidad de la presente sentencia integradora y de la doctrina desarrollada en la sentencia C-160 de 1999.

- 10- Con todo, podría objetarse que esa decisión integradora no es procedente ya que es incompatible con la doctrina desarrollada por la sentencia C-160 de 1999, MP Antonio Barrera Carbonell. Entra pues la Corte a estudiar ese reparo, para lo cual comienza por transcribir el aparte pertinente de esa sentencia C-160 de 1999, que dice literalmente:

⁷⁴ Ver, en particular, las sentencias C-109 de 1995 y C-112 de 2000.

"Tampoco la conciliación opera para los asuntos de fuero sindical, en cuanto a la garantía que tienen los trabajadores aforados para no ser despedidos o desmejorados en sus condiciones de trabajo o trasladados a otro establecimiento de la empresa, porque el derecho al fuero sindical, reconocido por la propia Constitución (art. 39) se vincula íntimamente con el derecho fundamental de asociación sindical, siendo por consiguiente, un aspecto nuclear de éste. De modo que, en principio, no parece procedente que se pueda negociar o renunciar un derecho que es esencial para la vigencia efectiva del derecho fundamental de asociación; es mas en este evento, por aparecer involucrado este derecho el asunto trasciende al simple interés personal del trabajador, de naturaleza económica, para internarse en el ámbito de una cuestión vinculada a la vigencia y realización efectiva de un derecho fundamental, el cual no es susceptible de negociación (subrayas no originales)."

Un primer examen sugiere que esa sentencia concluyó que la conciliación no es procedente, en ningún caso, en los juicios por fuero sindical, lo cual sería incongruente con la presente decisión, en donde la Corte admite ese acuerdo, siempre y cuando el sindicato afectado pueda participar en el proceso. Sin embargo, un estudio más atento de este párrafo de la sentencia C-160 de 1999 muestra que las dos doctrinas son compatibles. En efecto, en ese párrafo, la Corte cuestiona la posibilidad de que, por razones puramente individuales, el representante sindical, ceda el fuero sindical, que es un aspecto nuclear del derecho de asociación. Esa objeción se funda entonces en la idea de que el representante sindical puede negociar autónomamente el fuero sindical, sin contar con el asentimiento del sindicato, aspecto que la presente sentencia considera igualmente cuestionable, desde el punto de vista constitucional. Sin embargo, en la medida en que la decisión integradora corrige ese defecto, puesto que permite la participación sindical en esos procesos, entonces la inconstitucionalidad de la posibilidad de la conciliación desaparece.

- 11- La Corte procederá entonces a declarar la constitucionalidad condicionada de los apartes estudiados de los artículos 114 y 118 del estatuto procesal laboral, siempre y cuando se entienda que las juntas directivas de

los sindicatos pueden participar en los juicios por fuero sindical, ya sea como demandados, o ya sea como actores.

(...)

CASO N° 2

FUERO SINDICAL. PERMISO JUDICIAL, TÉRMINOS DE PRESCRIPCIÓN EN EMPRESAS EN ESTADO DE LIQUIDACIÓN. EJECUCIÓN DEL REINTEGRO, IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIRLO. ACTUACION QUE DEBE CUMPLIR LA ENTIDAD QUE ALEGA ESE HECHO

Por asuntos de reestructuración del Estado, una Empresa Industrial y Comercial se halla en trance de liquidación. El decreto en donde se ordenó la liquidación data del 1° de febrero de 2008, concediéndose 1 año para esos efectos. La empresa tiene varios trabajadores que gozan el fuero sindical y desea, por esas razones, retirarlos.

AUTOEVALUACIÓN

1. Debe necesariamente la administración solicitar el permiso judicial, para proceder al despido.
2. A partir de cuándo empiezan a correr los términos de prescripción, para que el empleador solicite el permiso para despedir a los trabajadores aforados, desde el momento en que tuvo conocimiento del decreto en que se ordenaba la liquidación de la empresa, o desde cuando la liquidación haya ocurrido totalmente?.
3. En caso de que un trabajador sea designado directivo del sindicato, notificándole al liquidador tal hecho, situaciones ocurridas 2 meses después de la expedición del decreto que ordena la liquidación de la empresa, cuál es el momento a partir del cual, deben contarse los términos de prescripción?
4. Si se ordena el reintegro en un proceso especial de fuero sindical, por cuanto la administración no solicitó el permiso judicial, sería viable dentro

del proceso ejecutivo ordenarlo, a pesar de que la entidad lo considere de imposible cumplimiento, por sustracción de materia?

DECISIONES JUDICIALES

EN DEMANDAS DEL EMPLEADOR TENDIENTES A OBTENER EL DESPIDO DEL TRABAJADOR AMPARADO POR FUERO SINDICAL, EL TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN SE INICIA, PARA AQUELLAS ENTIDADES EN LIQUIDACIÓN, A PARTIR DEL MOMENTO EN QUE SE EXPIDE EL DECRETO CORRESPONDIENTE, PUES DESDE ESE MOMENTO EL EMPLEADOR TIENE CONOCIMIENTO DEL HECHO QUE MOTIVA SOLICITAR EL PERMISO.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL
(RAD. 20 2006 00760 02)**

(...)

S E N T E N C I A

ANTECEDENTES

EL BANCO CAFETERO, por conducto de apoderada judicial formuló demanda en contra de **LUIS FERNANDO VALENCIA**, para que previos los trámites de un Proceso Especial de Fuero Sindical se conceda a la entidad demandante permiso para retirar del servicio al demandado por encontrarse actualmente gozando de fuero sindical, invocando como justa causa para la autorización del despido la liquidación del Banco Cafetero S.A.; solicita igualmente la condena en costas a la parte demandada en el evento en que se oponga a la prosperidad de las pretensiones.

(...)

CONSIDERACIONES

Surgen en el proceso los presupuestos procesales generales de toda controversia jurídica, en consecuencia y dado que se aspira en este especial de fuero sindical a que se obtenga el permiso judicial para despedir por parte del BANCO CAFETERO a don **LUIS FERNANDO VALENCIA TABORDA**, resulta apenas elemental observar si el demandado está o no amparado por la garantía foral.

En este orden de ideas, no hay discusión en cuanto que entre las partes existe una vinculación laboral, pues así se desprende de la documentación obrante a folio 30, desempeñándose como cajero.

Tampoco, para el caso en examen, existe controversia en relación a la calidad de aforado del demandado, a la presentación de la demanda, pues lo que se desprende de lo afirmado en los hechos 16, 17 del libelo introductorio folio 5, y en su respuesta folio 723, es que el Señor **LUIS FERNANDO VALENCIA TABORDA**, goza en la actualidad de Fuero Sindical, hecho no discutido para nada en autos por las partes, refrendado igualmente a folio 894 a 896.

Adicionalmente, cuando es el empleador quien inicia la acción para obtener el permiso para retirar a un servidor aforado, se infiere de manera lógica que coloca en movimiento el aparato jurisdiccional del Estado, porque conoce esa circunstancia protectora, de lo contrario en lugar de iniciar el proceso especial, terminaría el vínculo, sin solicitar ese permiso judicial.

Dicho lo anterior abordara inicialmente la sala el examen de las inquietudes presentadas en apelación por el demandado, referida a la prescripción.

(...)

De lo anterior se desprende, que el término de prescripción surge a partir del momento en que el empleador tuvo conocimiento del hecho que alega como justa causa o desde que se haya agotado el procedimiento convencional o reglamentario correspondiente debiendo dentro del termino de dos meses para solicitar la autorización del despido es decir presentar la demanda respectiva, so pena de verse afectada de prescripción.

En este orden de ideas, lo que se aprecia es la expedición del Decreto 610 de marzo 7 de 2005, publicado en el diario oficial # 45843 de esa fecha, infiriéndose la disolución y liquidación de BANCAFE debiendo concluir en un plazo de 2 años, prorrogable. Del mismo modo los artículos 9 y 10 del decreto en comento se ocupan de la terminación de la vinculación laboral y la prohibición de contratar trabajadores.

Ahora bien, el tema a despejar en este especial, en virtud del recurso del accionado, es a partir de qué momento se deben contar los términos de prescripción señalados al inicio de este proveído, es decir desde cuándo el empleador tuvo conocimiento del hecho que alega como justa causa.

Para la Sala, contrario a lo consignado por el A – Quo, el lapso prescriptivo empieza a correr desde el momento de la publicación en el diario oficial, 7 de marzo del 2005, pues es claro que desde entonces el empleador tuvo conocimiento de la ocurrencia de una justa causa para solicitar la autorización a la que se contrae la presente demanda.

En efecto, no es válido sostener que como hubo un lapso concedido para la liquidación, durante ese segmento de tiempo no corrían los términos del Art. 118ª para efectos de la prescripción, y solo a la finalización de ese periodo se iniciaría el conteo -2 meses- pues la contabilización del tiempo es concomitante con el conocimiento del hecho que se invoca en autos, petición primera de la demanda folio 3, no resultando factible conceder un periodo de gracia, para casos como el de autos, de 2 años, plazo concedido para la terminación de los contratos de trabajo, ello no es el criterio asimilable al entendimiento consignado en la ley, derivado de la doctrina constitucional C – 381 del 2000, en cuanto al término de prescripción se fijó por la ley en un lapso razonable de 2 meses a partir del conocimiento del hecho invocado por el empleador, siendo ello conocido desde la publicación en el diario oficial del Decreto 610 de 2005, así que presentándose la demanda a reparto el 27 de julio de 2007, folio 18 vuelto, el término de prescripción se encuentra más que vencido.

Cabe igualmente acotar que la situación relativa al reintegro del que fue objeto el actor por decisión de la Corte Constitucional, no tiene ahora la virtualidad de revivir unos términos, pues justamente la guardiana de la Constitución ordenó el reintegro, entre otros asuntos, por haberse retirado del servicio al demandado, con base en el Decreto 610 de 2005, sin atender las regulaciones dispuestas en el C.P.L en orden a obtener el permiso para despedir, dada la condición de aforado, no siendo entonces factible que el demandante, apoyado en sus propias faltas, pretenda ahora subsanarlo, beneficiándose de sus propias culpas, en orden a eclipsar el término prescriptivo, no conculcándose a la accionante su derecho de acudir ante el Juez para solicitar el

permiso, sólo que ante la excepción de prescripción propuesta por el demandado en relación a la causal invocada (folio 735) debe el operador judicial pronunciarse sobre ella, como en efecto ocurrió, desde el momento de la publicación en el diario oficial del Dcto. 610 de 2005, pues no obra otra disposición posterior que ordene la supresión de cargos.

De otro lado, por sustracción de materia no resulta viable considerar el recurso de la parte demandante.

(...)

EN ORDEN A OBTENER EL PERMISO JUDICIAL PARA DESPEDIR AL TRABAJADOR CON GARANTÍA FORAL, POR PARTE DEL EMPLEADOR EN ESTADO DE LIQUIDACIÓN, EL TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN SE CUENTA DESDE EL MOMENTO EN QUE EL EMPLEADOR ES NOTIFICADO DE LA ELECCIÓN DEL TRABAJADOR COMO DIRECTIVO SINDICAL, Y NO DESDE EL MOMENTO EN QUE SE EXPIDIÓ EL DECRETO QUE ORDENA LA LIQUIDACIÓN DE LA ENTIDAD EMPLEADORA, EN EL EVENTO EN QUE LA DESIGNACIÓN DEL DIRECTIVO SINDICAL SE HAGA DESPUÉS DE LA EXPEDICIÓN DEL DECRETO QUE ORDENÓ LA LIQUIDACIÓN.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
DE GUADALAJARA DE BUGA
SALA DE DECISIÓN LABORAL
RADICACIÓN: 2007 – 01150**

AUDIENCIA PÚBLICA No. 033

Sea lo primero señalar, que las leyes sobre procedimiento son de orden público, irrenunciables y de aplicación inmediata, sin que sea procedente argüir que existen condiciones jurídicas particulares creadas para desconocerlas. Al efecto, basta citar el Art. 6 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el Art. 2º de la Ley 794 de

2003, aplicable por analogía a esta clase de procesos por remisión del Art. 145 del C.P.T.S.S., el cual expresa:

"Artículo 6°. Observancia de normas procesales. Las normas procesales son de derecho público y orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso, podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley. Las estipulaciones que contradigan lo dispuesto en este artículo, se tendrán por no escritas."

La norma enfatiza la obligatoriedad para los funcionarios judiciales del deber de aplicar los principios generales del derecho procesal.

El precepto legal tiene fundamento en el Art. 29 de la Constitución Política, el cual establece el principio conocido como legalidad del proceso al disponer que: *"El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas"*. De la misma manera, la norma constitucional citada, prevé el debido proceso como *"una serie de garantías que tienen por fin sujetar las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas a reglas específicas de orden sustantivo y procedimental, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas en ellas involucrados"*.

Pretende la parte accionada que se declare prescrita la acción especial formulada por la parte actora, ya que conforme al Art. 118 A del C.P.T.S.S., el Banco Cafetero tenía hasta el 7 de mayo de 2005 para presentar la solicitud de permiso para despedir, al esgrimir como justificación para la licencia judicial de despido, la existencia del Decreto 610 del 7 de marzo de 2005 y no la participación o elección del trabajador en organizaciones sindicales, por lo que en su criterio, esta demanda se presentó en una fecha posterior.

El Art. 118 A del C.P.T.S.S., modificado por el Art. 49 de la Ley 712 de 2001, dispone que las acciones que emanen *"... del fuero sindical prescriben en dos (2) meses. (...) Para el empleador desde la fecha en que tuvo conocimiento del hecho que se invoca*

como justa causa o desde que se haya agotado el procedimiento convencional o reglamentario correspondiente..." (Subrayas fuera de texto).

En este orden de ideas, para efectos de determinar si la presente acción esta cobijada por el fenómeno de la prescripción, la Sala debe resolver el interrogante de *¿Cuándo tuvo el liquidador del Banco Cafetero conocimiento del hecho que invoca en este proceso como justa causa para obtener el levantamiento del fuero sindical del trabajador demandado?*. Interrogante al que saltan dos respuestas, la primera, que fue al momento en que el Gobierno Nacional ordenó la liquidación del Banco cafetero (Decreto 610 del 7 de marzo de 2005) y, la segunda, que fue con la notificación de la elección de la señora GLORIA MAYELY HERRERA GÓMEZ como miembro de la Junta Directiva Nacional del Sindicato de Industria de Empleados Bancarios "SIEB", esto es, mediante oficio fechado el 8 de noviembre del 206 (fl. 25).

A juicio de la Sala, la respuesta no puede ser otra que la segunda opción, es decir, que el término prescriptivo comienza a contarse a partir del momento en que se le notificó la designación del trabajador en la Junta Directiva de la organización sindical. Aquí debemos distinguir, los procesos de levantamiento de fuero en los que se ha dicho por este Tribunal que el término de fenecimiento de la acción corre desde el momento en que se ordena la liquidación de la entidad, pues en éstos el liquidador ya sabía quiénes tenían tal garantía foral al momento de la liquidación, circunstancia que hace diferente este proceso de los otros, en razón de que aquí era imposible que el liquidador tuviera conocimiento de un hecho futuro.

Pensar lo contrario, o sea, que el liquidador puede saber el futuro, sería llegar al absurdo de inferir que éste puede producir fenómenos extraordinarios o que parecen tales, para saber con antelación que a la demandada la iban a nombrar en la Junta Directiva del Sindicato, con posterioridad a la fecha de iniciación del proceso liquidatorio, o sería tanto como desconocer las máximas de la experiencia y de la

hermenéutica que viene desde los Romanos, como son "Lo necesario esta permitido" y que tiene por pareja el siguiente principio: "A lo imposible no ésta obligado nadie". En estos dos casos no se trata de necesidad y de imposibilidad lógicas, sino de situaciones que derivan "*de la naturaleza de las cosas*".

En el caso que nos ocupa, la acción formulada por la parte demandante aun no se hallaba prescrita cuando se presentó la demanda, pues como sé índico, la nueva designación del demandado le fue notificada a la parte actora el 8 de noviembre de 2006, mediante oficio del 7 del mismo mes y año (fl. 25), momento en el cual la gestora del proceso tuvo conocimiento de la elección en comento, corriendo el término prescriptivo de los dos meses a partir del 8 de noviembre de 2006 y concluyendo el 8 de enero de 2007, y si se tiene en cuenta que la demanda se presentó el 4 de diciembre de 2006, como se infiere de lo dicho por el *a-quo* en la providencia hoy censurada, encuentra la Sala que, a menos de un mes del conocimiento de la tan mencionada elección, se presento la demanda, es decir, que no se superó el limite de los dos meses de que habla el Art. 49 de la Ley 712 de 2001, por consiguiente le asistía razón al *a-quo* cuando declaró no probada la excepción bajo análisis.

Colofón de lo hasta aquí manifestado por la Sala, no hay motivos o fundamentos jurídicos para revocar o modificar la providencia atacada, por el contrario se torna imperativo su confirmación.

(...)

SALVAMENTO DE VOTO
MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR

Referencia: Proceso especial de fuero sindical en acción de permiso para despedir de Banco Cafetero S.A. en Liquidación contra Gloria Mayely Herrera Gómez. Radicación interna No. 2007-01150.

Con todo respeto expongo mi desacuerdo con la decisión adoptada por la mayoría en el asunto de la referencia, en el sentido de confirmar el auto por el cual el despacho de primera instancia declaró no probada la excepción de prescripción propuesta en su tiempo por la demandada.

En un caso semejante al aquí planteado⁷⁵, ya había dejado sentada mi posición acerca del momento a partir del cual se debe contar el término prescriptivo de la acción que tiene el empleador para solicitar el levantamiento del fuero de un trabajador cubierto con esa garantía; la cual se concreta en que, cuando se invoca como justa causa la liquidación de la empresa, ese término inicia en el momento en que el empleador conoció el hecho de la liquidación, que para el caso fue a través del Decreto 610 del siete (7) de marzo de 2005.

En mi modesto criterio, no es correcto predicar que ese término empiece desde el momento en que se notificó al liquidador la designación de la trabajadora como miembro de la Junta Directiva de la organización sindical a la que pertenecía; toda vez que esta conclusión no acompasa con el razonamiento que preliminarmente se vertió en las consideraciones de la decisión cuando señaló que *"las leyes sobre procedimiento son de orden público, irrenunciables y de aplicación inmediata, sin que sea procedente argüir que existen condiciones jurídicas particulares creadas para desconocerlas..."*.

También resulta desatinado plantear que el interrogante "¿Cuándo tuvo el liquidador del Banco Cafetero conocimiento del hecho que invoca en este proceso como justa

⁷⁵ Proceso especial de fuero sindical en acción de permiso para despedir del Banco Cafetero S.A. en Liquidación contra Julián Augusto Restrepo Gutiérrez. Radicación interna No. 2007-01118.

causa para obtener el levantamiento del fuero sindical del trabajador demandado?" tiene dos respuestas, que se plasmaron así: "la primera, que fue al momento en que el Gobierno Nacional ordenó la liquidación del Banco Cafetero (Decreto 610 del 7 de marzo de 2005) y, la segunda, que fue con la notificación de la elección de la señora GLORIA MAYELY HERRERA GÓMEZ como miembro de la Junta Directiva Nacional del Sindicato de Industria de Empleados Bancarios "SIEB", esto es, mediante oficio fechado el 8 de noviembre del 206 (sic) (fl. 25)."; dado que, conforme al artículo 118 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, la justa causa es un hecho establecido por la ley para dar por terminados los contratos de trabajo, en tanto que la designación de la Junta Directiva de un Sindicato, legalmente no está consagrada como justa causa para despedir.

Así las cosas, considero que con la decisión que de nuevo adopta la mayoría, los principios que rigen las leyes de procedimiento fueron abiertamente desconocidos.

REINTEGRO DE SERVIDOR PÚBLICO POR VIOLACIÓN DEL FUERO SINDICAL. EN CASOS DE REESTRUCTURACION LA ENTIDAD QUE DISCUTA IMPOSIBILIDAD FISICA PARA CUMPLIR ORDEN DE REINTEGRO DEBE INICIAR PROCESO ORDINARIO LABORAL PARA DEMOSTRAR NO PUEDE CUMPLIR, DEBIENDO DETERMINARSE POR EL JUEZ LA INDEMNIZACION CORRESPONDIENTE

Sentencia T-732 de 28 de agosto de 2006.

Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

En los casos en que se reestructuró una entidad estatal la entidad que alegue imposibilidad física para cumplir el reintegro, debe iniciar proceso ordinario, para

demostrar que no puede cumplir la sentencia, debiendo entonces determinarse por el juez la indemnización correspondiente.

EXTRACTOS: «2. Los actores del presente proceso formaban parte de la junta directiva y de la comisión de reclamos de la Asociación de Servidores Públicos del Casanare — Aserpca— y, en consecuencia, gozaban del fuero sindical. En el año 2001 fueron desvinculados de la administración, con ocasión de una reestructuración administrativa aprobada por la asamblea del departamento, dictada con fundamento en la Ley 617 de 2000.

Los actores instauraron una demanda de reintegro, por violación del fuero sindical, por cuanto fueron retirados del servicio sin que hubiera mediado una autorización judicial. El Juzgado Laboral del Circuito de Yopal determinó que el departamento había quebrantado el fuero sindical de los actores y ordenó su reintegro. La sentencia fue confirmada por la Sala Única del Tribunal de Casanare, en el mandato referente al reintegro de los demandantes.

La Gobernación del Casanare expidió un acto administrativo en el que manifestó que no podía cumplir con la orden de reintegro, por cuanto los cargos de los empleados habían sido suprimidos. Los actores instauraron una demanda ejecutiva contra la Gobernación de Casanare, con el objeto de lograr el cumplimiento de la sentencia de reintegro. El Juzgado Laboral del Circuito de Yopal dictó un mandamiento de pago a favor de los demandantes y ordenó el reintegro de los actores. Esta decisión fue apelada ante el tribunal, el cual confirmó la orden de reintegro y revocó el mandamiento de pago.

Posteriormente, la gobernación interpuso una serie de excepciones de fondo contra la demanda da ejecutiva. Todas fueron negadas por el juez de primera instancia. La decisión fue apelada y me el tribunal decidió declarar probada la excepción de imposibilidad de cumplir la obligación, por haber sido suprimidos los cargos de los actores.

Los actores instauraron una acción de tutela contra la decisión del tribunal, la cual consideran que constituye una vía de hecho por cuanto desconoce las pruebas que obran en el proceso acerca de la existencia actual de cargos equivalentes a los que ellos ocupaban.

En el presente proceso de tutela no se cuestionan las sentencias de reintegro dictadas por el Juez Laboral del Circuito de Yopal y el Tribunal de Casanare. Tampoco se debate acerca de las condenas económicas decretadas. Por lo tanto, en esta sentencia la Sala de revisión se concentrará en la solución del siguiente problema jurídico: ¿Incurrió la Sala Única del Tribunal *de* Casanare en una vía de hecho al dictar su providencia del 13 de julio de 2005, en la que decidió revocar la orden del juez de primera instancia de seguir adelante la ejecución en lo referido a la orden de reintegro de los demandantes a los cargos que desempeñaban, por haber sido ellos suprimidos?

.....

18. Las constataciones hasta ahora efectuadas habrían de conducir a declarar que la gobernación debe reincorporar a los trabajadores, en un cargo equivalente al que desempeñaban en el momento en que fueron desvinculados de la administración departamental.

Sin embargo, en el material probatorio que reposa en el expediente se observan distintos obstáculos para poder dictar esa orden. En primer lugar, la Sala de revisión advierte que en los datos aportados sobre los cargos de la planta de personal del departamento que tienen la misma nomenclatura que los que ocupaban los actores no se señala si esas posiciones están ocupadas actualmente por funcionarios de carrera, información que es muy importante puesto que si esto es así ellos tendrían derecho a permanecer en sus puestos. De otra parte, en el proceso no aparece cuál es la especialidad laboral de los actores. Es decir, es claro que cuatro de ellos ocupaban cargos de profesionales, dos de técnicos, uno de auxiliar administrativo y dos de jefes de división. Pero de allí no se deduce cuál es la profesión específica de cada uno de los demandantes.

Asimismo, al leer el escrito enviado por la directora de talento humano de la Gobernación del Casanare al Departamento Administrativo de la Función Pública se advierte que los requisitos para ocupar cargos de igual denominación, código y grado no son los mismos, sino que ello depende de la oficina a la que está asignada el empleo.

Lo anterior permite comprender lo manifestado por la dirección de talento humano de la Gobernación del Casanare en su escrito de respuesta al cuestionario enviado por la Sala de revisión acerca de que los cargos no habían sido asignados a los demandantes, "por cuanto a pesar de conservar la misma denominación, código, grado, no obedecen a los mismos perfiles, requisitos y funciones de los creados posteriormente al proceso de reestructuración".

Por lo tanto, esta Sala estima que, desde esta perspectiva, no cuenta con los elementos suficientes para ordenar el reintegro definitivo de los actores. De las pruebas aportadas no se deduce cuál es la especialidad de los actores de la presente tutela ni si los actores cumplen con los requisitos para ocupar los cargos que entrarán a concurso próximamente. Tampoco consta en el expediente información sobre el manual de funciones de la gobernación, que es el documento que indica la distribución de los cargos dentro de la entidad. Igualmente, la Sala de revisión encuentra que no puede dar la orden de reintegro de manera automática, pues no tiene información sobre la condición en que se efectuó el nombramiento de las personas que están desempeñando actualmente cargos equivalentes a los que ocupaban los actores. Es decir, la Sala no conoce si ellos ingresaron a la administración a través de concurso de mérito. Además, esa orden afectaría los derechos de terceros que no han sido parte dentro del proceso.

Cabe anotar que en el expediente de tutela reposan dos hojas tituladas "Relación de cargos para posibles reintegros fallo judicial", en las que se señalan diferentes posiciones que podrían ocupar los actores del presente proceso en distintas dependencias, reemplazando a personas nombradas en provisionalidad o como funcionarias de libre nombramiento y remoción. De su lectura se podría llegar a deducir que sí hay posiciones disponibles para los actores, lo cual podría contradecir todas las afirmaciones de la administración departamental. Sin embargo, en el expediente no aparece qué oficina o quién es el autor del documento, razón por la cual no puede ser utilizado como base para determinar que sí existen las plazas que podrían ser ocupadas por los demandantes.

Las sentencias de reintegro y la respuesta de la administración. ¿Puede la administración, a través de la expedición de un acto administrativo, eximirse de cumplir una sentencia que ordena el reintegro por violación del fuero sindical?

19. De lo expuesto en el punto anterior se podría deducir que la solicitud de tutela pre sentada por los actores debería ser denegada. No será esta, sin embargo, la decisión de la Sala, por las razones que se anotan a continuación.
20. Luego de ser retirados del servicio, los actores instauraron una acción de reintegro por fuero sindical, en la cual obtuvieron fallos favorables en las dos instancias. En vista de ello, el departamento expidió la Resolución 715 del 9 de septiembre de 2002, en la cual se manifiesta que el reintegro era imposible, por cuanto los cargos habían sido eliminados en la reestructuración administrativa.

La administración departamental obró de conformidad con lo expresado en distintos conceptos por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. En el concepto radicado con el número 1208, consejero ponente Augusto Trejos Jaramillo, dictado el 8 de octubre de 1999, la Sala resolvió una consulta elevada por el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural acerca de si era obligatorio cumplir sentencias judiciales que habían ordenado el reintegro de trabajadores, a pesar de que su cargo había sido suprimido como consecuencia de la liquidación o reestructuración de entidades del sector agropecuario. En aquella ocasión la Sala manifestó¹:

“En estas condiciones, en criterio de la Sala, las entidades afectadas con las decisiones judiciales deben proferir un acto administrativo en el cual expongan las causas que hacen imposible el reintegro, para el cumplimiento de las respectivas sentencias; a la vez, reconocer y ordenar el pago de los salarios y demás emolumentos legales y convencionales dejados de percibir, desde el momento de su despido y hasta la fecha en que se le comunique al extrabajador la imposibilidad jurídica de reintegrarlo”.

¹ En este y en los dos casos que se mencionan a continuación salvó su voto el consejero Flavio Rodríguez Arce.

Luego, en el concepto radicado con el número 1236, consejero ponente Augusto Trejos Jaramillo, dictado el 25 de noviembre de 1999, en relación con una consulta elevada acerca de si se debía cumplir una sentencia que ordenó el reintegro de un trabajador, a pesar de que su cargo ya no existía, la Sala conceptuó que “la no existencia de cargos de trabajadores oficiales en la planta de personal del instituto, hace imposible física y jurídicamente el cumplimiento de la sentencia...”. La Sala reiteró que en estos casos la entidad condenada en la sentencia de reintegro debía expedir una resolución en la que ex pusiera las causas por las cuales no podía cumplir la orden judicial:

“(...) el cumplimiento del fallo judicial siempre estará sujeto a que la obligación que contiene de dar hacer o no hacer sea jurídica y físicamente posible de cumplir por parte del sujeto procesal condenado lo cual significa que, para que el citado instituto pudiera llevar a cabo el reintegro ordenado, sería necesaria la existencia de cargos de trabajador oficial en su planta de personal.

En estas condiciones, en criterio de la Sala, la entidad afectada con la decisión judicial debe proferir un acto administrativo en el cual exponga las causas que hacen imposible el reintegro ordenado en la respectiva sentencia, como es el hecho de que no existan en su actual planta de personal empleos de “igual o superior categoría” al desempeñado por el ex trabajador, dadas las funciones que cumplía y la naturaleza de los cargos que ahora la conforman -empleos públicos de carrera administrativa... (...).

Ante la imposibilidad de reintegro, la procedencia del pago de salarios y prestaciones dejados de percibir opera desde el momento en que fue desvinculado el trabajador y hasta cuando se le notifique el acto administrativo a que se aludió anteriormente.

La Sala advierte, sin que ello implique cuestionamiento alguno a la decisión judicial, que a términos del numeral 5°, del artículo 8° del Decreto Legislativo 2351 de 1965, de todos

modos el pago de la indemnización se torna en efectiva retribución para el trabajador, en subsidio del reintegro, ante la circunstancia *de* la inexistencia de cargo equivalente².

En igual sentido se pronunció la Sala en el concepto 1302, fechado el 12 de octubre de 2000, consejero ponente Augusto Trejos Jaramillo, ante una consulta elevada por el Ministro del Transporte en relación con el mismo punto. Dijo en aquella ocasión la Sala:

"Se pregunta si deben seguir acatándose fallos que ordenan el reintegro de trabajadores oficiales a cargos inexistentes en la planta y que, por tal motivo, no tienen funciones asignadas y no cuentan con recursos presupuestales. Ante este interrogante, considera la Sala que la administración se encuentra en la imposibilidad de dar cumplimiento a la orden de reintegro, sin que ello configure un obstinado desacato del fallo. Por esto, se sugiere proceder en la forma indicada, es decir, producir el acto administrativo que contenga las razones para no hacer el reintegro y ordenar el pago de los salarios y prestaciones dejados de devengar desde el momento de la supresión del cargo hasta la notificación de dicho acto. Con ello, considera la Sala, se satisface el derecho particular del demandante y se deja a salvo el interés general que dio lugar a la reestructuración del Ministerio de Transporte.

El valor que por concepto de salarios y prestaciones dejados de percibir reconozca la administración tiene carácter indemnizatorio, en cuanto restituye el perjuicio que el acto declarado nulo generó al demandante. Y el no reintegro al cargo se ve compensado con la indemnización que en cumplimiento del artículo 148 del Decreto 2171 de 1992, pagó la entidad al extrabajador por la supresión del empleo".

² M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. La sentencia versó también sobre la omisión de un ministerio en el cumplimiento de una orden judicial de reintegro, dictada doce años atrás.

21. Esta Sala de revisión no comparte el criterio de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. En aquellos casos en los que la administración ha sido condenada judicialmente a reintegrar a un servidor, por violación del fuero sindical, no es admisible que esa orden judicial sea ignorada a través de un acto administrativo en el que se justifica el incumplimiento. Aceptar eso significaría tolerar el desconocimiento de una decisión judicial.

El cumplimiento de las órdenes judiciales es un requisito fundamental para la vigencia del Estado de derecho. No acatar las providencias judiciales constituye una vulneración de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. Además, significa una vulneración de los principios constitucionales de la separación de poderes y de colaboración armónica entre los mismos.

Desde sus primeras sentencias, la Corte Constitucional ha señalado cuán importante es el cumplimiento de las sentencias judiciales para el Estado de derecho. Por eso, en la sentencia 1-554 de 1992 se manifestó incluso que el derecho a que se cumplan las providencias judiciales es un derecho fundamental:

"Cumplimiento de las sentencias en el nuevo marco constitucional"

3. La acción de tutela impetrada tiene como finalidad obtener el cumplimiento de una sentencia contra la administración. El ordenamiento jurídico está inspirado en la idea de asegurar, entre otros, el valor de la justicia (C.P., preámbulo). Para su consecución, el constituyente estableció entre los fines esenciales del Estado el de "asegurar la vigencia de un orden justo", condición indispensable para la convivencia pacífica (C.P., art. 2º). Los derechos o intereses de las personas reconocidos o declarados en una sentencia, no serían efectivos sin la obligación correlativa de la administración de cumplir las sentencias judiciales.

El obligado cumplimiento de lo resuelto por los jueces y tribunales es una garantía institucional del Estado de derecho y, al mismo tiempo, un derecho fundamental de carácter subjetivo que se deduce de los artículos 29 y 58 de la Constitución.

La obligación de toda persona de cumplir la Constitución y las leyes (C.P., art. 95) se realiza — en caso de reticencia— a través de la intervención del poder judicial. No es posible hablar de Estado de derecho cuando no se cumplen las decisiones judiciales en firme o cuando se les atribuye un carácter meramente dispositivo.

La ejecución de las sentencias es una de las más importantes garantías de la existencia y funcionamiento del Estado social y democrático de derecho (C.P., art. 1°) que se traduce en la final sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución. El incumplimiento de esta garantía por parte de uno de los órganos del poder público constituye un grave atentado al Estado de derecho.

El sistema jurídico tiene previstos diversos mecanismos (C.P., arts. 86 a 89) para impedir su autodestrucción. Uno de ellos es el derecho fundamental al cumplimiento de las sentencias comprendido en el núcleo esencial del derecho a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas consagrado en el artículo 29 de la Constitución (C.P., preámbulo, arts. 1°, 2°, 6°, 29 y 86).

Los derechos procesales fundamentales no restringen su efectividad a la existencia de un proceso. Ellos incluyen tanto el derecho a acceder a la justicia (C.P., art. 228) como el derecho a la ejecución de las sentencias en firme (C.P., arts. 1°, 2° y 29). Lo contrario llevaría a restarle toda fuerza coercitiva a las normas jurídicas, convirtiendo las decisiones judiciales y la eficacia de los derechos en ellas reconocidos, en formas huecas, carentes de contenido.

La capital importancia que para el interés público tiene el cumplimiento de las sentencias obligaciones a los jueces y tribunales adoptar las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales, lo mismo que a la autoridad condenada al cumplimiento oportuno".

Igualmente, en la sentencia T-553 de 1995³, se expresó sobre este punto:

"La vigencia de un orden justo no pasaría de ser una mera consagración teórica plasmada en el preámbulo del estatuto superior, si las autoridades públicas y privadas, no estuvieran obligadas a cumplir íntegramente las providencias judiciales ejecutoriadas. Acatamiento que debe efectuar-se de buena fe, lo que implica que el condenado debe respetar íntegramente el contenido de la sentencia, sin entrar a analizar la oportunidad, la conveniencia, o los intereses de la autoridad vencida dentro del proceso, a fin de modificarlo.

La observancia de las providencias ejecutoriadas, además de ser uno de los soportes del Estado social de derecho, hace parte del derecho de acceder a la administración de justicia —artículo 229 superior—. Este se concreta no solo en la posibilidad de acudir al juez para que decida la situación jurídica planteada, sino en la emisión de una orden y su efectivo cumplimiento; valga decir, en la aplicación de la normatividad al caso concreto.

En tal virtud, cuando la autoridad demandada se rehúsa a ejecutar lo dispuesto en la providencia judicial que le fue adversa, no solo vulnera los derechos que a través de esta última se han reconocido a quien invocó protección, sino que desacata una decisión que hizo tránsito a cosa juzgada. Si tales derechos

³ M.P. Carlos Gaviria Díaz. La sentencia trató sobre el incumplimiento parcial de una universidad a una orden judicial. La universidad había retirado a un profesor del servicio. Este acudió a la justicia, la cual ordenó reintegrarlo y cancelarle una serie de obligaciones por distintos conceptos. La universidad dispuso el reintegro, pero se negó a pagarle al actor las mismas sumas que a los demás profesores, por el tiempo en el que había estado desvinculado. El actor acudió a la tutela para exigir la cancelación de las obligaciones adeudadas. La Sala de revisión observó que el actor contaba con otros medios para exigir el pago de las obligaciones, pero concedió la tutela impetrada, por cuanto se habían vulnerado los derechos del actor a la igualdad y al trabajo. En la parte resolutive se dispuso notificar la sentencia a la procuraduría para que investigara posibles responsabilidades disciplinarias por el incumplimiento de la orden judicial.

son fundamentales, el desconocimiento de la sentencia que los ampara viola el ordenamiento superior, también por esa razón".

Más recientemente, en la sentencia T-323 de 2005⁴ se manifestó:

"12. En las sentencias T-313 de 1995, T-455 de 1995, T-395 de 2001 y T-029 de 2004 se analizó qué ocurre cuando la entidad contra quien se dio la orden de reintegro desaparece, es sustituida o entra en liquidación. Este tribunal ha señalado que el trabajador no puede quedar desamparado y que corresponde al juez de tutela ordenar que el reintegro ya decidido por sentencia del juez ordinario sea cumplido.

Según la jurisprudencia referida, como la reinstalación obedece a una sentencia judicial, no puede eludirse la determinación de los jueces de las dos instancias que han creado no solo un derecho adquirido sino que hacen viable otros derechos fundamentales: el acceso a la justicia y el derecho al trabajo⁵. En efecto, según lo señalado a lo largo de la presente providencia, los ciudadanos tienen derecho a que se dé cumplimiento a las decisiones proferidas por el juez competente y que se encuentren ejecutoriadas en debida forma. De esta manera, la entidad de derecho público o el particular que se sustraiga a la obligación de cumplirlas quebranta principios fundantes del Estado de Derecho e incurre en vulneración de los derechos fundamentales del extrabajador que obtuvo la orden de reintegro".

Así, pues, el argumento esgrimido por la Gobernación de Casanare no es constitucionalmente suficiente para justificar el incumplimiento de una sentencia judicial, por cuanto comporta una vulneración de principios basilares del Estado colombiano y de los derechos fundamentales de los actores de la demanda de reintegro - fuero sindical.

⁴ M.P. Humberto Sierra Porto. En la sentencia se ordenó a un banco en liquidación que diera cumplimiento a una providencia dictada por la justicia laboral, en la que se había ordenado el reintegro de un trabajador que había sido retirado del servicio sin contar con la respectiva autorización judicial. En la sentencia se anota que en distintos pronunciamientos (T-329 y T-537 de 1994; T-455 y T-553 de 1995; T-395 de 2001 y T-510 de 2002) la Corte ya había indicado que la tutela era el mecanismo procedente para lograr el cumplimiento de las sentencias judiciales.

⁵ Cfr. Sentencia T-395 de 2001.

21. La administración no puede sustraerse del cumplimiento de una sentencia con la expedición de un acto administrativo en el que concluye *motu proprio* que no puede cumplir las órdenes.

Ahora bien, el proceso especial de reintegro -fuero sindical está dirigido a establecer si una persona que gozaba del fuero fue retirada del servicio sin cumplir con los requisitos legales. El proceso no tiene por fin observar si la reestructuración o la liquidación de una entidad implicó que el cargo de un dirigente sindical fuera eliminado, razón por la cual podría ser materialmente imposible reincorporarlo a esa entidad.

Por eso, bien puede ocurrir que luego de proferida una sentencia de reintegro en la que se ordena la reincorporación de un dirigente sindical que fue retirado del servicio sin cumplir con los requisitos legales surjan objeciones como las manifestadas por la Gobernación de Casanare. Sin embargo, ello no significa que la administración pueda dejar de cumplir con la orden judicial de manera unilateral.

Para situaciones como la que se analiza, la Corte ya ha resuelto que si la administración considera que es imposible cumplir con una sentencia de reintegro deberá acudir a la justicia laboral para que, a través de un proceso ordinario, el juez laboral declare si es imposible el reintegro y determine la indemnización correspondiente. Así, en la sentencia T-029 de 2004, que trató sobre el despido de una persona amparada con fuero sindical, en una empresa en liquidación, la Corte reiteró que los trabajadores que gozan de fuero no pueden ser despedidos sin la respectiva autorización judicial, pero anotó a continuación que si la empresa considera que el reintegro ordenado judicialmente no era posible, debía demostrarlo ante el juez laboral:

"En suma, para despedir o desmejorar a un trabajador amparado con fuero sindical, el patrono deberá obtener permiso del juez laboral, so pena de ser condenado al reintegro o en general al restablecimiento de las condiciones laborales del trabajador aforado, sin perjuicio, claro está, del derecho del patrono a obtener una decisión judicial, con sujeción al debido proceso, cuando, no obstante su incuria en obtener el permiso, el reintegro del trabajador no resulta posible, caso en el que el juez de la causa, mediante un proceso ordinario, deberá determinar, con la comparecencia del trabajador, si el reintegro efectivamente no resulta posible, y determinar en consecuencia la indemnización que al trabajador habrá de corresponderle en compensación".

Esta posición fue reiterada en la ya mencionada sentencia T-323 de 2005, que trató sobre una demanda ejecutiva instaurada por un trabajador que perseguía que se cumpliera una sentencia de reintegro, conducta que la entidad demanda consideraba imposible por cuanto se encontraba en liquidación, la Corte indicó:

"De lo anterior se desprende, entonces, que una vez proferida la orden de reintegro contra una entidad, esta no puede, aduciendo encontrarse en proceso de liquidación, sustraerse al cumplimiento de la misma mediante la simple expedición de un acto administrativo que declare su imposibilidad para cumplirla. Debe, entonces, iniciar proceso ordinario ante la jurisdicción ordinaria laboral para que sea esta quien determine si el reintegro efectivamente no resulta posible, atendiendo las actuales circunstancias en que se encuentra la entidad y, de igual forma, precise la indemnización para compensar al extrabajador".

Por lo tanto, en la parte resolutive se ordenó a la entidad demandada que diera cumplimiento a la orden de reintegro, y luego se acotó:

"Si considera que dicha orden de reintegro es de imposible cumplimiento jurídica y materialmente, contará con un término no superior a quince (15) días hábiles, a partir de la notificación de este fallo, para promover proceso ordinario laboral a fin de demostrar tal

situación de imposibilidad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia”.

También en la sentencia 1-1108 de 2005 la Corte señaló que si una entidad considera que no puede cumplir una orden judicial de reintegrar a un trabajador debe iniciar un proceso laboral ordinario para demostrarlo. La providencia versó sobre la demanda de tutela presentada por una persona contra las sentencias laborales que habían denegado su reintegro a una entidad, a pesar de que gozaba del fuero sindical y había sido despedida de la entidad sin contar con la autorización judicial respectiva. La Corte determinó que el juez laboral debió haber concedido el reintegro y a continuación expresó:

“Así las cosas, lo pertinente en este caso concreto es ordenar el reintegro y trasladar a la entidad respectiva, esto es, a la Alcaldía Municipal de ; Itagüí la carga de demostrar la imposibilidad de su cumplimiento, a fin de que el trabajador afectado pueda oponerse a la providencia. En este orden de ideas, la posibilidad o imposibilidad de reincorporación del empleado o trabajador debe determinarse mediante proceso ordinario laboral. Cuando en desarrollo de tal proceso se compruebe que no es posible el reintegro, entonces, el juez determinará lo concerniente a la indemnización a que haya lugar. Procede, pues, la Sala a revocar la decisión proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y a conceder, en su lugar, el amparo”.

Por lo tanto, debe concluirse que es inaceptable la posición asumida por la Gobernación de Casanare —así esta se base en los conceptos emitidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado— en el sentido de considerar que una orden judicial de reintegro de un trabajador puede ser desatendida si se expide un acto administrativo en el que se señale la imposibilidad de cumplirla. Como se ha indicado, esta situación entraña una vulneración de los derechos al debido proceso y al acceso a la justicia, ade-

más del desconocimiento de los principios de separación y colaboración armónica de los poderes.

Para situaciones en las que la administración señala que no puede cumplir una orden judicial de reintegro, la Corte ha establecido que la entidad condenada judicialmente debe acudir a la justicia laboral para solicitar que esta declare que la administración está realmente impedida para reincorporar al trabajador. De esta manera, no es el trabajador amparado por una sentencia de reintegro el que debe entablar un proceso ejecutivo para lograr que la providencia se cumpla. Además de que ello genera muchas complicaciones probatorias y procesales, tal como se ha observado en este proceso, lo cierto es que es a la administración a la que le corresponde la carga de demostrar por la vía procesal que no puede cumplir con la sentencia judicial, para lo cual deberá iniciar un proceso en ese sentido.

Lo anterior no significa, claro está, que los trabajadores que han obtenido una sentencia de reintegro no puedan entablar una acción ejecutiva para lograr la reincorporación efectiva a sus posiciones. Lo que ocurre es que, después de la sentencia de reintegro por violación del fuero sindical, la carga de la prueba acerca de la imposibilidad de dar cumplimiento a la providencia recae en la administración. Ella debe instaurar entonces, dentro de un término máximo de dos meses a partir de la notificación de la sentencia de reintegro, un proceso laboral ordinario dirigido a demostrar que no puede cumplir con la sentencia, caso en el cual el juez laboral ha de determinar la indemnización correspondiente. Pero si la administración no entabla el proceso ordinario laboral dentro del término máximo fijado, es claro que los trabajadores podrán instaurar un proceso ejecutivo para obtener el cumplimiento de la sentencia de reintegro. En esta situación, la administración no podrá alegar en su favor la imposibilidad de hacer efectiva la providencia, puesto que ya ha pretermitido su oportunidad para presentar este argumento ante los estrados judiciales.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no es aplicable en este caso, pues no se relaciona específicamente con el reintegro por violación del fuero sindical

(...)

Sumario

Por lo tanto, para la situación que se analiza en esta sentencia se deducen distintas reglas jurisprudenciales, las cuales se enuncian a continuación:

1. En los casos en los que se reestructure una entidad estatal es necesario solicitar el permiso judicial respectivo para poder proceder a retirar empleados amparados con el fuero sindical.
2. Tal como se ha definido a partir de la sentencia 1-731 de 2001, en aquellos casos en los que, en el marco de un proceso *de* reestructuración, la administración no ha solicitado el permiso judicial respectivo y los servidores públicos instauran un proceso especial de reintegro por violación del fuero sindical, el juez laboral tiene que concentrar su análisis en determinar si los demandantes gozan del fuero sindical y si la administración solicitó el permiso judicial para retirarlos. Si el juez laboral encuentra que la administración desvinculó a servidores públicos protegidos por el fuero sindical, sin contar con el permiso judicial correspondiente, deberá ordenar su reintegro, sin entrar a considerar si existían fundamentos para proceder al retiro de los trabajadores.
3. La administración no puede *motu proprio* declarar que la sentencia de reintegro es imposible de cumplir. Si la administración considera que no puede dar cumplimiento a la orden de reintegro deberá entablar, dentro de un término máximo de dos (2) semanas a partir de la notificación de la sentencia, un proceso laboral ordinario en el que, con comparecencia de los trabajadores afectados, habrá de solicitarle al juez que declare que no puede hacer efectiva la orden de reincorporación y que, en consecuencia, fije la indemnización debida.
4. Si la gobernación no presenta la demanda ordinaria respectiva dentro del término establecido deberá proceder a reintegrar a los actores en la planta de personal, dentro de los tres meses siguientes al vencimiento del plazo para la presentación de la demanda laboral.

5. En aquellos casos en los que la administración sea condenada por el despido sin permiso judicial de servidores amparados por el fuero sindical, el juez respectivo notificará de la sentencia a la Procuraduría General de la Nación para que ella establezca si existen responsabilidades disciplinarias y si debe proceder a iniciar procesos de repetición.

CASO N° 3 – FUERO SINDICAL DE EMPLEADOS PÚBLICOS.

Un empleado público aforado, es trasladado de cargo, en la misma ciudad, sin previo permiso judicial, a través de un acto administrativo.

AUTOEVALUACIÓN

1. Podría el empleado público aforado atacar ese acto por ilegalidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o necesariamente debe acudir al juez ordinario laboral, ya que no se obtuvo el previo permiso judicial?

DECISIONES JUDICIALES

ACTOS DE RETIRO O TRASLADO DE EMPLEADO PÚBLICO CON FUERO SINDICAL

ALCANCES DEL CONTROL QUE EJERCEN LAS JURISDICCIONES ORDINARIA Y CONTENCIOSA

EXTRACTOS: «En el *sub lite*, son materia de controversia los actos administrativos por medio de los cuales se dispuso el traslado de la actora quien venía desempeñando el cargo de auxiliar administrativo, código 5120, grado 15 de la subdirección de investigaciones con sede en la ciudad de Bogotá al cargo de auxiliar administrativo,

código 5120, grado 15 del grupo de suministros e inventarios de la subdirección administrativa y financiera con sede en esta misma ciudad.

Sentencia de 4 de septiembre de 2003.

Expediente 2816-01.

Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B

1. El fuero sindical de los empleados públicos.

La demandante expresa que por su condición de empleada aforada, previamente a la expedición de los actos acusados, debía obtenerse el permiso judicial, y por ende, al omitirse este requisito, las decisiones que dispusieron su traslado incurren en ilegalidad.

Mediante la Resolución 289 del 27 de marzo de 2000 expedida por el inspector dieciséis del grupo de inspección y vigilancia de la Dirección Territorial Santafé de Bogotá, D.C., y Cundinamarca, se ordenó la inscripción de la junta directiva de la organización sindical Sindicato Nacional de Trabajadores Públicos del INPA "Sintrainpa". En la conformación de los miembros principales figura la señora Rosalba Flórez en condición de secretaria general (fls. 5 a 6).

Con la pieza documental en mención, se acredita su condición de empleada aforada a tenor de lo previsto en la Ley 584 de 2000 artículo 12, literal *c* y párrafo 2°, normas a través de las cuales se establece que son empleados amparados con el fuero sindical los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes¹.

¹ El artículo 12 de la Ley 584 de 2000 modifica el artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por la Ley 50 de 1990 artículo 57, de la siguiente manera: "Trabajadores amparados por el fuero sindical. Están amparados por el fuero sindical: a) Los fundadores de un sindicato desde el día de su constitución hasta dos (2) meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de seis (6) meses; b) Los trabajadores que, con anterioridad a la inscripción en el registro sindical, ingresen al sindicato, para quienes el amparo rige por el mismo tiempo que para los fundadores; c) Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más; d) Dos (2) de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, que designen los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales, por el mismo período de la junta directiva y por seis (6) meses más, sin que pueda existir en una empresa más de una (1) comisión estatutaria de reclamos. Esta comisión será designada por la organización sindical que agrupe el mayor número de trabajadores. PAR. 1°—Gozan de la garantía del fuero sindical, en los términos de este artículo, los servidores públicos, exceptuando aquellos servidores que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración. PAR. 2°—Para todos los efectos legales y procesales la calidad del fuero sindical se demuestra con la copia del certificado de inscripción de la junta directiva y/o comité ejecutivo, o con la copia de la comunicación al empleador".

La actora ostenta la condición de empleada de carrera administrativa según se infiere del contenido de la Resolución 13327 del 26 de julio de 1996 expedida por el director de apoyo a la Comisión Nacional del Servicio Civil, obrante al folio 44 del cuaderno dos. La inscripción en carrera administrativa se verifica en el cargo auxiliar administrativo, código 5120, grado 15.

El artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo, consagra:

"Se denomina "fuero sindical" la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo" (se resalta).

Esta protección fue reglamentada especialmente para quienes además gocen del escalafonamiento en la carrera administrativa en términos del artículo 147 del Decreto 1572 de 1998, que reza:

"Para el retiro del servicio de empleado de carrera con fuero sindical, por cualquiera de las causales contempladas en la ley, debe previamente obtenerse la autorización judicial correspondiente".

Con la expedición de la Ley 362 de 1997, se dilucidó la controversia en torno a la jurisdicción competente para dirimir los conflictos que surjan en orden a amparar el derecho de asociación sindical consagrado en el artículo 39 de la Constitución Política teniendo en cuenta que con anterioridad a este ordenamiento normativo y a raíz de la expedición de la sentencia de la Corte Constitucional C-593 del 14 de diciembre de 1993, que declaró inexecutable el artículo 409 del Código Sustantivo del Trabajo, existía vacío normativo en esta materia.

En efecto, en varios pronunciamientos, la Corte Constitucional previamente a insistir en la necesidad de la intervención pronta del legislador, concluyó que las normas del

Código Procesal Trabajo resultaban inaplicables por regular la situación de grupo de servidores diferente a los empleados públicos².

² El artículo 1° de la Ley 584 de 12 de junio de 2000 modifica el artículo 353 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por la Ley 50 de 1990 artículo 38, el cual quedó, así: "ART. 353.—Derecho de asociación. 1. De acuerdo con el artículo 39 de la Constitución Política los empleadores y los trabajadores tienen el derecho de asociarse libremente en defensa de sus intereses, formando asociaciones profesionales o sindicatos; estos poseen el derecho de unirse o federarse entre sí. 2. Las asociaciones profesionales o sindicatos deben ajustarse en el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus deberes, a las normas de este título y están sometidos a la inspección y vigilancia del gobierno, en cuanto concierne al orden público. Los trabajadores y empleadores, sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a éstas con la sola condición de observar los estatutos de las mismas. ART. 2°—Modifíquese el artículo 358 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así: ART. 358.—Libertad de afiliación. Los sindicatos son organizaciones de libre ingreso y retiro de los trabajadores. En los estatutos se reglamentará la coparticipación en instituciones de beneficio mutuo que hubiere establecido el sindicato con aportes de sus miembros"

Con anterioridad a la Ley 584 de 12 de junio de 2000, se había expedido la Ley 411 de 5 de noviembre de 1997, publicada en el Diario Oficial N° 43.168, de 7 de noviembre de 1997, Por medio de la cual se aprueba el "Convenio 151 sobre la protección del derecho de sindicación (sic) y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública", adoptado en la 64 Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1978. La citada ley, fue declarada EXEQUIBLE por la Corte Constitucional en sentencia C-377 de 1998, de 27 de julio de 1998, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. La parte I consagra el campo de aplicación y definiciones. Son disposiciones del artículo 1°: "1. El presente convenio deberá aplicarse a todas las personas empleadas por la administración pública, en la medida en que no les sean aplicables disposiciones más favorables de otros convenios internacionales del trabajo. 2. La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto las garantías previstas en el presente convenio se aplican a los empleados de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial. 3. La legislación nacional deberá determinar así mismo hasta qué punto las garantías previstas en el presente convenio son aplicables a las fuerzas armadas y a la policía". Son disposiciones del artículo 2°: "A los efectos del presente convenio, la expresión "empleado público" designa a toda persona a quien se aplique el presente convenio, de conformidad con su artículo 1°".

Son disposiciones del artículo 3°: "A los efectos del presente convenio, la expresión "organización de empleados públicos" designa a toda organización, cualquiera que sea su composición, que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los empleados públicos". La parte II consagra la protección del derecho de sindicación. Son disposiciones del artículo 4°: "1. Los empleados públicos gozarán de protección adecuada contra todo acto de discriminación antisindical en relación con su empleo. 2. Dicha protección se ejercerá especialmente contra todo acto que tenga por objeto: a) Sujetar el empleo del empleado público a la condición de que no se afilie a una organización de empleados públicos o a que deje de ser miembro de ella; b) Despedir a un empleado público, o perjudicarlo de cualquier otra forma, a causa de su afiliación a una organización de empleados públicos o de su participación en las actividades normales de tal organización". Son disposiciones del artículo 5°: "1. Las organizaciones de empleados públicos gozarán de completa independencia respecto de las autoridades públicas. 2. Las organizaciones de empleados públicos gozarán de adecuada protección contra todo acto de injerencia de una autoridad pública en su constitución, funcionamiento o administración. 3. Se consideran actos de injerencia a los efectos de este artículo principalmente los destinados a fomentar la constitución de organizaciones de empleados públicos

Para solucionar este dilema y con la finalidad de no hacer inane del todo esta garantía, tuvo recibo la tesis consistente en que era necesario proceder a la motivación de los actos de retiro o de traslado de los empleados públicos aforados, bajo el entendido que correspondía a la jurisdicción de lo contencioso administrativo efectuar el control de los motivos mediante las acciones pertinentes³.

Como se anotó, la protección del derecho constitucional mencionado, tuvo plena vigencia con la expedición de la Ley 362 de 1997, que modificó el artículo 2° del Código Procesal Laboral, regulación normativa de rigor para la fecha en que se expidieron los actos acusados y que asigna a la jurisdicción ordinaria del trabajo la competencia para conocer "de los asuntos sobre fuero sindical de los trabajadores particulares y oficiales y del que corresponde a los empleados públicos".

Para lograr la efectividad del amparo consagrado en el artículo 39 de la Carta Política, se establece la **acción de reintegro** en el artículo 118 del Código Procesal Laboral, mediante la cual el empleado o el sindicato a través de su junta directiva, podrán, en un término de dos (2) meses, promover la ilegalidad del despido, del traslado o de la desmejora que se hubiere efectuado sin permiso del juez del trabajo⁴.

En virtud del artículo 408 del Código Sustantivo del Trabajo, si se comprobare que el trabajador fue despedido sin sujeción a las normas que regulan el fuero sindical, se

dominadas por la autoridad pública, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de empleados públicos con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de la autoridad pública". No obstante lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, ha considerado que en la aplicación de esta ley, no es dable desconocer la legislación interna que rige la regulación de los empleados públicos.

³ Corte Constitucional, sentencias C-593 de 1993, T-297 de 1994, T-399 de 1996 entre otras.

⁴ El 8 de diciembre de 2001 se expidió la Ley 712 que modifica nuevamente el artículo 2° del Código Sustantivo del Trabajo. La norma en mención empezó a regir seis (6) meses después de su expedición.

ordenará su reintegro y se condenará al empleador a pagarle, a título de indemnización, los salarios dejados de percibir por causa del despido⁵.

Conforme a lo expuesto, advierte la Sala que correspondía a la parte actora acudir a la jurisdicción ordinaria a entablar la acción consagrada en el artículo 118 del Código Procesal Laboral, en orden a obtener el reintegro al cargo que venía desempeñando hasta antes de expedirse el acto de traslado, siempre que éste se hubiere efectuado omitiendo la autorización judicial consagrada por el legislador.

El breve término de diez (10) días con el que cuenta el juez del trabajo para resolver sobre la acción de reintegro, le permiten a la Sala inferir, que fue voluntad del legislador instituir un mecanismo expedito para resolver la controversia que se plantee por el desconocimiento del permiso judicial, haciendo de esta forma operante el postulado consagrado en el artículo 39 de la Constitución Política.

2. Competencia para conocer de la ilegalidad del acto de traslado.

⁵ La Corte Constitucional a través de la sentencia C-381 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, declaró EXEQUIBLE el Decreto 204 de 1997 que modificó los incisos primero y tercero del artículo 118 del Código de Procedimiento Laboral. La sentencia en mención consideró que en razón a los intereses que se protegen es justificable la brevedad del término de prescripción de dos (2) meses para promover la acción de reintegro. Igualmente, la mencionada corporación a través de la sentencia C-201 de 2002, de fecha 19 de marzo de 2002 con ponencia del magistrado Jaime Araújo Rentería, declaró EXEQUIBLE la expresión "a título de indemnización" contenida en el inciso segundo del artículo 408 del Código Sustantivo del Trabajo, en el entendido que la indemnización a que tiene derecho el trabajador aforado despedido ilegalmente, según sentencia judicial, debe ser integral. El término "integral" acorde con la parte motiva de la sentencia comprende lo que se logre probar en cada caso, lo cual incluye, además del pago de los salarios no devengados, con sus reajustes y prestaciones, cualquier otro valor dejado de percibir o pagado por el trabajador, como consecuencia directa del despido injusto. Siendo entendido además, que la reparación integral incorpora la correspondiente indexación.

No obstante lo anterior, la Sala considera que la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través del mecanismo formulado por la parte actora, es competente para conocer los cargos de ilegalidad formulados contra el acto de traslado, los cuales evidentemente no pueden recaer por la omisión del permiso judicial sino contravirtiendo las razones de conveniencia pública que se presumen rodearon la medida adoptada.

El criterio precedente y que ahora acoge la Subsección "B" de esta corporación fue expuesto por la Subsección "A" con ponencia del doctor Alberto Arango Mantilla en sentencia que sobre el particular, adujo:

"Sin duda, que uno de los argumentos del demandante sea la vulneración del fuero sindical, no implica que esta jurisdicción pierda la competencia para conocer de la legalidad de los actos administrativos acusados por los demás motivos inicialmente indicados. El asunto dejado en manos de la jurisdicción ordinaria laboral no implica que ella esté facultada para determinar si los actos administrativos están viciados por violación de la ley, falsa motivación o desviación de poder, ello es competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso administrativa. La competencia del juez ordinario laboral se limita a determinar si se desconocieron las prerrogativas del fuero sindical. Así lo concluyó esta Sección con ponencia del consejero doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora, auto de marzo dos (2) de dos mil (2000), expediente 477 (2811-99), actor: Germán Humberto García Delgado. Dijo allí:

"... Con base en una interpretación histórica, genética y sistemática de la preceptiva jurídica que gobierna la materia, para la Sala resulta claro que la justicia ordinaria laboral goza únicamente de la potestad de conocer de todos los asuntos sobre fuero sindical que afecten a los empleados públicos, pero únicamente en lo que expresamente defirió el legislador, lo demás corresponde a esta jurisdicción de lo contencioso administrativo que es el juez natural de los actos administrativos..."

En estos procesos los objetos tutelados son distintos y no implican prejudicialidad. En el primer caso se protege el fuero sindical y por ende el derecho de asociación, sin perjuicio de los demás aspectos que pudieran viciar

la expedición del acto administrativo, en sí mismo; de otra parte, la prosperidad o negativa de una de las demandas no implica, necesariamente, que la otra, por la misma razón antes anotada, corra la misma suerte.

Se reitera, distinta sería la situación si se demandara ante el juez contencioso administrativo un acto administrativo de retiro, en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, argumentando sólo vulneración del fuero sindical, caso en el cual se vería abocado a remitir el proceso a la jurisdicción ordinaria laboral puesto que si bien el retiro se sustentó en una manifestación unilateral de voluntad de la administración realmente no se estaría demandando ella como tal, sino el desconocimiento de normas propias del fuero sindical, situación que no corresponde dirimir a esta jurisdicción.

Ahora, queda el interrogante acerca del derecho accesorio, es decir, el reintegro en la demanda ante la jurisdicción ordinaria y el restablecimiento del derecho en la demanda presentada ante la jurisdicción contenciosa pues en los dos casos, si prosperaran las pretensiones habría de ordenarse a la entidad la revinculación del demandante al servicio.

Frente a lo anterior se dirá, en primer lugar, que la brevedad del procedimiento de la acción de reintegro, sin duda, implicaría una decisión judicial anterior a la que pudiera adoptarse en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; en segundo lugar, que de prosperar el reintegro en el proceso que se adelanta ante la justicia ordinaria laboral, sería obligación de las partes informar al juez contencioso sobre tal situación conforme al artículo 305 Código Procedimiento Civil, aplicable por mandato del artículo 267 del

Código Contencioso Administrativo. Pero, si el reintegro se da como consecuencia de la acción de reintegro, es claro, que la entidad queda automáticamente exonerada de la orden que se llegara a dar en la segunda sentencia en razón a que tal derecho fue satisfecho, es decir, habría sustracción de materia frente a esta pretensión".

Examinado el material probatorio, para la Sala las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar, toda vez que la parte actora no acreditó los vicios de ilegalidad que acusó respecto de la decisión adoptada por el director del INPA, a través de la cual

se dispuso su traslado de la subdirección de investigaciones al grupo de suministros e inventarios de la subdirección administrativa y financiera.

Observa la Sala que la decisión administrativa, no implicó para la actora la modificación del cargo que venía ocupando, puesto que continuó siendo auxiliar administrativo, código 5120, grado 15; sucedió que se produjo el cambio de dependencia, toda vez que fue reubicada de la subdirección de investigaciones al grupo de suministros e inventarios de la subdirección administrativa y financiera.

En principio aprecia la Sala, que en atención al mejoramiento del servicio, es dable que las entidades administrativas consideren que el caudal humano con el que cuentan, logra mejores resultados en el desempeño de otras actividades. Estas rotaciones en el desenvolvimiento de las funciones, siempre que tengan como propósito las necesidades públicas, desde luego que pueden calificarse de justificadas y convenientes.

Ahora bien, si con el movimiento inusitado de actividades, se causa desmejora en las condiciones laborales, resulta pertinente proteger los derechos de los funcionarios afectados, máxime tratándose de empleados amparados por el fuero sindical.

En el expediente, *prima facie* no se aprecia la desmejora en las condiciones laborales de la actora, y conforme a ello, le correspondía nutrir el proceso de suficientes elementos probatorios, en orden a inferir la incidencia de la decisión adoptada por la administración y el grado de afectación en la situación laboral que venía ostentando.

Ningún aporte probatorio efectuó la actora, quien se resignó a afirmar que el cambio de dependencia implicaba desmejora de las condiciones laborales, aserto que no es suficiente, puesto que como no se aprecia a simple vista la pretendida

desmejora, le correspondía demostrarla mediante los elementos probatorios que consagra el legislador.

Adicionalmente, no se evidencia el vicio por desviación del poder, fundado en que la medida de traslado obedeció a una represalia por las denuncias que hizo la demandante, relacionadas con la innecesaria decisión del director del INPA de otorgar una comisión de servicios a una empleada que no reunía los requisitos que contempla el manual de funciones.

Concluyese de lo expuesto, la denegatoria de las pretensiones de la demanda”;

CASO N° 4.

FUERO SINDICAL, INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO SINDICAL, PERSONERÍA AUTOMÁTICA DEL SINDICATO. ABUSO DEL DERECHO. REVOCATORIA DE LA INSCRIPCION. LA PROTECCION NO DEPENDE DEL REGISTRO DEL SINDICATO ANTE EL MINISTERIO

El Ministerio de la Protección Social revocó la inscripción en el registro sindical, del sindicato del cual eran directivos y aforados los señores Raúl Marin y Eduardo Arciniegas; la empresa particular a la cual prestaban sus servicios, sin solicitar el previo permiso judicial los despidió. Los trabajadores despedidos inician el proceso de fuero sindical tendiente a que se les reintegre en sus cargos. La empresa accionada se opone indicando que los sindicatos creados ilegalmente no pueden generar derechos a su favor.

AUTOEVALUACIÓN

1. Usted como juez ordenaría el reintegro, estimando la existencia del sindicato y su personería automática, pues el fuero no depende del

momento de la inscripción en el registro, ó consideraría para negarlo que la protección derivada del fuero sindical depende del registro del sindicato ante el Ministerio de la Protección Social, en terminos de la ley 584 del 2000 artículo 6º modificatorio del artículo 50 del la ley 50 de 1990? es decir, al dejar de estar vigente la inscripción en el registro, los miembros de la junta directiva del sindicato carecen de fuero sindical?

DECISIONES JUDICIALES

RECONOCIMIENTO AUTOMÁTICO DE LA PERSONERÍA POR EL SOLO HECHO DE LA FUNDACIÓN Y A PARTIR DE LA ASAMBLEA CONSTITUTIVA.

- LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CUMPLE TRES PROPÓSITOS: PUBLICIDAD, SEGURIDAD Y PRUEBA DE SU EXISTENCIA.

SENTENCIA C- 567 DE 2000. M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

(...)

"...Segundo.- Demanda 2665.

En esta demanda, el actor solicita declarar la inexequibilidad de los artículos 45, parcial, 46, 47 y 50 de la Ley 50 de 1990, que establecen el trámite para el registro sindical, por considerar que violan el preámbulo y los artículos 1, 2, 5, 13, 14, 38, 39, 53, inciso cuarto, 83 y 93 de la Constitución, y los artículos 2, 3, 4, 7 y 8, numeral 2, del Convenio 87 de la O.I.T.

1. Cosa juzgada en relación con el artículo 50 de la Ley 50 de 1990.

El artículo 50 de la Ley 50 de 1990, que modificó el artículo 372 del Código Sustantivo del Trabajo, estableció el efecto jurídico de la inscripción de los sindicatos en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, norma que fue declarada exequible por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 115 del 26 de septiembre de 1991.

El examen de la Corte correspondió a cargos semejantes a los esgrimidos ahora por el demandante, y la decisión de constitucionalidad se produjo ya entrada en vigencia

la Constitución de 1991, y analizada la norma con base en esta Carta. En consecuencia, existe cosa juzgada sobre ella, y a tal decisión habrá de estarse. Resulta pertinente transcribir lo que la Corte Suprema de Justicia dijo al respecto:

"Cabe anotar que si bien no se llega al extremo deseado por el actor de que sea la mera manifestación de voluntad de los fundadores la que dé nacimiento inmediato a la asociación, lo cierto es que no se imponen requisitos previos a esa voluntad ni se le sujeta a permisos o limitaciones de ese estilo, y que se reemplaza la concesión de personería por un registro más ágil y rápido en el que rige el silencio administrativo positivo, lo que, en sentir de la Corte, se acomoda al nuevo principio constitucional ya citado [art. 39 de la Constitución], de que los sindicatos deben poderse formar "sin intervención del Estado" y que "su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acto de constitución", como aquí ocurre, pues no hay un poder absoluto e ilimitado para formar sindicatos, y éstos siguen sometidos al régimen legal, ya que, en voces de la misma Constitución, "se sujetarán al orden legal y la de principios democráticos" (artículo 39 ibidem) cuya verificación y cumplimiento competen al Estado." (Gaceta especial, Sala Constitucional, Tomo III).

2.- Lo que se debate.

El núcleo de los cargos en esta demanda radica en que el actor considera que los artículos constitucionales, concretamente, el artículo 39 de la Carta, y el Convenio 87 de la O.I.T. establecen la garantía de la personería jurídica automática para las organizaciones sindicales, excluyendo para su formación cualquier clase de intervención del Estado. En consecuencia, al decir del demandante "ahora, no obstante la personería jurídica automática (art. 44 de la Ley 50 de 1990) sólo tiene esa 'efectiva personalidad jurídica' desde la inscripción y sólo mientras ella esté vigente (o sea mientras no sea cancelada o suspendida)" (folio 8). Se pregunta el demandante ¿en dónde quedan la personería jurídica automática y las demás garantías tales como la no existencia del control de legalidad previo a la creación del sindicato?

La Corte considera que para examinar el cargo general de la demanda, antes de entrar a lo que establece cada una de las normas demandadas, deben hacerse algunas precisiones que permitirán llegar a decidir si le asiste razón o no al demandante.

En primer lugar, los artículos 45, 46 y 47 de la Ley 50 de 1990, no pueden mirarse en forma aislada de las otras disposiciones establecidas en la misma Ley. Lo que hay en el fondo son dos momentos distintos: cuando nace el sindicato y adquiere personería jurídica, por una parte, y el momento de la inscripción ante las autoridades correspondientes, por la otra. Son asuntos distintos, y con consecuencias diferentes.

El reconocimiento automático de la personería jurídica fue el propósito del legislador al expedir la Ley 50 de 1990, y, en este camino, resultan ajustadas a la Constitución los preceptos de la misma ley que así lo garanticen, y, obviamente, contrarios a la Constitución disposiciones que lo obstaculicen.

Vale la pena recordar lo que en la exposición de motivos del proyecto de ley, que a la postre se convirtió en la Ley 50 de 1990, se dijo sobre este asunto:

"En cuanto a la parte del derecho colectivo del trabajo, el proyecto se propone adecuar las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo a los convenios de la O.I.T., ya que en forma reiterada, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de dicho organismo, ha venido formulando observaciones en el sentido de que la legislación nacional no está acorde con los postulados de los precitados convenios.

"(...)

"4. En cuanto a la personería jurídica de las organizaciones sindicales, se proponen modificaciones sustanciales, tanto a nivel conceptual como procedimental, eliminando trámites o requisitos innecesarios que entorpecen la constitución de sindicatos.

"Así, se establece que las organizaciones sindicales, desde el momento de su formación, gozan de personería jurídica, y por ende, son sujetos de derecho sin autorización o ministerio de autoridad alguna, señalándose que para su ejercicio se requiere de la inscripción en el registro sindical que para tales efectos llevará el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.

"Dicha inscripción no supone de manera alguna que las organizaciones sindicales estén sujetas para su constitución, a autorización previa por parte del Estado. Por el contrario, las mismas existirán como personas jurídicas desde el momento en que se constituyan como tales, pero para poder actuar válidamente ante las autoridades y terceros, como toda persona jurídica, se requerirá de un mínimo de requisitos que deben observarse, que para este caso, es lo que supone la inscripción.

"(...)

"De otra parte, y como consecuencia de la adquisición de al personería jurídica de las organizaciones sindicales desde el momento de su fundación, desaparece el fenómeno de la provisionalidad de las directivas sindicales, de manera que, una vez constituido el sindicato, en el mismo acto o en actos posteriores se elegirá la junta directiva del mismo, de manera definitiva y por el período que se fije en los estatutos." (se subraya)

Tal como lo expresa uno de los párrafos transcritos, el fin de la inscripción está en que el sindicato pueda válidamente actuar frente a terceros. Por este aspecto, la inscripción cumple los tres propósitos fundamentales que son la publicidad, la seguridad y la prueba.

Como se dijo anteriormente, al examinar en conjunto la normas de la Ley 50 de 1990, se observa que el artículo 44 establece de forma precisa cuándo adquiere personería jurídica la organización sindical : "por el sólo hecho de su fundación, y a partir de la asamblea constitutiva."

Nótese que esta disposición cumple los dos primeros presupuestos del artículo 39, inciso primero, de la Constitución, en cuanto al momento en que el sindicato adquiere personería jurídica, ya que éste se constituye por sí y ante sí, y únicamente por parte de los trabajadores, sin intervención del Estado, y con el sólo hecho de su fundación, en la respectiva asamblea constitutiva, de la que naturalmente quedará el acta de constitución.

En conclusión, no infringe el artículo 39 de la Constitución, ni las normas citadas del Convenio 87, el hecho de que en la ley se establezca que la organización sindical recién creada y que ya tiene personería jurídica, cumpla, con posterioridad, con unos

requisitos legales para que sea inscrita ante la autoridad correspondiente, para los efectos mencionados de publicidad, seguridad y prueba, de su existencia.

(...)

DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y A LA ASOCIACION SINDICAL-Decisión de ministerio de protección social de revocar la resolución que había ordenado inscripción en registro sindical

- **DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y A LA ASOCIACION SINDICAL**- Trabajador con fuero sindical despedido sin autorización judicial
- **ABUSO DEL DERECHO**- Si el acto administrativo fue obtenido ilícitamente y en forma abusiva del derecho, no es menester obtener el consentimiento de su beneficiario.

Sentencia T-215/06 M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA

(...)

Los demandantes, que son el presidente y el tesorero de la organización sindical denominada SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE INDUSTRIAL DE GASEOSAS S.A., SINTRAINDU, solicitan al juez de tutela que proteja sus derechos fundamentales *"al debido proceso, igualdad, asociación sindical, conexo con el fuero sindical, a la imparcialidad y a la moralidad en las actuaciones administrativas"*. Para ello, piden que como mecanismo definitivo, o subsidiariamente como mecanismo transitorio, se ordene el reintegro del señor William Alfredo Navas Salguero (tesorero del Sindicato) a la empresa PANAMCO COLOMBIA S.A., al mismo puesto y en las mismas condiciones que tenía cuando fue despedido.

Así pues, la única pretensión formulada en la demanda es la de reintegro del tesorero de SINTRAINDU. No obstante, en los hechos y fundamentos de derecho que se presentan en apoyo de la anterior solicitud, los demandantes plantean que la actuación administrativa del Ministerio de la Protección Social que culminó con la revocatoria directa de la inscripción en el registro sindical de SINTRAINDU y de su junta directiva, incluido el tesorero, desconoció de varias maneras el derecho al debido proceso del Sindicato. Y que, posteriormente, con base en la revocatoria directa así obtenida, PANAMCO COLOMBIA S.A. procedió a despedir al trabajador aforado. Por esta razón, la demanda no se dirige solamente contra la empresa PANAMCO COLOMBIA S.A., que produjo el despido presuntamente ilegal, sino también contra el Ministerio

de la Protección Social, quien supuestamente sería responsable de la mencionada violación del derecho al debido proceso en el trámite de la revocatoria directa.

De esta manera, para establecer si el trabajador fue despedido ilegalmente, es decir sin autorización judicial a pesar de estar amparado con garantía foral, la Sala tendría que establecer previamente si la actuación administrativa que culminó con la revocatoria de la inscripción en el Registro sindical, del acta de fundación, el depósito de los estatutos y la inscripción de la Junta directiva de la organización sindical denominada SINTRAINDU constituye una vía de hecho administrativa. Es decir, correspondería a esta Sala establecer dos asuntos, en su orden: (i) si la actuación administrativa del Ministerio de la Protección Social que culminó con la revocatoria directa de la inscripción del acta de fundación de SINTRAINDU y de su junta directiva en el registro sindical se erige en una vía de hecho administrativa vulneratoria del derecho al debido proceso de los demandantes; y (ii), si el subsiguiente despido del tesorero de esta agremiación sindical, sin autorización judicial previa, desconoció los derechos fundamentales que se consideran vulnerados.

Así pues, si se llegara a concluir que en la actuación administrativa del Ministerio no hubo vía de hecho, la presunta vulneración de derechos por parte de la empresa PANAMCO COLOMBIA quedaría automáticamente desvirtuada, pues el despido que ésta produjo ocurrió después de la revocatoria directa de la inscripción del trabajador aforado en el registro sindical.

(...)

4. La revocatoria directa como instituto jurídico, en la jurisprudencia constitucional.

En lo relativo a la institución jurídica de la revocatoria directa, propia del Derecho Administrativo, esta Corporación ha tenido oportunidad de verter una extensa jurisprudencia que ha analizado la naturaleza jurídica de la figura, las diferencias que presenta según se aplique respecto de actos administrativos de contenido general o particular, el principio que indica que tratándose de actos de carácter particular la revocatoria directa no procede sin el consentimiento escrito y expreso del titular del derecho respectivo, las excepciones a la anterior regla general, el debido proceso que debe surtir para revocar directamente una decisión administrativa de carácter particular, etc.

- 4.1 En sede de constitucionalidad, en la Sentencia C-078 de 1997⁷⁶ inicialmente la Corte explicó la naturaleza jurídica de la revocatoria directa, recordando que se trataba de un instituto jurídico por medio del cual las entidades de la administración pública - de oficio o a solicitud de parte - dejaban sin efecto actos expedidos por ellas mismas, cuando tales actos resultaran manifiestamente contrarios a la Constitución o a la Ley. Dicho instituto, dijo el mismo fallo, era entendido por algunos como un recurso administrativo extraordinario, al paso que otros lo entendía como una facultad de la administración. Empero, podía ser visto como una o como otra cosa, según si el impulso para su aplicación provenía de un particular o de la Administración.
- 4.2 Más adelante, en la Sentencia C-672 de 2001⁷⁷ la Corte se refirió a la irrevocabilidad de los actos administrativos de carácter particular y concreto, explicando que en principio estos no pueden ser revocados sin el consentimiento del particular, en los términos señalados en la ley. Recordando *in extenso* la jurisprudencia sentada sobre este asunto en materia de tutela, en dicho fallo se vertieron los siguientes conceptos, que la Sala estima oportuno traer a ahora a colación, por la importancia que tienen para la resolución del problema jurídico que plantea la presente acción de tutela:

"2.2 Las normas aplicables en materia de revocación de actos administrativos. El respeto del debido proceso y del principio de buena fe.

"El Código Contencioso administrativo establece claramente un procedimiento aplicable para la revocación de los actos administrativos en el Título V del libro I (artículos 69 a 74)

"Así según el artículo 69 procederá la revocatoria de los actos administrativos en los siguientes casos:

"Artículo 69. Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos

⁷⁶ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷⁷ M.P. Álvaro Tafur Galvis

superiores, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

"1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.

"2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.

"3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona".

"El Código establece en relación con los actos de carácter particular y concreto que hayan creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría la obligación de obtener el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular para poder proceder a dicha revocatoria⁷⁸.

"Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido explícita en la afirmación de la irrevocabilidad de los actos administrativos de carácter particular y concreto sin el consentimiento del particular en los términos señalados en la ley. Ha dicho esta Corte:

"Sabido es, que la mutabilidad o inmutabilidad de los actos administrativos, ha sido aceptada por la doctrina, teniendo en cuenta, el sujeto a quien están dirigidos. Es así, que en los actos administrativos de carácter general, tendientes a producir efectos a todo el conglomerado social, o a una parte de él, son esencialmente revocables por parte de la administración, una vez se realice la valoración de las circunstancias precisas, para que la administración proceda a revocar sus propios actos.

No sucede lo mismo con los actos de contenido particular y concreto, que crean situaciones y producen efectos individualmente considerados, los cuales no pueden ser revocados por la administración, sin el consentimiento expreso del destinatario de

⁷⁸ "Artículo 73. Revocación de actos de carácter particular y concreto. Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

"Pero habrá lugar a la revocación de los actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.

"Además, siempre podrán revocarse parcialmente los actos administrativos en cuanto sea necesario para corregir simples errores aritméticos, o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión."

esa decisión, según lo dispone el artículo 73 del C.C.A., el cual preceptúa que para que tal revocación proceda, se debe contar con la autorización expresa y escrita de su titular.

Y ello se entiende, en aras de preservar la seguridad jurídica de los asociados, como quiera, que las autoridades no pueden disponer de los derechos adquiridos por los ciudadanos, sin que medie una decisión judicial, o que se cuente con la autorización expresa de la persona de la cual se solicita dicha autorización, en los términos establecidos en la ley.

En efecto, la Corte Constitucional, ha señalado: "razones de seguridad jurídica y de respeto a los derechos adquiridos o de las situaciones jurídicas subjetivas que han quedado consolidadas en cabeza de una persona, como también la presunción de legalidad de las decisiones administrativas en firme, avalan el principio de la inmutabilidad o intangibilidad de los derechos subjetivos reconocidos por la administración a través de un acto administrativo". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-347 del 3 de agosto de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell).

Por otra parte, esta Corporación, ha manifestado : "En cuanto a la revocación que la administración haga de sus propios actos, la Corte reitera que no puede tener cabida cuando mediante ellos se han creado situaciones jurídicas de carácter particular y concreto o se han reconocido derechos de la misma categoría, salvo que medie el consentimiento expreso y escrito del mismo titular. La decisión unilateral del ente público toma de sorpresa al afectado, introduce un pernicioso factor de inseguridad y desconfianza en la actividad administrativa, quebranta el principio de la buena fe y delata indebido aprovechamiento del poder que ejerce, sobre la base de la debilidad del administrado". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-246 del 3 de junio de 1996).

(...)

La Corte en esta materia debe reiterar:

"Es importante recordar que, tratándose de la revocación de actos administrativos de carácter particular y creadores de derechos, es al ente administrativo, y no al particular, a quien corresponde poner en movimiento el aparato jurisdiccional demandando su propio acto. De esta manera, al particular se le garantiza que sus

derechos se mantendrán inalterables, mientras la jurisdicción, agotadas las formas propias de un juicio, no resuelva en favor o en contra de sus intereses.

"Dentro de este contexto, si la administración revoca directamente un acto de carácter particular y concreto generador de derechos, sin agotar uno de los requisitos señalados, vulnera los derechos de defensa y debido proceso del particular, derechos que, por mandato del artículo 29 de la Constitución, deben regir en las actuaciones administrativas.

"Si la administración decide revocar el acto administrativo prescindiendo de la intervención del juez correspondiente, desconoce los principios de seguridad jurídica y legalidad que en este caso obran en favor del particular, quien confía que sus derechos se mantendrán inmodificables, hasta que él acepte que se modifiquen o el juez lo decida". (Sentencia T-315 del 17 de junio de 1996. M.P. Jorge Arango Mejía)"⁷⁹.

"Desde luego, como también se señala en la sentencia citada, esta Corporación ha reiterado que la administración tiene la posibilidad de revocar sin el consentimiento de la persona favorecida, el acto administrativo obtenido ilícitamente, por autorización expresa del artículo 73 inciso 2 del Código Contencioso Administrativo que dispone :

"Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales".

"Al respecto ha dicho concretamente la Corte que si :

" (...)en el origen de la situación jurídica individual que se reclama, existe un vicio conocido por la administración, no puede permanecer sustentando un derecho, como si se hubiese adquirido al amparo de la ley", pues "...la circunstancia expuesta indica que el alegado derecho subjetivo, en cuanto tiene por sustento la violación de la

⁷⁹ Sentencia T-720/98 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

ley, no merece protección. El orden jurídico no se la brinda, pues nunca lo ilícito genera derechos"⁸⁰

"En la misma sentencia, reiterada en este aspecto posteriormente⁸¹, se precisa sin embargo que en este caso se está frente a una excepción que por tanto debe ser entendida y aplicada con carácter restrictivo, por lo que :

"(...) esta Corporación comparte, en principio, el criterio expresado por el Consejo de Estado (Sentencia del 18 de julio de 1991), según la cual "los únicos actos de carácter particular que son susceptibles de revocación, sin el consentimiento expreso y escrito del titular, son los que resultan de la aplicación del silencio administrativo positivo", ya que tanto las causales establecidas en el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, a las que remite el 73 Ibídem, como la de haberse perfeccionado el acto por medios ilegales tienen por presupuesto que el acto objeto de revocación tenga el carácter de ficto, es decir, que pertenezca a la categoría indicada. De lo contrario -esto es, si no se produjo en virtud del silencio administrativo positivo-, la revocación unilateral no procede, a menos que se trate de una abrupta, abierta e incontrovertible actuación ilícita o fraudulenta, debidamente probada, cuya persistencia implique grave y actual quebranto al orden jurídico (Ver sentencias T-639 del 22 de noviembre de 1996. M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa y T-376 del 21 de agosto de 1996. M.P.: Dr. Hernando Herrera Vergara)

*"Es claro que no se trata de situaciones en las cuales la autoridad pública pueda intuir o sospechar la ilegalidad de los medios usados para obtener o provocar el acto administrativo que se revoca. Debe darse una evidencia de ello y, en consecuencia, la motivación del acto revocatorio dejará constancia expresa acerca de los elementos de juicio que llevaron al ente administrativo a concluirlo así."*⁸²

"Es decir que para esta Corporación, atendiendo el principio de buena fe y la presunción de legalidad que ostentan los actos de la administración⁸³, amen de tener en cuenta razones de seguridad jurídica y de respeto a las situaciones jurídicas subjetivas que han quedado consolidadas en cabeza de una persona mediante decisiones en firme⁸⁴, salvo una evidente violación del

⁸⁰ Sentencia T-336/97, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁸¹ Sentencia T-276/00 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁸² Sentencia T-336/97, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁸³ Sentencia T-276/00 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

⁸⁴ Sentencia T-347/94 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

ordenamiento jurídico, un acto de carácter particular y concreto solo podrá ser revocado con el consentimiento expreso del particular.

"En una circunstancia de manifiesta ilegalidad, sin embargo, la aplicación del principio de buena fe deberá operar es en beneficio de la administración para proteger el interés público, pues en este caso la actuación fraudulenta con la que se dio origen o desarrollo a la actuación de la administración rompe la confianza legítima que sustenta la presunción de legalidad del acto expedido bajo tales circunstancias.

"El acto administrativo que así lo declare deberá en todo caso hacer expresa mención de dicha circunstancia y de la totalidad de los elementos de juicio que llevaron al convencimiento de la administración, lo cual implica necesariamente la aplicación de un procedimiento que permita a la Administración reunir dichos elementos de juicio.

"Al respecto la Corte constata que de acuerdo con el Código Contencioso Administrativo, ya sea que la revocatoria proceda con o sin el consentimiento del particular, ésta está sometida en todo caso al procedimiento establecido en el artículo 74 del Código Contencioso Administrativo. Dicho artículo señala al respecto que:

"Artículo 74. *Procedimiento para la revocatoria de actos de carácter particular y concreto Para proceder a la revocación de actos de carácter particular y concreto se adelantará la actuación administrativa en la forma prevista en los artículos 28 y concordantes de este Código. (...)*

"El artículo 28 al que remite, se ubica en el Capítulo VII De las actuaciones administrativas iniciadas de oficio y señala:

"Artículo 28 *Deber de Comunicar* Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a estos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma.

En estas actuaciones se aplicará en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35.

"Estos artículos establecen a su vez que:

"Artículo 14.- Cuando de la misma petición o de los registros que lleve la autoridad, resulte que hay terceros determinados que pueden estar directamente interesados en las resultas de la decisión, se les citará para que puedan hacerse parte y hacer valer sus derechos. La citación se hará por correo a la dirección que se conozca si no hay otro medio más eficaz.

En el acto de citación se dará a conocer claramente el nombre del peticionario y el objeto de la petición.

"Si la citación no fuere posible, o pudiere resultar demasiado costosa o demorada, se hará la publicación de que trata el artículo siguiente.

"Artículo 34.- Durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado.

"Artículo 35.- Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que deberá ser motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.

"En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite.

"Cuando el peticionario no fuere el titular del interés necesario para obtener lo solicitado o pedido, las autoridades negarán la petición y notificarán esta decisión a quienes aparezcan como titulares del derecho invocado, para que puedan hacerse parte durante la vía gubernativa, si la hay.

"Las notificaciones se harán conforme lo dispone el capítulo X de este título.

"El artículo 74 que, como se ha visto, remite al artículo 28 del mismo Código y éste a su vez a las normas relativas a la citación del interesado (art. 14 C.C.A.), la oportunidad para presentar pruebas (Art. 34 C.C.A) y los presupuestos para la adopción de decisiones (Art. 35 C.C.A), consagra en consecuencia un debido proceso, que de acuerdo con las circunstancias

podrá aplicarse por el funcionario competente al que se ha advertido de la ausencia de requisitos a que alude la norma atacada."

4.3 También en sede de constitucionalidad, en la Sentencia C-835 de 2003⁸⁵, al resolver la demanda incoada en contra de los artículos 19 y 20 la Ley 797 de 2003, la Corte profundizó la explicación relativa a la naturaleza jurídica de la figura, señalando que *"la revocatoria directa, en cuanto acto constitutivo, es una decisión invalidante de otro acto previo, decisión que puede surgir de oficio o a solicitud de parte, y en todo caso, con nuevas consecuencias hacia el futuro. En la primera hipótesis el acto de revocación lo dicta el funcionario que haya expedido el acto administrativo a suprimir, o también, su inmediato superior. En la segunda hipótesis, el acto de revocación lo profiere el funcionario competente a instancias del interesado."* Añadió este fallo, que tratándose de actos generales, impersonales y abstractos, el funcionario competente podía revocar el acto administrativo correspondiente cuando quiera que se hallara en manifiesta oposición a la Constitución Política o a la ley, no estuviera conforme con el interés público o social, o causara agravio injustificado a una persona. Y sobre la revocatoria directa, vista como recurso, explicó:

"Como modalidad de contradicción, la revocatoria directa es un recurso extraordinario administrativo, nítidamente incompatible con la vía gubernativa y con el silencio administrativo. Recurso que puede interponerse en cualquier tiempo⁸⁶, inclusive en relación con actos en firme, con la subsiguiente ruptura del carácter ejecutivo y ejecutorio del acto administrativo. En concordancia con esto, la decisión que se adopte en relación con la revocatoria directa no es demandable ante el Contencioso Administrativo."

⁸⁵ M.P Jaime Araujo Rentería. En esta Sentencia se examinó, entre otros asuntos, la constitucionalidad del artículo 19 de la Ley 797 de 2003, que establece un deber de revisión oficiosa por parte de los representantes legales de las instituciones de seguridad social, respecto de los actos administrativos que reconocen pensiones o prestaciones económicas periódicas y que señalan que en caso de comprobarse el incumplimiento de los requisitos, o que el reconocimiento se hizo con apoyo en documentación falsa, el funcionario competente deberá revocar directamente el correspondiente acto administrativo. La norma fue declarada exequible, condicionadamente a que el acto administrativo por el cual se declara la revocatoria directa de una prestación económica, debe ser la consecuencia lógica y jurídica de un procedimiento surtido con arreglo a los artículos 74, 28, 14, 34 y 35 del Código Contencioso Administrativo, sin perjuicio de la aplicación de las normas de carácter especial que deban privilegiarse al tenor del artículo 1 del mismo estatuto contencioso. Debiendo estar de presente en todo caso, la manifiesta ilegalidad del acto de reconocimiento pensional.

⁸⁶ En materia de impuestos nacionales el Estatuto Tributario prevé en su artículo 737: "El término para ejercitar la revocatoria directa será de dos (2) años a partir de la ejecutoria del correspondiente acto administrativo". Actualizándose así el carácter subsidiario y supletorio del C.C.A.

Ahora bien, en el mismo fallo, refiriéndose a la posibilidad de las autoridades administrativas de revocar directamente actos de reconocimiento de pensiones o de prestaciones económicas, la Corte dijo:

“Desde luego que en desarrollo del debido proceso la revocatoria establecida en el artículo 19 de la ley 797 de 2003 tiene que cumplir satisfactoriamente con la ritualidad prevista en el Código Contencioso Administrativo o en los estatutos especiales que al respecto rijan. Vale decir, con referencia al artículo 19 acusado el acto administrativo por el cual se declara la revocatoria directa de una prestación económica, deberá ser la consecuencia lógica y jurídica de un procedimiento surtido con arreglo a los artículos 74, 28, 14, 34 y 35 del Código Contencioso Administrativo, sin perjuicio de la aplicación de las normas de carácter especial que deban privilegiarse al tenor del artículo 1 del mismo estatuto contencioso. Pero en todo caso, salvaguardando el debido proceso. Igualmente, mientras se adelanta el correspondiente procedimiento administrativo se le debe continuar pagando al titular –o a los causahabientes- de la pensión o prestación económica las mesadas o sumas que se causen, esto es, sin solución de continuidad. Y como respecto del titular obra la presunción de inocencia, le corresponde a la Administración allegar los medios de convicción que acrediten la irregularidad del acto que se cuestiona. Es decir, la carga de la prueba corre a cargo de la Administración.

“Por lo tanto, los motivos que dan lugar a la hipótesis revocatoria del artículo 19 no pueden entenderse de manera indeterminada, aislada, ni al margen del debido proceso. Antes bien, **la manifiesta ilegalidad**, tanto de las conductas reprochadas como de los medios utilizados para acceder a la prestación económica que se cuestione, debe probarse plenamente en el procedimiento administrativo que contemplan las prenotadas disposiciones, para lo cual el titular del derecho prestacional o sus causahabientes deberán contar con todas las garantías que inspiran el debido proceso en sede administrativa, destacándose el respeto y acatamiento, entre otros, de los principios de la necesidad de la prueba, de la publicidad y la contradicción; y por supuesto, imponiéndose el respeto y acatamiento que ameritan los términos preclusivos con que cuenta el funcionario competente para adelantar y resolver cada etapa o lapso procedimental. Así, la decisión revocatoria, en tanto acto reglado que es, deberá sustentarse en una

ritualidad sin vicios y en una fundamentación probatoria real, objetiva y trascendente, en la cual confluyan de manera evidente todos los elementos de juicio que llevaron al convencimiento del funcionario competente para resolver."

4.4 El anterior recuento jurisprudencial es suficiente para extraer las siguientes conclusiones importantes para la resolución del problema que ocupa la atención de la Sala: (i) En relación con los actos administrativos que hayan creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, es necesario obtener el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular para poder proceder a su revocatoria directa. (ii) La anterior regla general conoce dos excepciones a las que se refiere el inciso 2° del artículo 73 del C.C.A⁸⁷: una, la del acto que resulta de la aplicación del silencio administrativo positivo, y otra que se configura cuando es manifiesto que el acto administrativo fue obtenido ilícitamente. (iii) En los dos supuestos anteriores, la Administración tiene la facultad de revocar su propio acto aún sin consentimiento del beneficiario, siempre que se agote como mínimo el procedimiento previsto en los artículos 14, 28, 34, 35 y 74 del Código Contencioso Administrativo y que la manifiesta ilegalidad, tanto de las conductas reprochadas, como de los medios utilizados para lograr la expedición del acto administrativo, esté plenamente probada en el procedimiento administrativo que contemplan las referidas disposiciones.

5. El caso concreto.

⁸⁷ Este inciso dice así: "Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales".

5.1 En la presente oportunidad, los demandante estiman que sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y de asociación sindical se han visto vulnerados por el Ministerio de la Protección Social, por las siguientes razones, en su orden cronológico:

- Porque fuera del horario de atención al público, la empresa PANAMCO COLOMBIA S.A. presentó ante la Coordinadora del Grupo de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Dirección Territorial de Cundinamarca del Ministerio de la Protección Social petición solicitando la revocatoria directa parcial de la Resolución 02524 del 3 de octubre de 2003.
- Porque una vez recibida la anterior solicitud, la mencionada Coordinadora envió una comunicación a la sede del Sindicato, referente al inicio de una actuación administrativa relativa a la posible revocatoria directa de la Resolución 12424 de 2003, pero luego no permitió ver el expediente, alegando que era necesario acreditar la representación legal de la agremiación para poderlo conocer. Por lo anterior, no se habría dado oportunidad para contradecir las pruebas, pues el sindicato, conforme a lo dispuesto por el artículo 14 del C.C.A, debió haber sido citado, no bastando una simple comunicación.
- Porque a la solicitud de revocatoria no se dio el trámite previsto en el artículo 29 de la Constitución Política y en los artículos 28, 34, 35, 44, 45, 48, 49 y 50 del Código Contencioso Administrativo, pues el sindicato no fue vinculado a la actuación administrativa previamente a la expedición de la decisión; de manera particular se incumplió el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo, conforme al cual *"habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares"*.
- Porque la revocatoria de la inscripción de la junta directiva del sindicato en el registro sindical, en lo relativo al señor William Alfredo Navas Salguero, exigía su consentimiento expreso, el cual no se dio.
- Porque la Resolución 1286 de mayo de 2005 fue expedida con falsa motivación, en la medida en que no se demostró la ilegalidad que alegaba el solicitante de la revocatoria.

5.2 Por su parte, la empresa PANAMCO COLOMBIA S.A. habría vulnerado los mismos derechos fundamentales en cabeza del demandante Navas Salguero por las siguientes razones:

- Porque una vez que quedó en firme la Resolución que revocó directamente la inscripción en el registro sindical del acta de fundación, los estatutos y la junta directiva de la organización sindical, el 26 de junio de 2005 la empleadora citó a una “*simulación*” de diligencia de descargos al señor William Alfredo Navas Salguero, sin permitir la intervención de la organización sindical.
- Porque el mismo día 26 de julio de 2005 el señor William Alfredo Navas Salguero fue despedido, a sabiendas de que, por gozar del fuero sindical, para proceder al despido se requería autorización judicial.

5.3 La Sala pasa a estudiar los anteriores cargos de violación de derechos, a la luz de la jurisprudencia de la Corporación arriba comentada, y con fundamento en las pruebas que obran en el expediente, relativas a la manera como se adelantó la actuación administrativa que culminó con la revocatoria directa de la inscripción en el registro sindical del acta de fundación, los estatutos y la junta directiva de la organización sindical.

5.3.1 Primer asunto: si la revocatoria directa que profirió el Ministerio de la Protección social requería o no del consentimiento escrito del representante legal del sindicato o del tesorero de la organización gremial, ambos aquí demandantes.

Según se explicó arriba, los actos administrativos que hayan creado una situación jurídica de carácter particular y concreto no pueden ser revocados directamente por la Administración sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. En el presente caso, la resolución que ordenó la inscripción en el registro sindical del acta de fundación, los estatutos y la junta directiva de la organización sindical denominada SINTRAINDU pertenece a tal categoría de actos, por lo cual en

principio no podía ser revocada directamente sin que mediara el consentimiento del sindicato demandante.

No obstante, como lo ha dicho la jurisprudencia, este tipo de actos administrativos de carácter particular pueden ser objeto de revocatoria directa sin el consentimiento de los titulares de los derechos respectivos, si es manifiesto que el acto administrativo fue obtenido ilícitamente.

5.3.1.1. En el caso presente, la Resolución 1286 de 19 mayo de 2005, contentiva de la revocatoria directa, sobre la manera ilícita en que fue obtenido el acto administrativo revocado, en su parte motiva señala lo siguiente:

"...el Despacho en atención a los documentos allegados al informativo, y ejerciendo las facultades legales de practicar pruebas para mejor proveer, habiendo, entre ellas, realizado inspección sobre las actas, documentos y anexos que se arrimaron a la solicitud de inscripción en el Registro Sindical, así como de los estatutos del ente sindical en comento, en las oficinas de archivo sindical del Ministerio... pudo verificar que en efecto el ente sindical denominado SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE INDUSTRIAL DE GASEOSAS S.A. "SINTRAINDU", de primer grado y de Industria, se creó en asamblea de 1° de junio de 2003 y solicitó a este Ministerio la inscripción del acta de fundación, y la inscripción de su junta directiva, sin haber aprobado previamente sus estatutos... solicitud a la accedió la Titular del Despacho de entonces, Resolución número 02524 de octubre 3 de 2003.(sic)

"Efectuada la revisión de la documentación aportada... se pudo constatar...

"1°.- Las disposiciones estatutarias del ente sindical en comento, no fueron aprobadas en la asamblea de fundación de julio de 2003, como se afirma en la parte pertinente del Acta de fundación... lo cual constituye, evidentemente, una abierta contravención legal, y un distanciamiento enorme de la realidad. Actuación que deviene en ilícita y que bien ameritaba por parte de quien tuvo bajo su dominio la decisión de inscripción, la negación, de plano, de la inscripción solicitada.

"2°.- En el folio 2, la parte pertinente del acta de fundación anuncia que "Se reunieron veintiocho (28) trabajadores, todos mayores de edad ... con el

objeto de asociarse... mientras que a folios 6 y 7 se anexa el listado de los asistentes a la asamblea de fundación de julio 1° de 2003, que comprende veintisiete (27) trabajadores, identificados con sus respectivas firmas, lo que desdice contundentemente de la veracidad del acta de fundación.. respecto del número de fundadores.

...

5°.- A folios 53 a 55, obra "ACTA DE ASAMBLEA DE FUNDACIÓN DEL SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE INDUSTRIAL DE GASEOSAS S.A. SINTRAINDU" de fecha 1° de julio de 2003, que difiere ostensiblemente del acta de asamblea que obra a folios 2 y 3, siendo relevante resaltar que las dos actas hacen mención a la misma asamblea, en la misma fecha y horas (Julio 1° de 2003. 6:00 p.m.)

6°.- A folios 56 y 57 se adjuntó listado de asistentes a la asamblea de julio 1° de 2003, que difiere ostensiblemente del listado que se adjuntó a la solicitud de inscripción... toda vez que contiene un número mayor de fundadores o trabajadores asistentes (aparece Alexander Ramos, quien no estaba en el listado de los folios 6 y 7), que el que contiene el primero.

Aquí se evidencia que no es cierto que en la asamblea de julio 1° de 2003, hubieran estado presentes veintiocho (28) trabajadores, solo estuvieron 27, así se corrobora en el punto de elección de la Junta Directiva, en que se anuncia que fueron veintisiete (27) los electores, que obtuvieron veintisiete (27) votos. Así pues, es claro que el señor Alexander Ramos no estuvo presente en esa asamblea, sin embargo resultó irregularmente electo, y posteriormente se adulteró el listado de asistentes, para hacerlo figurar como tal, cuando en el listado original no aparece.

7°.- A folios 61 a 85 obra cuerpo estatutario en 18 capítulos y 75 artículos con la siguiente inscripción "doy fe que los presentes estatutos, fueron aprobados en la asamblea general celebrada el día 21 de septiembre de 2003. MISAEL ROJAS CAMACHO SECRETARIO

GENERAL- HERMES PRADA VALBUENA- PRESIDENTE, MISAEL ROJAS CAMACHO SECRETARIO GENERAL.

En este punto se hace necesario llamar la atención, en que se verifican de manera reiterada y sistemática abiertas contradicciones, que más allá de dejar profundas dudas, determinan, sin temor a equivocación alguna, que el contenido del acta de fundación de SINTRAINDU, de julio 1° de 2003, se aparta profundamente de la verdad verdadera, que no es cierto que los estatutos del sindicato se hayan debatido y aprobado en la misma asamblea de fundación, es decir el día primero (1°) de julio de 2003; como tampoco es cierto, entonces, que se haya debatido y aprobado en la asamblea de julio ocho (8) de 2003. Por lo anterior el acta de fundación se aparta de la verdad, en tal estado, resulta claro concluir que se indujo en error a la Administración para lograr la inscripción en el registro sindical, que se utilizaron medios ilegales para ello.

8°.- A folios 87 y 88 yace la resolución número 2524 de octubre 3 de 2003, que en la parte resolutive, artículo primero, anuncia: "ARTÍCULO PRIMERO.-ORDENAR la inscripción en el Registro Sindical del acta de constitución, de la organización sindical denominada "SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE INDUSTRIAL DE GASEOSAS S.A. SINTRAINDU" de primer grado y de industria..." (subraya del Despacho), Resulta evidente en este punto, que si el sindicato es de trabajadores de la empresa denominada INDUSTRIAL DE GASEOSAS S.A., MAL PUEDE CLASIFICARSE COMO DE Industria, toda vez que para dicha conformación se hace absolutamente necesario que se conforme con trabajadores de varias empresas de la misma industria. Entonces, realizada así su clasificación, deviene en ilegal, por contrariar las voces del artículo 356 del código sustantivo del Trabajo."

"...

"Luego desde su inicio el ente sindical cuestionado inobservó la constitución Política y la Ley, esencialmente en su denominación cuando se anuncia como de industria, cuando está compuesto por trabajadores de la Empresa Industrial de Gaseosas S.A..."

...

Del Derecho de Asociación y del Abuso del Derecho

... si los trabajadores se organizan en un ente sindical, con propósitos diferentes al objeto social que debe cumplir ineludiblemente un sindicato de trabajadores, o simplemente para obtener una protección foral y de esta manera limitar al empleador en su facultad constitucional y legal de dar por terminados los contratos de trabajo, resulta evidente que no se está cumpliendo el derecho de asociación. Pero, si además de ello, una vez terminada la protección foral que nace de la fundación de un sindicato, se crea uno nuevo, con los mismos trabajadores, o con gran parte de los mismos que fundaron el primero, no solo salta a la vista que se desvirtúa la naturaleza del derecho de asociación, sino que se está abusando de forma aberrante de dicho derecho.

En el caso que nos ocupa, no cabe duda, una vez analizado cuidadosamente todo el acervo, que se han verificado hechos constitutivos del comúnmente llamado "carrusel de sindicatos", por una parte, y "del abuso del derecho" por otra. Tales hechos son los siguientes:

1°.- La creación de sindicatos al interior de la empresa en Enero de 1996: SINTRAINDEGA; EN OCTUBRE ONCE (11) DE 2000: ASTDVEPA; En MAYO 1° DE 2001: ATLIVENT; En Mayo 10 de 2001: ANTRAPROPOP; en julio 9 de 2001: SINTRANALCHOC; en enero 6 de 2002: SINTRAPANAMCO; en marzo 13 de 2002: SINTRALÁCTEOS; en julio 1° de 2003: SINTRAINDI; Enero 2 de 2004: SINTRACOCACOLA; Septiembre 19 de 2004: SINTRAPACOL.

2°.- De los veintisiete (27) trabajadores de la empresa que efectivamente asistieron a la asamblea de fundación de julio 1° de 2003, como ha quedado demostrado, todos, es decir los veintisiete (27) de SINTRAINDU, son afiliados a la organización sindical SINTRAINDEGA, es decir

...(Se citan aquí los veintisiete nombres de los trabajadores, entre los que figuran las personas aquí demandantes)⁸⁸

3°.- De estos mismos afiliados a SINTRAINDU, que como quedó escrito pertenecen a SINTRAINDEGA, también están afiliados a ASTDVEPA, sin cotizar ni a SINTRAINDI ni a ASTDVEPA, LOS SIGUIENTES: (Se citan aquí 15 trabajadores , entre los cuales figura el señor Hermes Prada Valvueda, aquí demandante en calidad de representante legal de SINTRAINDU)⁸⁹

4°.- De los afiliados que crearon SINTRAINDU, se congregaron en asamblea de marzo 13 de 2002, para conformar SINTRALÁCTEOS, los siguientes: (Se citan aquí 8 trabajadores , entre los cuales figura el señor Hermes Prada Valvueda, aquí demandante en calidad de representante legal de SINTRAINDU)⁹⁰

5°.- De los mismos afiliados que conformaron SINTRAINDU, se congregaron en septiembre 19 de 2003, para crear SINALTRAPACOL: (Se citan aquí 6 trabajadores)

...

8°.- Los afiliados al ente SINTRAINDU no aportan por concepto de cuotas ordinarias a éste, y a contrario sensu, se demuestra con abismal contundencia, a folios 38 A 48... que participaron en las asambleas de SINTRAINDEGA, CON VOZ Y VOTO, Y QUE AUTORIZAN DESCUENTOS, AUN DE CUOTAS EXTRAORDINARIA, con destino a SINTRAINDEGA, desvirtuando de esta manera la existencia real del sindicato Sintraindu, y determinando, en cambio, que su creación es totalmente ficticia, que Sintraindu no presenta pliegos de peticiones, no ejerce las facultades de negociación, que no celebra convenciones

⁸⁸ Paréntesis fuera del original.

⁸⁹ Paréntesis fuera del original

⁹⁰ Paréntesis fuera del original

colectivas de trabajo, que no ejecuta, en definitiva, ninguno de los actos propios de un sindicato de trabajadores; que su inscripción en el registro sindical inicialmente tuvo la finalidad de lograr una garantía foral para fundadores, adherentes y directivos sindicales, y de ahí en adelante mantener dicha garantía para los dignatarios, acudiendo a nuevas fundaciones para extender a los demás trabajadores de la empresa en comento.

9-. Así mismo es relevante en el acervo probatorio, como se expuso en anterior acápite, que en la fundación de SINTRAINDU, no se discutieron y aprobaron los estatutos, antes de radicar la solicitud de inscripción en el Registro sindical, ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, hoy Ministerio de la Protección Social, y que inclusive, se desarrollaron actos sindicales de especial importancia, sin cumplir con este trámite, lo que determina que esos actos son inválidos, pues era necesario, por ejemplo, para elegir a los dignatarios de la Junta Directiva, que estuvieran aprobados previamente los estatutos, por que en todo caso dicha elección debe sujetarse a los propios reglamentos de la organización, que no son otros que los mismos estatutos. ...

Lo anterior se desprende, no solo de las pruebas arrimadas al expediente por el peticionario, sino de la misma verificación hecha por esta Coordinación, a través de la inspección de la documentación que de SINTRAINDU reposa en las instalaciones de la Coordinación de Archivo Sindical de este Ministerio...

Por todo lo anterior, se concluye con meridiana claridad que fueron varias las ilegalidades en que ha incurrido SINTRAINDU, que conllevan indefectiblemente a acceder a las peticiones del apoderado de la empresa...

En todo caso, cabe advertir al peticionario que la revocatoria parcial que habrá de decretarse en esta providencia no determina de manera alguna la cancelación del registro sindical de SINTRAINDU; como quiera que esto solo es posible ante la justicia ordinaria, a la que deberá cumplir la empresa con el acto administrativo por esta Coordinación proferido...

Por otra parte, se impone resaltar que la revocatoria a la cual se accede por este Despacho no requiere del consentimiento del ente sindical afectado, por las mismas razones que se han expuesto, es decir, por haberse producido el acto de inscripción en el registro sindical de este ministerio, del sindicato SINTRAINDU, por medios ilegales. Para sustentar lo enunciado, debe tenerse en cuenta la Sentencia del honorable Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de Julio 16 de 2002....

Por lo anterior, esta Coordinación

Resuelve:

ARTÍCULO PRIMERO: *Revocar la resolución número 02524 del tres (3) de octubre de 2003, por medio de la cual este Ministerio ordenó la inscripción en el Registro sindical, del acta de fundación, el depósito de los estatutos y la inscripción de la Junta directiva de la organización sindical denominada "SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE INDUSTRIAL DE GASEOSAS S.A. SINTRAINDU", DE PRIMER GRADO Y DE INDUSTRIA, SEGÚN ASAMBLEA DE FUNDACIÓN DE JULIO 1º DE 2003..."*

- 5.3.1.2. A juicio de la Sala, la simple lectura de las consideraciones vertidas en la Resolución que parcialmente se acaba de transcribir demuestran que la Coordinación del Grupo de Trabajo y Empleo de la Dirección Territorial de Cundinamarca del Ministerio de la Protección Social hizo un estudio del material probatorio que reposaba en dicho Ministerio, referente al trámite de inscripción en el registro sindical del acta de fundación de la organización gremial denominada SINTRAINDU, del cual concluyó no de manera caprichosa, sino reflexiva, pormenorizada y seria, que el acto administrativo que había ordenado dicha inscripción había sido obtenido ilícitamente, por varios motivos, que no es necesario volver a ahora a mencionar. Así las cosas, debe concluirse que la manifiesta ilegalidad, tanto de las conductas reprochadas a los fundadores del

sindicato, como de los medios utilizados para lograr la expedición del acto administrativo que ordenó la inscripción de su acta fundacional, sus estatutos y su junta directiva, estuvo plenamente probada en el procedimiento administrativo que agotó el Ministerio.

5.3.1.3. Así las cosas, habiéndose establecido que el acto administrativo revocado por la Administración fue obtenido ilícitamente y en forma abusiva de un derecho, conforme a lo explicado anteriormente no era menester obtener el consentimiento del beneficiario o beneficiarios, en este caso el Sindicato SINTRAINDU y los miembros de su junta directiva. No obstante, como se dijo *ad supra*, a pesar de esta circunstancia sí era necesario que se agotara el procedimiento previsto en los artículos 14, 28, 34, 35 y 74 del Código Contencioso Administrativo. En efecto, recuérdese que conforme se explicó en la sentencia C- 672 de 2001⁹¹:

“Al respecto la Corte constata que de acuerdo con el Código Contencioso Administrativo, ya sea que la revocatoria proceda con o sin el consentimiento del particular, ésta está sometida en todo caso al procedimiento establecido en el artículo 74 del Código Contencioso Administrativo. Dicho artículo señala al respecto que:

“Artículo 74. Procedimiento para la revocatoria de actos de carácter particular y concreto Para proceder a la revocación de actos de carácter particular y concreto se adelantará la actuación administrativa en la forma prevista en los artículos 28 y concordantes de este Código. (...)”

“El artículo 28 al que remite, se ubica en el Capítulo VII De las actuaciones administrativas iniciadas de oficio y señala:

“Artículo 28 Deber de Comunicar Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a estos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma.

⁹¹ M.P.Álvaro Tafur Galvis.

En estas actuaciones se aplicará en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35.

"Estos artículos establecen a su vez que:

"Artículo 14.- Cuando de la misma petición o de los registros que lleve la autoridad, resulte que hay terceros determinados que pueden estar directamente interesados en las resultas de la decisión, se les citará para que puedan hacerse parte y hacer valer sus derechos. La citación se hará por correo a la dirección que se conozca si no hay otro medio más eficaz.

En el acto de citación se dará a conocer claramente el nombre del peticionario y el objeto de la petición.

"Si la citación no fuere posible, o pudiere resultar demasiado costosa o demorada, se hará la publicación de que trata el artículo siguiente.

"Artículo 34.- Durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado.

"Artículo 35.- Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que deberá ser motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.

"En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite.

"Cuando el peticionario no fuere el titular del interés necesario para obtener lo solicitado o pedido, las autoridades negarán la petición y notificarán esta decisión a quienes aparezcan como titulares del derecho invocado, para que puedan hacerse parte durante la vía gubernativa, si la hay.

"Las notificaciones se harán conforme lo dispone el capítulo X de este título.

"El artículo 74 que, como se ha visto, remite al artículo 28 del mismo Código y éste a su vez a las normas relativas a la citación del interesado (art.

14 C.CA.), la oportunidad para presentar pruebas (Art. 34 C.C.A) y los presupuestos para la adopción de decisiones (Art. 35 C.C.A), consagra en consecuencia un debido proceso, que de acuerdo con las circunstancias podrá aplicarse por el funcionario competente al que se ha advertido de la ausencia de requisitos a que alude la norma atacada." (Negrillas y subrayas fuera el original)

Así las cosas, pasa la Sala a ocuparse en verificar si, antes de proceder a la revocatoria del su acto propio, en el presente caso la Administración agotó el procedimiento previsto en los artículos 14, 28, 34, 35 y 74 del Código Contencioso Administrativo.

5.3.2 Segundo asunto: el agotamiento por la Administración de lo previsto en los artículos 14, 28, 34, 35 y 74 del Código Contencioso Administrativo.

5.3.2.1 De lo dispuesto en los artículos 14, 28, 34, 35 y 74 del Código Contencioso Administrativo se desprende que el Ministerio de Trabajo, a pesar de no estar obligado a contar con el consentimiento de SINTRAINDU ni de los miembros de su junta directiva para proceder a revocar la Resolución 02524 del 3 de octubre de 2003, por medio de la cual se había ordenado la inscripción en el registro sindical del acta de fundación, los estatutos y la junta directiva de ese Sindicato, sí tenía que cumplir con los siguientes requisitos para proceder a tal revocatoria: (i) comunicar la existencia de la actuación y el objeto de la misma a quienes pudieran resultar afectados con la decisión, pues así lo ordena el artículo 28 del Código Contencioso Administrativo, al cual remite el 74 *ibídem*, que regula el procedimiento para la revocatoria de actos de carácter particular y concreto. Para esta comunicación debían aplicarse, "*en lo pertinente*", los artículos 14, 34 y 35 del mismo Código. (ii) En virtud de lo dispuesto por el artículo 14, la comunicación anterior debía ser enviada por correo a la dirección conocida a los posibles afectados, si no hubiera otro medio más eficaz. (iii) No obstante, si la comunicación no hubiera sido posible, o pudiera resultar demasiado costosa o demorada, era factible publicarla en un periódico de la

entidad o en otro de amplia circulación en el lugar, según lo disponen los artículos 14 y 15 del C.C.A. (iv) Durante la actuación, debía haberse dado la oportunidad de pedir pruebas y allegar informaciones a petición del interesado, con base en las cuales se tomaría la decisión, que debía ser motivada.

Pasa la Sala a verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos:

Al folio 126 del cuaderno número 2 del presente expediente de tutela, obra copia de la comunicación enviada por la Coordinación de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la División Territorial de Cundinamarca del Ministerio de la Protección Social, dirigida al representante legal de SINTRAINDU, el la cual se lee: *"Atentamente comunico a Usted que ante esta coordinación cursa solicitud de REVOCATORIA DIRECTA , de la Resolución numero 0524 de octubre 3 de 2003, por medio de la cual se ordenó la inscripción en el Registro sindical de la fundación de la organización que Usted representa, radicada con el número 5-6287 de marzo 1° de 2005 y suscrita pro el doctor JAIME PINZÓN QUINTERO, en calidad de Apoderado Especial de la empresa PANAMCO COLOMBIA S.A. Lo anterior para su conocimiento y fines pertinentes."*⁹²

Esta comunicación fue enviada a la sede del Sindicato y recibida el 6 de mayo de 2005, como consta en la copia de la *"prueba de entrega"* expedida por la firma *"Postexpress"*, visible al folio 193 del cuaderno 3. De esta manera, estima la Sala que el Ministerio de la Protección Social sí dio cumplimiento al artículo 28 del Código Contencioso Administrativo, conforme al cual *"Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a estos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma. En estas*

⁹² No es posible en la copia constatar la fecha de la comunicación. El Ministerio y los demandantes coinciden en que fue del 4 de mayo de 2005.

actuaciones se aplicará en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35.”(Negrillas fuera del original)

Ahora bien, en cuanto a lo alegado por el Sindicato demandante, según el cual no era suficiente la anterior comunicación, pues de conformidad con el artículo 14 del C.C.A. era necesario que el sindicato fuera citado a la actuación administrativa, la Sala estima que no le asiste razón a la entidad gremial. En efecto, conforme al artículo 28 del C.C.A., en la actuación administrativa se aplicará *“en lo pertinente”* lo dispuesto en el artículo 14 *ibidem*, que se refiere a la citación de terceros. No obstante, como *“comunicación”* y *“citación”* son términos que significan distintas cosas, pues comunicar es simplemente informar por cualquier medio sobre la existencia y objeto de la actuación administrativa, al paso que citar es el acto de la autoridad por medio del cual se ordena la comparecencia de una persona a dicha actuación, la única manera de entender lo dispuesto en el artículo 28 cuando afirma que en las actuaciones administrativas se *comunicará* a los interesados la existencia y el objeto de la misma, para lo cual *“se aplicará en lo pertinente”* lo dispuesto en el artículo 14, es considerando que *“lo pertinente”* es la manera en que se surtirá la comunicación, que será la misma en que se ordena llevar a cabo la citación cuando ella es requerida. Es decir, *“por correo a la dirección que se conozca si no hay otro medio más eficaz”*, dando *“a conocer claramente el nombre del peticionario y el objeto de la petición.”*

Así las cosas, en el caso presente estima la Sala que se dio cumplimiento tanto al artículo 14 del C.C.A., que ordena comunicar la actuación administrativa, como al 28 *ibidem*, aplicable *en lo pertinente*, es decir en la forma en que se debía surtir dicha comunicación. Ciertamente, ella se remitió por correo a la dirección del Sindicato, y fue recibida por éste el día 6 de mayo de 2005, como puede verificarse en la copia de certificado respectivo, denominado *“prueba de entrega”*, que obra en el expediente al

folio 193 del cuaderno número 3, y como el mismo representante legal de la organización gremial lo admite en el libelo de la demanda.

Surtida la anterior comunicación que, como se admitió, fue conocida por el Sindicato, queda claro para la Sala que durante la actuación administrativa que concluyó con la revocatoria tantas veces comentada, se dio la oportunidad al ente gremial de pedir pruebas y allegar informaciones. Otra cosa es que dicha entidad no haya hecho uso de la oportunidad concedida.

En este punto debe referirse la Sala al argumento de los demandantes, según el cual el Ministerio obstaculizó el ejercicio del derecho de defensa y contradicción, pues no permitió el acceso al expediente. Al respecto, tanto el Ministerio como el Sindicato demandante indican que dicho acceso se vio impedido por la circunstancia de que los miembros del ente gremial que acudieron al Ministerio carecían de un documento que acreditara la representación legal del Sindicato. El Ministerio sostiene además que la comparecencia de los sindicalistas para conocer el expediente tuvo lugar el día 20 de mayo de 2005, cuando la Resolución de revocatoria ya se había producido (se expidió el 19 de ese mismo mes y año), por lo cual los funcionarios del Ministerio informaron a los interesados que se había producido tal decisión, pero que para poder notificarla era menester presentar el documento que acreditara la representación legal, el cual no tenían. De esta manera, estima la Sala que la circunstancia de no poder conocer el expediente se debió a la culpa del mismo Sindicato, y no a la actitud renuente del Ministerio. En todo caso, la comunicación que se surtió el día 4 de mayo le dio la Sindicato la oportunidad de concurrir a la actuación administrativa y dentro de ella pedir pruebas y allegar informaciones, conforme lo exige el artículo 34 del C.C.A.

Finalmente, según lo dispuesto por el artículo 35 del C.C.A., la decisión del Ministerio tenía que haber sido motivada, al menos en forma sumaria. A este respecto, las extensas consideraciones vertidas en la parte considerativa de la Resolución 1286 de

19 mayo de 2005, contentiva de la revocatoria directa, arriba transcritas en forma parcial, en las cuales se hace alusión al material probatorio examinado para llegar a la determinación administrativa de revocar el acto propio, son suficiente prueba del cumplimiento de lo ordenado por dicho artículo 35, sin que sea necesario hacer al respecto consideraciones adicionales en la presente Sentencia.

Por todo lo anterior, la Sala estima que en el trámite de la actuación administrativa que culminó con la revocatoria directa tantas veces comentada, se dio cumplimiento a lo prescrito en los artículos 14, 28, 34, 35 y 74 del Código Contencioso Administrativo. Sólo resta decir que en cuanto a la supuesta irregularidad que se derivaría del hecho de que el representante de PANAMCO COLOMBIA S.A. hubiera podido presentar la solicitud de revocatoria directa fuera del horario de atención al público del Ministerio, las explicaciones de este último resultan satisfactorias, al indicar que los demandantes confunden el horario de recepción de correspondencia, con el de presentación personal de memoriales.

5.3.3 Tercer asunto: si el señor William Alfredo Navas Salguero fue despedido por PANAMCO COLOMBIA S.A. sin autorización judicial a sabiendas de que, por gozar del fuero sindical, para proceder al despido se requería dicha autorización.

Obra en el expediente prueba de que el 19 de mayo de 2005 el Ministerio de la Protección Social profirió la Resolución 01286 de 2005, mediante la cual se revocó la Resolución 02524 de 2003. Así mismo, de que el 13 de junio de 2005 el representante legal de SINTRAINDU presentó los recursos de reposición y apelación contra dicha Resolución, los cuales fueron decididos negativamente. La Resolución mediante la cual se resolvió el recurso de apelación es la número 2141 de 2005, contra la cual no procedían recursos quedando por tanto agotada la vía gubernativa, que fue notificada personalmente al representante de PANAMCO COLOMBIA el día 25 de julio de 2005, y al representante

legal de SINTRAINDU el día 27 del mismo mes y año. (Folio 225 del cuaderno 2, al reverso)

Ahora bien, existe también en el expediente prueba de que el día 26 de julio de 2005 PANAMCO COLOMBIA S.A. citó al señor William Alfredo Navas Salguero a diligencia de descargos, a fin de que rindiera explicaciones respecto al incumplimiento de sus obligaciones laborales. A dicha reunión fueron convocados también dos representantes del sindicato, dando con ello acatamiento a lo señalado en el Parágrafo 1 del Artículo 15 de la Convención Colectiva de Trabajo.⁹³ Es de anotarse que los dos miembros del sindicato que fueron convocados por escrito, leyeron la citación pero rehusaron firmarla, según se indica sobre la copia de la misma, en anotación manuscrita de quien les entregó dicha citación. Así mismo, el señor Navas Salguero, citado a descargos, rehusó firmar la citación.

En el acta correspondiente a dicha diligencia de descargos, se lee que los representantes de la compañía leyeron al trabajador un pliego de cargos referente al incumplimiento de algunas de sus obligaciones laborales, y que le dieron oportunidad de manifestarse al respecto. El trabajador negó el incumplimiento que se le imputaba y manifestó su inconformidad por haber sido citado a la diligencia el mismo día en que ella tuvo lugar, sin darle oportunidad de preparar su defensa. Los representantes del sindicato, pese a haber sido convocados, no acudieron a la citación.

Ahora bien, tras la diligencia de descargos, dicen los demandantes que el mismo día 26 de julio de 2005 el señor William Alfredo Navas Salguero fue despedido, a sabiendas de que, por gozar del fuero sindical, para proceder a tal despido se requería autorización judicial.⁹⁴ La empresa demandada, PANAMCO COLOMBIA S.A. no contradice que el hecho del despido se haya producido en esa fecha, pero sí sostiene que para ese momento el trabajador no contaba con la garantía foral.

⁹³ Las copias de la citación a la diligencia son visible en el expediente a folios 87 y 88 del cuaderno número 4.

⁹⁴ En la demanda se afirma que se adjunta copia de la carta de despido del señor Navas Salguero, pero el Despacho del magistrado sustanciador no la encontró dentro del acervo probatorio arrimado al expediente. Por tal razón no se pudo constatar la fecha exacta del despido.

Sobre este punto la Sala constata que por cuanto la Resolución 2141 de 2005 (que resolvió el recurso de apelación interpuesto por el Sindicato en contra de la Resolución 01286 de 2005, contentiva de la revocatoria directa) no admitía recurso alguno y fue notificada a PANAMCO COLOMBIA S.A. el día 25 de julio de ese mismo año, el despido del día 26 no se produjo "*a sabiendas*" de que por gozar el trabajador de garantía foral, se requería autorización judicial para terminar unilateralmente el contrato de trabajo. Todo lo contrario, tal despido se produjo cuando el empleador conoció que estaba en firme la Resolución 01286 de 2005, revocatoria de la Resolución 02524 de 2003. Ciertamente, con la notificación surtida el 25 de julio al apoderado de PANAMCO COLOMBIA S.A., esta Compañía supo que la decisión de revocar la inscripción de la junta directiva era inapelable ante la Administración, y solo entonces procedió al despido.

Adicionalmente, como lo hace ver la Sociedad demandada, existía otra razón para considerar que el señor Navas Talero carecía de fuero sindical para el momento en que fue despedido. Tal razón estribaba en que, por ocupar un cargo de confianza y manejo, según lo prescrito por el artículo 53 de la Ley 50 de 1990, no podía formar parte de la junta directiva del sindicato, ni ser designado como funcionario del mismo. Por todo lo anterior, no es de recibo la acusación formulada en la demanda, según la cual PANAMCO COLOMBIA S.A. habría despedido a un trabajador que gozaba de fuero sindical, a sabiendas de tal circunstancia. Así las cosas la Sala desestima que en el presente caso se esté en presencia de una vulneración de los derechos al debido proceso, al trabajo o de asociación sindical de los demandantes. La organización sindical SINTRAINDU, según lo decidió la autoridad administrativa competente tras un largo y detenido examen probatorio y con fundamento en serios argumentos jurídicos, obtuvo la inscripción en el registro sindical de su acta fundacional, estatutos y junta directiva de manera ilegal y abusiva del derecho, sin que sobre dicha actuación pueda ahora edificar un pretendido derecho a garantía foral. Ciertamente, esta garantía no es simplemente un derecho subjetivo, sino principalmente una forma de garantizar al sindicato su posibilidad de existir y de actuar, según se explicó por esta Corporación en la

Sentencia C-381 de 2000⁹⁵, cuando dijo que la garantía foral buscaba impedir que mediante el despido, el traslado o el desmejoramiento de las condiciones de trabajo, el empleador perturbara indebidamente la acción legítima que la Carta reconoce a los sindicatos ⁹⁶. En tal virtud, el fuero sindical es un mecanismo de protección establecido primariamente en favor del Sindicato, y sólo secundariamente para proteger la estabilidad laboral de los representantes de los trabajadores. De esta manera, establecido el abuso del derecho en la conformación de un Sindicato, carece de fundamento jurídico el fuero sindical que sus fundadores o directivos puedan reclamar, pues se trata de una derecho que, en sus aspectos subjetivos, depende de lleno de la legalidad de la organización que se pretende proteger.

En todo caso, la Sala aclara que frente a las acusaciones contenidas en la demanda, según las cuales el despido violó la garantía foral y se produjo tras una "simulación" de diligencia de descargos, el señor Navas Salguero, aquí demandante, tiene expeditas las acciones de reintegro y la ordinaria laboral, ante la jurisdicción laboral.

PROTECCIÓN DERIVADA DEL FUERO SINDICAL

NO DEPENDE DEL REGISTRO DEL SINDICATO ANTE EL MINISTERIO

Sentencia T-234 de 11 de marzo de 2005.

Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araújo Rentería

EXTRACTOS: «En efecto, en primera medida *se* debe indicar que el nacimiento, es decir la existencia, de un sindicato y la adquisición automática de su personería jurídica, es una situación diferente al momento de su inscripción en el registro sindical.

⁹⁵ M.P Alejandro Martínez Caballero

⁹⁶ Ver, entre otras, las sentencias T-326 de 1999, SU-036 de 1999, T-728 de 1998, T-297 de 1994, C-593 de 1993.

De acuerdo con lo normado por el artículo 364 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 44 de la Ley 50 de 1990, toda organización sindical, por el solo hecho de su fundación, y a partir de la fecha de la asamblea constitutiva, goza de personería jurídica, pero podrá actuar válidamente ante terceros cuando se inscriba en el registro sindical del Ministerio de la Protección Social. Por tanto, el precitado registro cumple con las funciones de publicidad y prueba del ente sindical, y no prueba la existencia del mismo, esta se da con el acta de su constitución.

Así pues, la negativa de la inscripción de una organización sindical en el registro sindical del Ministerio de la Protección Social, no implica que pierda o se le suspenda su personería jurídica, es decir, que deje de existir ya que esta tiene reserva judicial por disposición expresa del inciso 3° del artículo 39 de la Carta Superior¹³⁹.

En este orden de ideas, esta Sala de Revisión sostiene que mientras la organización sindical exista, los miembros pertenecientes a la junta directiva, así como sus fundadores, gozan de la protección del fuero sindical y, portante **no pueden ser despedidos**, desmejorados o trasladados sin la autorización previa que debe otorgar el juez del trabajo.

Por consiguiente, la protección derivada del fuero sindical **no depende** de la decisión que tome el Ministerio de la Protección Social respecto de la inscripción o no en el registro sindical de la organización sindical.

En consecuencia, aceptar la tesis expuesta por Bancafé S.A. en las contestaciones de las demandas de tutela, en el sentido de afirmar que el Sindicato de Industria de Empleados Bancarios —SIEB— no gozaba de personería jurídica por la revocatoria de su inscripción en el registro sindical, sería reconocer que una autoridad de naturaleza estatal pudiera ejercer una limitación del derecho de la libertad de asociación sindical, lo cual de manera flagrante desconocería los postulados constitucionales previstos en el artículo 39 constitucional, a saber: **la constitución de la organización sindical sin**

intervención del Estado, el reconocimiento automático de su personería jurídica, y la reserva judicial para la cancelación o suspensión de dicha personería.

En conclusión, la existencia de la organización sindical se presenta desde el momento mismo de su fundación, y su personería jurídica se adquiere a partir de la fecha de la asamblea constitutiva. Por tanto, desde esa fecha, tanto la junta directiva como los fundadores del sindicato, gozan del beneficio del fuero sindical.

Por el contrario, el registro sindical lo que pretende es que el sindicato ya constituido pueda ejercer las funciones consagradas en los artículos 373 y 374 del Código Sustantivo del Trabajo y actuar válidamente ante terceros».

CASO N° 5

SUMARIO – FUERO SINDICAL. CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA.

Ricardo Castro directivo sindical, aforado, es despedido sin que mediara a instancia del empleador permiso judicial. Inicia proceso de fuero sindical solicitando el reintegro; la empresa empleadora alega que carece de fuero toda vez que el sindicato tiene menos de 25 afiliados, pues antes del despido del Sr. Castro, únicamente tenía 24 afiliados. Solicita como prueba se verifique esa información en los libros que para el efecto debe llevar el sindicato.

AUTOEVALUACIÓN

1. En el evento en que se acreditara que efectivamente el sindicato tiene un número inferior a 25 afiliados, Usted como juez, admitiría que el Sr. Ricardo Castro, por ese hecho, carece de protección foral, y en consecuencia absuelve al empleador del reintegro?.

2. Debería el empleador adelantar el trámite de un proceso sumario laboral en orden a que se declare la disolución y liquidación del sindicato, así como la cancelación de su inscripción en el registro?, o ante la premura del tiempo, podría excepcionar ésta situación en el proceso de fueron sindical, tal como se planteó en el caso propuesto?
3. Si se inicia el proceso sumario por el empleador buscando acreditar la reducción del número mínimo de afiliados, a quien le corresponde la carga probatoria de ese hecho?. Qué sucede si el sindicato no suministra al proceso los libros en donde se lleva el registro de afiliados?

DECISIONES JUDICIALES

CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA PARA ESTABLECER NÚMERO DE AFILIADOS AL SINDICATO.

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORA(RAD. 16 2007 00497 01

30 de noviembre de 2007

(...)

En este orden de ideas, acude la Empresa Colombiana de Vías Férreas, Ferrovías a la jurisdicción, anhelando, se disponga la disolución del sindicato de base de primer grado "SINTRAFERROVIAS" por reducción de sus miembros a un número inferior a 25 afiliados, así como la cancelación de la inscripción del sindicato en el registro sindical.

Al punto, la accionante resulta legitimada para proponer esta acción, toda vez que demuestra interés jurídico, al ser el demandado, sindicato "de primer grado y de base" (fl.15), siendo la empresa demandante el empleador de los miembros de la

agremiación, apoyándose en derecho en el artículo 56 de la Ley 50/90, el cual modificó el artículo 401 del C S del T, esto es, que hubo reducción de los afiliados a un número inferior a 25 trabajadores, art. 401 literal d CS del T.

En esta perspectiva es claro que le corresponde al accionante demostrar el supuesto de hecho invocado, para el efecto, incorpora a los autos a folio 12, 41 y 42 un listado de trabajadores afiliados al sindicato demandado, certificando el liquidador de la parte actora, que al 6 de julio de 2007 se encuentran afiliados 23 trabajadores oficiales (fl.41).

Al tema, si bien el Juzgado de conocimiento indicó que nadie puede crearse su propia prueba, infirió de la contestación de la demanda, particularmente de los fundamentos de la defensa (fl.48) que evidentemente existía una disminución en el número mínimo de afiliados al sindicato, además de sentar que el demandado no acreditó que la organización sindical no tenía un número igual o superior a 25.

Planteadas así las cosas debe advertirse, tal como se anotó que la carga probatoria le corresponde a quien afirma un hecho, en este caso al demandante, así que deben producir certeza y convencimiento en el Juez los medios probatorios invocados, desde luego después de la valoración que en su conjunto efectúe el operador judicial.

Ahora bien, igualmente conviene recordar que el Juez no está sujeto a la tarifa legal de la prueba, sino a la libre formación del conocimiento. (art. 60,61 CPL).

En estas circunstancias, la Juez de la causa estima la prueba traída por la demandante, así como la actitud del la demandada al sustentar la respuesta de su defensa, es suficiente para inferir que hubo disminución de los afiliados en sindicato, en número inferior a 25 miembros, criterio no alejado de los cánones de la libre formación del conocimiento, pues a pesar de la obligación del sindicato de llevar libros en donde reposen los afiliados, no se exige una prueba solemne en orden a determinar en juicio el número de afiliados, así que si el empleador provee el listado de sus trabajadores, indicando cuales de ellos son afiliados al sindicato, y este al contestar el libelo anuncia que la accionante ha iniciado distintos procesos de fuero sindical, lo que ha traído

como consecuencia la disminución del número de afiliados de la organización sindical, para luego solicitar su disolución y liquidación, resulta razonable inferir, sin calificar las motivaciones de los procesos de fuero sindical, iniciados por la empresa, que existe disminución en número de afiliados al sindicato, persuasión racional perfectamente aplicable a los autos. Sobre el tema de la libre apreciación de la prueba se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral en fallo de abril 27/77, extractándose el siguiente aporte:

“El artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral les concede a los falladores de instancia la potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas al juicio, para formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos con base en aquellas que las persuadan mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso. Todo ello, claro está, sin dejar de lado los principios científicos relativos a la crítica de la prueba, las circunstancias relevantes del litigio y el examen de la conducta de las partes durante su desarrollo.

Pueden, pues, los jueces de las instancias al evaluar las pruebas fundar su decisión en lo que resulte de algunas de ellas en forma prevalente o excluyente de lo que surja de otras, sin que el simple hecho de esa escogencia permita predicar en contra de lo resuelto así la existencia de errores por falta de apreciación probatoria y, menos aún, con la vehemencia necesaria para que esos errores tengan eficacia en el recurso extraordinario de casación como fuente de quebranto indirecto de textos sustanciales de la ley que conduzca a dejar sin efecto la decisión que así estuviera viciada.

La eficiencia de tales errores en la evaluación probatoria para que lleven a la necesidad jurídica de casar un fallo no depende pues simplemente de que se le haya concedido mayor fuerza de persuasión a unas pruebas con respecto de otras sino de que, aun de las mismas pruebas acogidas por el sentenciador o de otras que no tuvo en cuenta, surja con evidencia incontrastable que la verdad real del proceso es radicalmente distinta de la que creyó establecer dicho sentenciador, con extravío en su criterio acerca del verdadero e inequívoco contenido de las pruebas que evaluó o dejó de analizar por defectuosa persuasión que sea configurante de lo que la ley llama el error de hecho”. (Sic)

Por otra parte, conviene igualmente precisar que a pesar de estar en cabeza de la parte actora demostrar su afirmación, la accionada se limitó a controvertir el convencimiento que pudiera generar la prueba aportada por el actor, no obstante teniendo en su poder, o de fácil acceso los libros y demás documentos que informan el número real de

afiliados al sindicato, no colaborando en este aspecto, con la administración de justicia, en orden a que atendiendo a los postulados de la buena fe, pudiera de veras confrontar o contrastar, el convencimiento que se genera con los datos obrantes en juicio, con los aludidos libros, es lo que la doctrina denomina hoy “ la carga dinámica de la prueba”, a este punto conviene citar el siguiente extracto, tomado del módulo prueba judicial, análisis y valoración, escuela judicial, Rodrigo Lara Bonilla, autor Jairo Iván Peña, así:

“...corresponde a una doctrina que se introdujo con la finalidad de flexibilizar la rigidez en la que puede caer el juez al aplicar la carga de la prueba (Léopori White 2005: 60); en consecuencia, a partir de la dificultad para aplicar la carga de la prueba, el juez hace un análisis dinámico de cada situación, y en casos en que así lo determine, la carga de la prueba se traslada a la parte que se encuentra en condiciones de aportar los medios al proceso. La Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, la ha establecido en los siguientes términos “(...) el deber de probar un determinado hecho o circunstancia se impone a la parte que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo, aun cuando no lo haya alegado o invocado”.293.

La buena fe es uno de los principios en que se fundamenta la carga de la prueba, pues es una presunción y al mismo tiempo un deber, es decir, aunque se presume la buena fe tanto de los particulares como de las autoridades públicas, ante la facilidad de aportar una prueba a un proceso, la buena fe indicaría realizar dicho aporte. La lealtad se trata de un deber legal de las partes involucradas en una controversia, e implica una actuación sin subterfugios, ni ocultaciones, cuando una parte soporta la carga de la prueba. Y en tercer lugar, se fundamenta en el principio de solidaridad, como un valor que orienta el ordenamiento jurídico; ésta solidaridad es palpable en la carga de la prueba cuando se conmina a que quien pueda obtener más fácilmente una prueba está obligada a aportarla. Por lo anterior, se plantea un desplazamiento del onus probando hacia aquella parte que se encuentre en mejores condiciones técnicas, profesionales, de hecho o económicas para aportar las pruebas (Airasca 2005:135).

En otros términos, la carga dinámica implica un derecho de las partes involucradas en un proceso para que quien tenga la mayor facilidad de probar un hecho, lo haga, para proteger a la parte más débil en el litigio. Está fundamentada en la determinación de la verdad, pues se trata de una carga procesal impuesta por el ordenamiento jurídico a una de las partes en consideración a sus particulares

condiciones (técnicas, científicas, institucionales etc.) y su proximidad con respecto a la prueba, para que se aporte.

Cuando el sistema jurídico impone a una determinada parte la carga de la prueba, en estos términos reconoce una desigualdad yacente entre las partes, debido a los distintos niveles de formación o tecnificación de las mismas, o a la facilidad de la cual dispone una de las partes para procurar la prueba.

Así, se reconoce que existe una desigualdad material entre las partes involucradas en un litigio y se pretende subsanarla. El interrogante que debe formularse para determinar a quién corresponde la carga de la prueba es del siguiente tenor: ¿a quién le queda más fácil probar el hecho? Y se trata de determinar en cada caso cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para suministrar los medios probatorios a partir de los cuales se establezcan los hechos procesalmente relevantes.

La doctrina argentina en esta materia asume que tiene el deber de probar quien se halle en mejor condición profesional o técnica de hacerlo; quien se encuentre en mejores condiciones de obtener los elementos de prueba; quien se encuentre en mejores condiciones para producir la prueba; la parte que posee un conocimiento directo de los hechos; y quien afirme hechos anormales (Lépori White 2005: 70)" (SIC)

**REFORMA AL CÓDIGO PROCESAL DEL TRABAJO – LEY 1149 DE 2007 –
 COMPARACION DE LA LEY 712 DE 2001 Y LA LEY 1149 DE 2007**

TRÁMITE DE LAS EXCEPCIONES	
CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, ART. 32 (MODIFICADO POR EL ART. 19 DE LA LEY 712 DE 2001)	LEY 1149 DE 2007, ART. 1
Art. 32. Tramite de las excepciones. El juez decidirá las excepciones previas en la oportunidad de que habla el artículo 77, numeral 1 de este Código. También podrán proponerse como previas las excepciones de cosa juzgada, así como la prescripción cuando no haya discusión sobre la fecha de exigibilidad de la pretensión o de su interrupción o de su suspensión. Si el demandante tuviere que contraprobar deberá presentar las pruebas en el acto y el juez resolverá allí mismo. Las excepciones de merito serán decididas en la sentencia.	Art. 32. Tramite de las excepciones. El juez decidirá las excepciones previas en la audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio. También podrá proponerse como previa la excepción de prescripción cuando no haya discusión sobre la fecha de exigibilidad de la pretensión o de su interrupción o de su suspensión, y decidir sobre la excepción de cosa juzgada. Si el demandante tuviere que contraprobar deberá presentar las pruebas en el acto y el juez resolverá allí mismo. Las excepciones de merito serán decididas en la sentencia.

**REFORMA AL CÓDIGO PROCESAL DEL TRABAJO – LEY 1149 DE 2007 –
COMPARACION DE LA LEY 712 DE 2001 Y LA LEY 1149 DE 2007**

PROPOSICION Y TRÁMITE DE INCIDENTES	
CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, ART. 37	LEY 1149 DE 2007, ART. 2
Art. 37. Proposición y sustanciación de incidentes. Los incidentes sólo podrán proponerse en la primera audiencia de trámite; se sustanciarán sin interrumpir el curso del juicio y se decidirán en la sentencia definitiva, salvo aquellos que por su naturaleza a sus fines requieren una decisión previa.	Art. 37. Proposición y trámite de incidentes. Los incidentes solo podrán proponerse en la audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio, a menos de que se trate de hechos ocurridos con posterioridad; quien los propone deberá aportar las pruebas en la misma audiencia; se decidirán en la sentencia definitiva, salvo los que por su naturaleza y fines requieren de una decisión previa.

REFORMA AL CÓDIGO PROCESAL DEL TRABAJO – LEY 1149 DE 2007 – COMPARACION DE LA LEY 712 DE 2001 Y LA LEY 1149 DE 2007

PRINCIPIOS DE ORALIDAD Y PUBLICIDAD	
CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, ART. 42(MODIFICADO POR EL ART. 21 DE LA LEY 712 DE 2001)	LEY 1149 DE 2007, ART. 3
Art. 42. Principios de oralidad y publicidad. Las actuaciones judiciales en las instancias se efectuaran oralmente en audiencia pública, so pena de nulidad. Se exceptúan de estos principios las señaladas expresamente en la ley y además los siguientes autos: 1. Los de sustanciación. 2. Los interlocutorios no susceptibles de apelación. 3. Los interlocutorios que se dicten antes de la conciliación y con posteridad a las sentencias de instancias. 4. Los que resuelven los recursos de reposición. 5. Los que decreten pruebas en segunda instancia. Par. 1°. En los procesos ejecutivos sólo se aplicaran estos principios, en la práctica de pruebas y en la decisión de excepciones. Par. 2°. El juez podrá limitar la duración de las intervenciones de las partes y de sus apoderados.	Art. 42. Principios de oralidad y publicidad. Las actuaciones judiciales y la práctica de pruebas en las instancias, se efectuaran oralmente en audiencia pública, so pena de nulidad, salvo las que expresamente señale la ley, y los siguientes autos: 1. Los de sustanciación por fuera de audiencia. 2. Los interlocutorios no susceptibles de apelación. 3. Los interlocutorios que se dicten antes de la audiencia de conciliación, saneamiento decisión de excepciones y fijación del litigio y con posteridad a las sentencias de instancias. Par. 1°. En los procesos ejecutivos solo se aplicaran estos principios en la práctica de pruebas y en la decisión de excepciones. Par. 2°. El juez limitara la duración de las intervenciones de las partes y de sus apoderados, respetando el derecho a la defensa.

**REFORMA AL CÓDIGO PROCESAL DEL TRABAJO – LEY 1149 DE 2007 –
COMPARACION DE LA LEY 712 DE 2001 Y LA LEY 1149 DE 2007**

CLASES DE AUDIENCIAS	
CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, ART. 44	LEY 1149 DE 2007, ART. 4
Art. 44. Diversas clases de audiencias. Las audiencias serán de conciliación, de trámite y de juzgamiento.	Art. 44. Clases de audiencias. Las audiencias serán dos: una de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio; y otra de trámite y de juzgamiento.

**REFORMA AL CÓDIGO PROCESAL DEL TRABAJO – LEY 1149 DE 2007 –
COMPARACION DE LA LEY 712 DE 2001 Y LA LEY 1149 DE 2007**

SEÑALAMIENTO DE AUDIENCIAS	
CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, ART.45(MODIFICADO POR EL ART. 22 DE LA LEY 712 DE 2001)	LEY 1149 DE 2007, ART. 5
Art. 45. Señala. de audiencias. Antes de terminar toda audiencia el juez señalara fecha y hora para efectuar la siguiente. En ningún caso podrán celebrarse más de cuatro audiencias de trámite. Las audiencias de tram. y de juzg. no podrán suspenderse para su continuación en día diferente de aquel para el cual fueron inicialmente señaladas, ni aplazarse por mas de una vez, salvo que deba adoptar una decisión que este en imposibilidad de tomar inmediatamente o cuando sea necesario practicar pruebas pendientes. Si la suspensión es solicitada por alguna parte deberá motivarse.	Art. 45. Señala. de audiencias. Antes de terminar la audiencia el juez señalara fecha y hora para efectuar la siguiente, esta deberá ser informada mediante aviso colocado en la cartelera del juzgado en un lugar visible al día siguiente. Las audiencias no podrán suspenderse, se desarrollaran sin solución de continuidad dentro de las horas hábiles, hasta que sea agotado su objeto, sin perjuicio de que el juez como director del proceso habilite más tiempo. En ningún caso podrán celebrarse más de dos (2) audiencias.

**REFORMA AL CÓDIGO PROCESAL DEL TRABAJO – LEY 1149 DE 2007 –
COMPARACION DE LA LEY 712 DE 2001 Y LA LEY 1149 DE 2007**

ACTAS Y GRABACION DE AUDIENCIAS	
CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, ART.46	LEY 1149 DE 2007, ART. 6
Art. 46. Relato de la audiencia. El secretario extenderá un acta de lo que ocurra en la audiencia y si los interesados lo piden y pagan el servicio podrá tomarse una relación taquigráfica o por otros medios técnicos de lo que en ella ocurra.	Art. 46. Act. y grab. de audienc. Las audiencias serán grabadas con los medios técnicos que ofrezcan fidelidad y seguridad de registro, los cuales deberán ser proporcionados por el Estado, o excepcionalmente, con los que las partes Si la audiencia es grabada, se suministren. Si la audiencia es grabada, se consignará en el acta el nombre de las personas que intervinieron como partes, apoderados, testigos y auxiliares de la justicia. El acta será firmada por el juez y el secretario y de ella hará parte el formato de control de asistencia de quienes intervinieron. Cualquier interesado podrá solicitar una copia de las grabaciones o del acta, y para su obtención deberá proporcionar los medios necesarios para ello. En ningún caso se hará la reproducción escrita de las se incorporaran al expediente.

**REFORMA AL CÓDIGO PROCESAL DEL TRABAJO – LEY 1149 DE 2007 –
COMPARACION DE LA LEY 712 DE 2001 Y LA LEY 1149 DE 2007**

JUEZ DIRECTOR DEL PROCESO	
CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, ART.48	LEY 1149 DE 2007, ART. 7
Art. 48. Dirección del procedimiento por el juez. El juez dirigirá el proceso en forma que garantice su rápido adelantamiento, sin perjuicio de la defensa de las partes.	Art. 48. El juez director del proceso. El juez asumirá la dirección del proceso adoptando las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes, la agilidad y rapidez en su trámite.

**REFORMA AL CÓDIGO PROCESAL DEL TRABAJO – LEY 1149 DE 2007 –
COMPARACION DE LA LEY 712 DE 2001 Y LA LEY 1149 DE 2007**

PLAZO DE PRUEBAS Y DILIGENCIAS INCONDUCTENTES	
CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, ART. 53	LEY 1149 DE 2007, ART. 8
Art. 53. Rechazo de pruebas y diligencias inconducentes. El juez podrá, en providencia motivada, rechazar la práctica de pruebas y diligencias inconducentes o superfluas en relación con el objeto del pleito. En cuanto a la prueba de testigos, el juez no admitirá más de cuatro para cada hecho.	Art. 53. Rechazo de pruebas y diligencias inconducentes. El juez podrá, en decisión motivada, rechazar la práctica de pruebas y diligencias inconducentes o superfluas en relación con el objeto del pleito. En cuanto a la prueba de testigos, el juez limitará el número de ellos cuando considere que son suficientes los testimonios recibidos o los otros medios de convicción que obran en el proceso.

**REFORMA AL CÓDIGO PROCESAL DEL TRABAJO – LEY 1149 DE 2007 –
COMPARACION DE LA LEY 712 DE 2001 Y LA LEY 1149 DE 2007**

COMPARECENCIA DE LAS PARTES	
CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, ART.59	LEY 1149 DE 2007, ART. 9
Art. 59. Comparecencia de las partes. En cualquier estado del proceso, el juez podrá ordenar la comparecencia de las partes, a fin de interrogarlas libremente sobre los hechos controvertidos. La parte citada podrá comparecer por medio de apoderado, salvo el caso de que se trate de hechos personales.	Art. 59. Comparecencia de las partes. El juez podrá ordenar la comparecencia de las partes a las audiencias a fin de interrogarlas libremente sobre los hechos controvertidos; la renuencia de las partes a comparecer tendrá los efectos previstos en el artículo 77.

**REFORMA AL CÓDIGO PROCESAL DEL TRABAJO – LEY 1149 DE 2007 –
COMPARACION DE LA LEY 712 DE 2001 Y LA LEY 1149 DE 2007**

APELACION DE LAS SENTENCIAS DE PRIMERA INSTANCIA	
C.P.T. Y DE LA S.S., ART. 66	LEY 1149 DE 2007, ART. 10
Art. 66. Apelación de las sentencias de primera instancia. Serán también apelables las sentencias de primera instancia, en el efecto suspensivo, de palabra en el acto de la notificación, o por escrito, dentro de los tres días siguientes; interpuesto en la audiencia, el juez lo concederá o denegará inmediatamente; si por escrito, resolverá dentro de los dos días siguientes.	Art. 66. Apelación de las sentencias de primera instancia. Serán apelables las sentencias de primera instancia, en el efecto suspensivo, en el acto de la notificación mediante la sustentación oral estrictamente necesaria; interpuesto el recurso el juez lo concederá o denegará inmediatamente.

**REFORMA AL CÓDIGO PROCESAL DEL TRABAJO – LEY 1149 DE 2007 –
COMPARACION DE LA LEY 712 DE 2001 Y LA LEY 1149 DE 2007**

AUDIENCIA OBLIGATORIA DE CONCILIACION, DE DECISION DE EXCEPCIONES PREVIAS, SANEAMIENTO Y FIJACION DEL LITIGIO	
C.P.T. Y DE LA S.S., ART. 77 (MOD. POR ART. 39, L. 712/01)	LEY 1149 DE 2007, ART. 11

**REFORMA AL CÓDIGO PROCESAL DEL TRABAJO – LEY 1149 DE 2007 –
 COMPARACION DE LA LEY 712 DE 2001 Y LA LEY 1149 DE 2007**

Art. 77. Audiencia obligatoria de conciliación, de decisión de excepciones previas, de saneamiento y fijación del litigio.

Contestada la demanda principal y la de reconvencción si la hubiere, o cuando no hayan sido contestadas en el término legal, el juez señalará fecha y hora para que las partes comparezcan personalmente, con o sin apoderado, a audiencia pública.

Para efectos de esta audiencia, el juez examinará previamente la totalidad de la actuación surtida y será el quien la dirija. En la audiencia de conciliación se observaran las siguientes reglas:

Si alguno de los demandantes o de los demandados no tuvieren capacidad, concurrirá su representante legal.

Si antes de la hora señalada para la audiencia, alguna de las partes presenta prueba siquiera sumaria de una justa causa para no comparecer, el juez señalará nueva fecha para celebrarla, sin que pueda haber otro aplazamiento.

Art. 77. Audiencia obligatoria de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio.

Contestada la demanda principal y la de reconvencción si la hubiere, o cuando no hayan sido contestadas en el término legal, el juez señalará fecha y hora para que las partes comparezcan personalmente, con o sin apoderado, a audiencia pública, la cual deberá celebrarse a mas tardar dentro de los tres meses siguientes a la fecha de notificación de la demanda.

Para efectos de esta audiencia, el juez examinará previamente la totalidad de la actuación surtida y será el quien la dirija.

En la audiencia de conciliación se observaran las siguientes reglas:

Si alguno de los demandantes o de los demandados fuere incapaz, concurrirá su representante legal.

**REFORMA AL CÓDIGO PROCESAL DEL TRABAJO – LEY 1149 DE 2007 –
 COMPARACION DE LA LEY 712 DE 2001 Y LA LEY 1149 DE 2007**

(Cuando en la segunda oportunidad se presente prueba de que existe fuerza mayor para que una de las partes pueda comparecer, la audiencia de conciliación se celebrará con su apoderado, quien se entiende con facultad para conciliar, admitir, hechos y desistir) *.

Excepto los casos contemplados en los dos incisos anteriores, si el demandante o el demandado no concurren a la audiencia de conciliación el juez la declarará clausurada y se producirán las siguientes consecuencias procesales:

1. Si se trata del demandante se presumirán ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la contestación de la demanda y en las excepciones de mérito.
2. Si se trata del demandado, se presumirán ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión.

Las mismas consecuencias se aplicarán a la demanda de reconvencción.

3. (Si en el evento del inciso quinto el apoderado tampoco asiste, se producirán los mismos efectos previstos en los numerales anteriores) **.

Si antes de la hora señalada para la audiencia, alguna de las partes presenta prueba siquiera sumaria de una justa causa para no comparecer, el juez señalará nueva fecha para celebrarla, la cual será dentro de los cinco días siguientes a la fecha inicial, sin que en ningún caso pueda haber otro aplazamiento.

Excepto los casos contemplados en los dos incisos anteriores, si el demandante o el demandado no concurren a la audiencia de conciliación, el juez la declarará clausurada y se producirán las siguientes consecuencias procesales:

1. Si se trata del demandante se presumirán ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la contestación de la demanda y en las excepciones de mérito.

2. Si se trata del demandado, se presumirán ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión.

Las mismas consecuencias se aplicarán a la demanda de reconvencción.

**REFORMA AL CÓDIGO PROCESAL DEL TRABAJO – LEY 1149 DE 2007 –
COMPARACION DE LA LEY 712 DE 2001 Y LA LEY 1149 DE 2007**

4. Cuando los hechos no admitan prueba de confesión, la no comparecencia de las partes se apreciara como indicio grave en su contra.

5. En el caso del inciso quinto de este articulo, la ausencia injustificada de cualquiera de los apoderados dará lugar a la imposición de una multa a favor del Consejo Superior de la Judicatura, equivalente a un salario mínimo mensual vigente.

3. Cuando los hechos no admitan prueba de confesión, la no comparecencia de las partes se apreciara como indicio grave en su contra.

4. En el caso del inciso quinto de este articulo, la ausencia injustificada de cualquiera de los apoderados dará lugar a la imposición de una multa a favor del Consejo Superior de la Judicatura, equivalente a un salario mínimo mensual vigente.

**REFORMA AL CÓDIGO PROCESAL DEL TRABAJO – LEY 1149 DE 2007 –
COMPARACION DE LA LEY 712 DE 2001 Y LA LEY 1149 DE 2007**

4. Cuando los hechos no admitan prueba de confesión, la no comparecencia de las partes se apreciara como indicio grave en su contra.

5. En el caso del inciso quinto de este articulo, la ausencia injustificada de cualquiera de los apoderados dará lugar a la imposición de una multa a favor del Consejo Superior de la Judicatura, equivalente a un salario mínimo mensual vigente.

3. Cuando los hechos no admitan prueba de confesión, la no comparecencia de las partes se apreciara como indicio grave en su contra.

4. En el caso del inciso quinto de este articulo, la ausencia injustificada de cualquiera de los apoderados dará lugar a la imposición de una multa a favor del Consejo Superior de la Judicatura, equivalente a un salario mínimo mensual vigente.

**REFORMA AL CÓDIGO PROCESAL DEL TRABAJO – LEY 1149 DE 2007 –
 COMPARACION DE LA LEY 712 DE 2001 Y LA LEY 1149 DE 2007**

3. Requerirá a las partes y a sus apoderados para que determinen los hechos en que estén de acuerdo y que fueren susceptibles de prueba de confesión, los cuales se declararan probados mediante auto en el cual desechara las pruebas pedidas que versen sobre los mismos hechos, así como las pretensiones y excepciones que queden excluidas como resultado de la conciliación parcial.

Igualmente si lo considera necesario las requerirá para que allí mismo aclaren y precisen las pretensiones de la demanda y las excepciones de merito.

~~En la continuación y en audiencia de trámite al juez~~
~~declarará las pruebas que fueren conducentes y~~
~~necesarias, señalará día y hora para nueva~~
~~audiencia de trámite, que habrá de celebrarse~~
~~dentro de los cinco días siguientes; extenderá~~
~~las órdenes de comparendo que sean del caso,~~
~~bajo los apremios legales, y tomará todas las medidas~~
~~necesarias para la práctica de pruebas. (Par. 2º~~
~~Cuando la ley exija la conciliación~~
~~extrajudicial en derecho como requisito de~~
~~procedibilidad, esta reemplazará la etapa de~~
~~conciliación prevista en el presente artículo,~~
~~salvo cuando el demandante solicite su~~
~~celebración) **.~~

1. Decidirá las excepciones previas conforme a lo previsto en el artículo 32.

2. Adoptará las medidas que considere necesarias para evitar nulidades y sentencias inhibitorias.

3. Requerirá a las partes y a sus apoderados para que determinen los hechos en que estén de acuerdo y que fueren susceptibles de prueba de confesión, los cuales se declararan probados mediante auto en el cual desechara las pruebas pedidas que versen sobre los mismos hechos, así como las pretensiones y excepciones que queden excluidas como resultado de la conciliación parcial.

Igualmente, si lo considera necesario las requerirá para que allí mismo aclaren y precisen las pretensiones de la demanda y las excepciones de merito.

**REFORMA AL CÓDIGO PROCESAL DEL TRABAJO – LEY 1149 DE 2007 –
COMPARACION DE LA LEY 712 DE 2001 Y LA LEY 1149 DE 2007**

* El texto entre paréntesis fue declarado exequible por los cargos analizados en la sentencia C-204 de 2003 de la Corte Constitucional bajo el entendido que la norma no impide que las partes puedan restringir las facultades de conciliación del apoderado.

** Los textos entre paréntesis fueron declarados inexecutable median- te la sentencia C-204 de 2003 de la Corte Constitucional.

4. A continuación el juez decretará las pruebas que fueren conducentes y necesarias, señalará día y hora para audiencia de trámite y juzgamiento que habrá de celebrarse dentro de los tres meses siguientes; extenderá las órdenes de comparendo que sean del caso, bajo los apremios legales, y tomara todas las medidas necesarias para la práctica de pruebas en la audiencia de trámite. Y juzgam.; y respecto al dictamen pericial, ordenara su traslado a las partes, con antelación suficiente a la fecha de esta audiencia.

**REFORMA AL CÓDIGO PROCESAL DEL TRABAJO – LEY 1149 DE 2007 –
COMPARACION DE LA LEY 712 DE 2001 Y LA LEY 1149 DE 2007**

AUDIENCIA DE TRAMITE Y JUZGAMIENTO	
C.P.T. Y DE LA S.S., ART. 80	LEY 1149 DE 2007, ART. 12
Art. 80. Audiencia de trámite o de prueba. En el día y hora señalados el juez practicará las pruebas, dirigirá las interpelaciones o interrogaciones de las partes y oirá las alegaciones de estas. Los testigos serán interrogados separadamente, de modo que no se enteren del dicho de los demás. Si resultare indispensable un nuevo señalamiento de audiencia, se hará en lo posible, para el día a los días inmediatamente siguientes.	Art. 80. Audiencia de trámite y juzgamiento. En el día y hora señalados el juez practicará las pruebas, dirigirá las interpelaciones o interrogaciones de las partes y oirá las alegaciones de estas. Los testigos serán interrogados separadamente, de modo que no se enteren del dicho de los demás. En el mismo acto dictará la sentencia correspondiente a podrá decretar un receso de una hora para proferirla y se notificará por estrados.

**REFORMA AL CÓDIGO PROCESAL DEL TRABAJO – LEY 1149 DE 2007 –
COMPARACION DE LA LEY 712 DE 2001 Y LA LEY 1149 DE 2007**

AUDIENCIA DE TRAMITE Y FALLO EN SEGUNDA INSTANCIA	
CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, ART. 82 (MODIFICADO POR EL ART. 40 DE LA LEY 712 DE 2001)	LEY 1149 DE 2007, ART. 13
Art. 82. Tramite de la segunda instancia. Recibido el expediente por apelación o consulta de la sentencia, el magistrado ponente, dentro de los tres (3) días siguientes, correrá traslado por el termino de cinco (5) días, dentro del cual las partes podrán presentar sus alegaciones o solicitar la practica de las pruebas a que se refiere el articulo 83. Vencido el término para el traslado o practicadas las pruebas, se citara para audiencia que deberá celebrarse dentro de los veinte (20) días siguientes, con el fin de proferir fallo.	Art. 82. Audiencia de trámite y fallo en segunda instancia. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, se fijara la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación. Cuando se trate de apelación de un auto no haya pruebas que practicar, en la audiencia se oirán los alegatos de las partes y se resolverá el recurso.

**REFORMA AL CÓDIGO PROCESAL DEL TRABAJO – LEY 1149 DE 2007 –
COMPARACION DE LA LEY 712 DE 2001 Y LA LEY 1149 DE 2007**

PROCEDENCIA DE LA CONSULTA	
CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, ART. 69	LEY 1149 DE 2007, ART. 14
Art. 69. Procedencia de la consulta. Además de estos recursos existirá un grado de jurisdicción de- nominado "consulta". Las sentencias de primera instancia, cuando fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, serán necesariamente consultadas con el respectivo tribunal del trabajo (hoy Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Laboral) si no fueren apeladas. También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al departamento o al municipio.	Art. 69. Procedencia de la consulta. Además de estos recursos existirá un grado de jurisdicción denominado de "consulta". Las sentencias de primera instancia, cuando fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario serán necesariamente consultadas con el respectivo tribunal si no fueren apeladas. También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al departamento o al municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante. En este último caso se informará al ministerio del ramo respectivo y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la remisión del expediente al superior.

**REFORMA AL CÓDIGO PROCESAL DEL TRABAJO – LEY 1149 DE 2007 –
COMPARACION DE LA LEY 712 DE 2001 Y LA LEY 1149 DE 2007**

REGIMEN DE TRANSICION, ASIGNACION DE RECURSOS, VIGENCIA Y DEROGATORIA	
NO EXISTEN NORMAS APLICABLES	LEY 1149 DE 2007, ARTS. 15, 16 Y 17
	Art. 15. Régimen de transición. Los procesos iniciados antes de la aplicación gradual de la presente ley se continuaran tramitando bajo el régimen procesal anterior. Dentro del año siguiente contado a partir de la promulgación de la ley, el Consejo Superior de la Judicatura adoptara y pondrá en practica medidas especiales, suficientes para descongestionar los despachos judiciales laborales, en los procesos promovidos antes de la entrada en vigencia de la presente ley. Dichas medidas deberán garantizar la descongestión de los despachos judiciales, en un término no mayor de dos años a partir de la promulgación de esta ley.

**REFORMA AL CÓDIGO PROCESAL DEL TRABAJO – LEY 1149 DE 2007 –
COMPARACION DE LA LEY 712 DE 2001 Y LA LEY 1149 DE 2007**

Quienes sean nombrados como jueces y magistrados, deberán ser especializados o expertos en derecho del trabajo o en seguridad social.

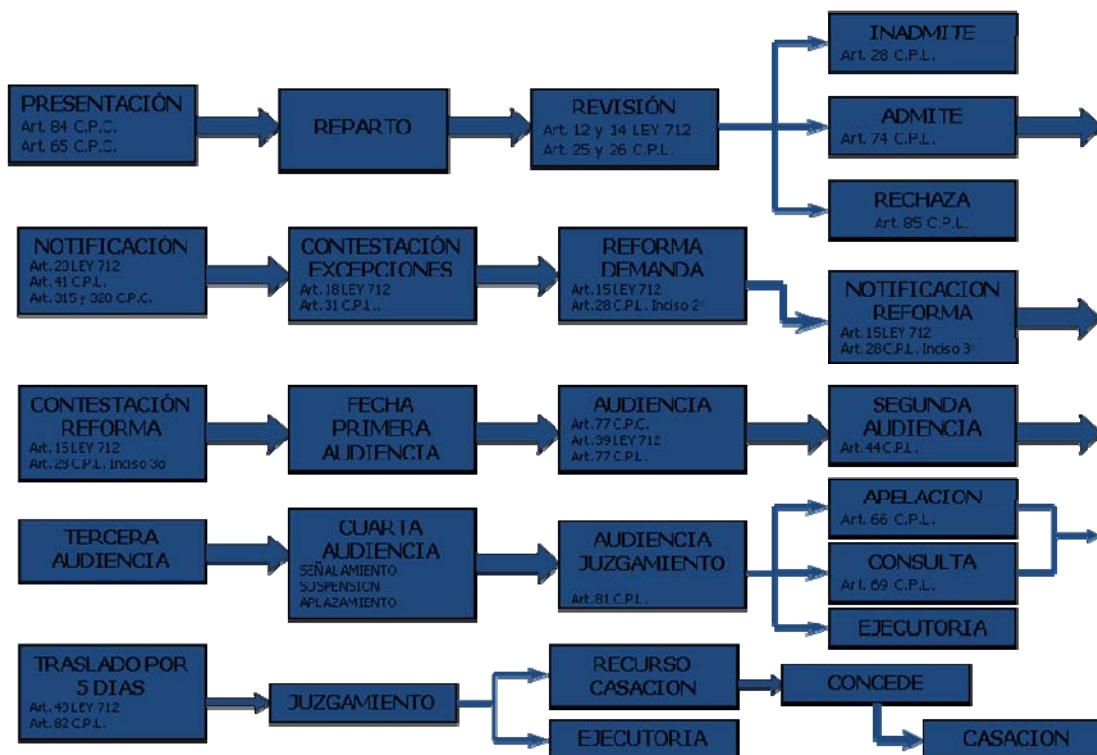
Art. 16. Asignación de recursos.

La implementación del sistema oral en la especialidad laboral se hará en la forma gradual en un término no superior a cuatro (4) años, a partir del primero (1) de enero de 2008. El Gobierno Nacional hará la asignación de recursos para la financiación de dicha implementación en cada vigencia.

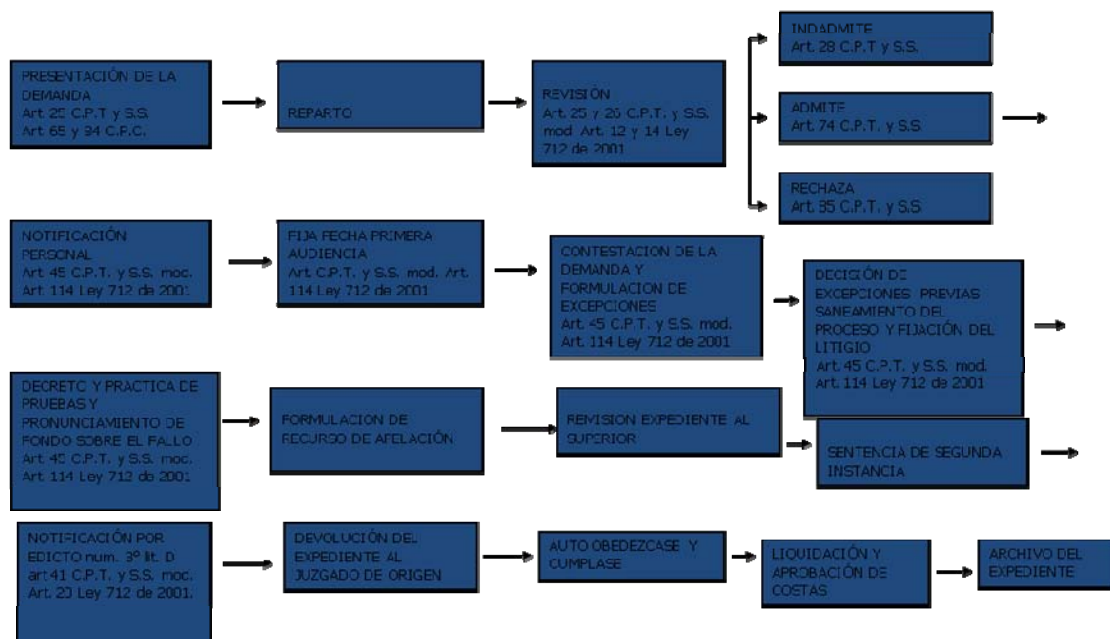
Art. 17. Vigencia y derogatoria.

La presente ley entrara en vigencia con su promulgación y, su aplicación se efectuara de manera gradual de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la presente ley; deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, especialmente el artículo 38, el numeral 1 del literal c) del artículo 41 modificado por el artículo 20 de la ley 712 del 2001 Y los artículos 81 y 85, modificados por el artículo 42 de la Ley 712 de 2001, del Código Procesal del Trabajo y de Seguridad Social.

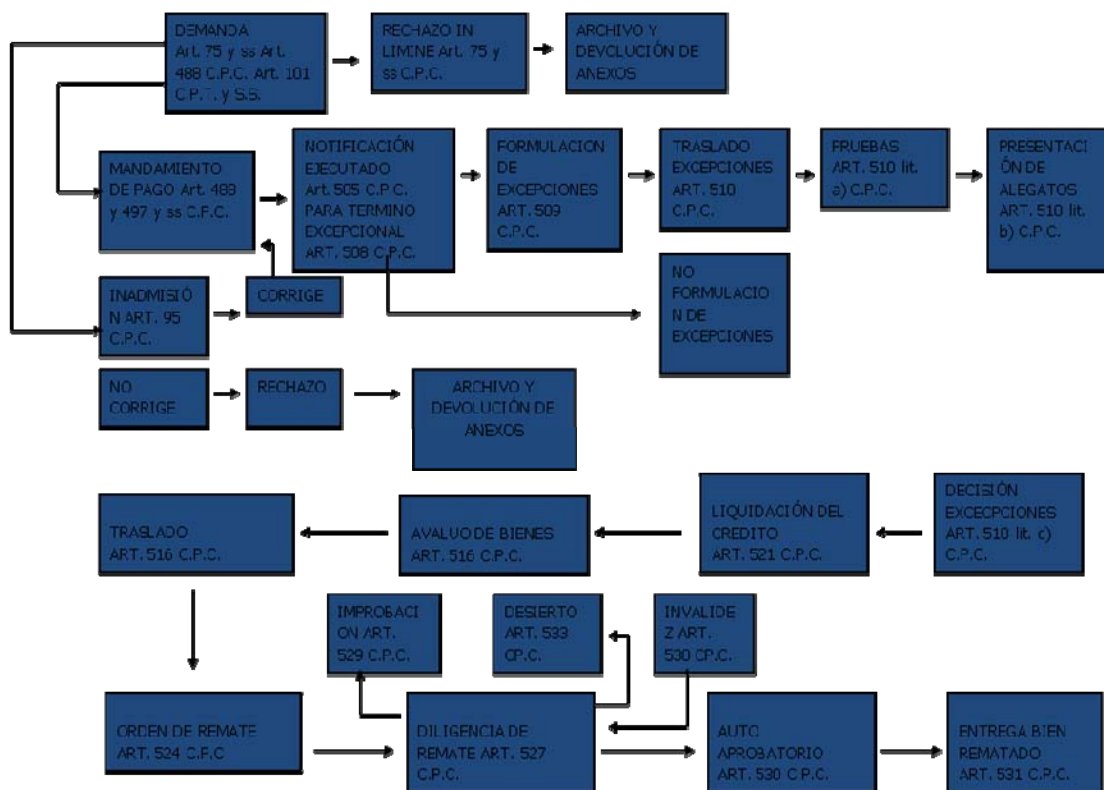
TRAMITE DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL



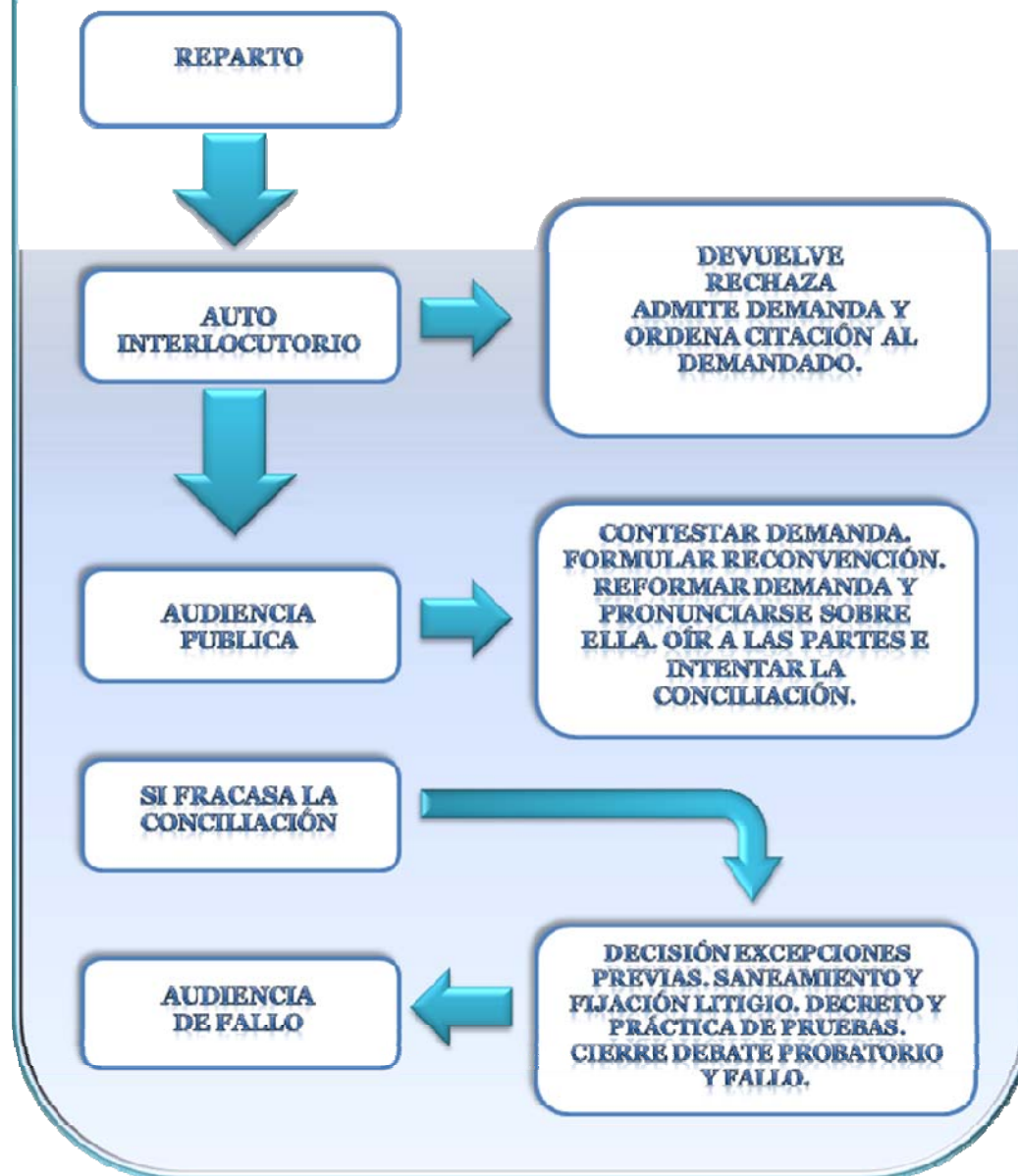
TRAMITE DEL PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL



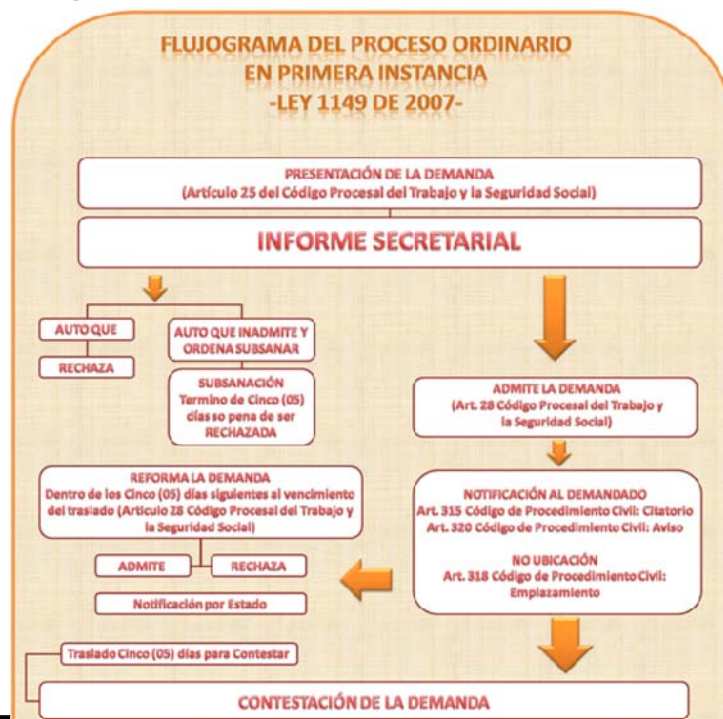
TRAMITE DEL PROCESO ESPECIAL EJECUTIVO

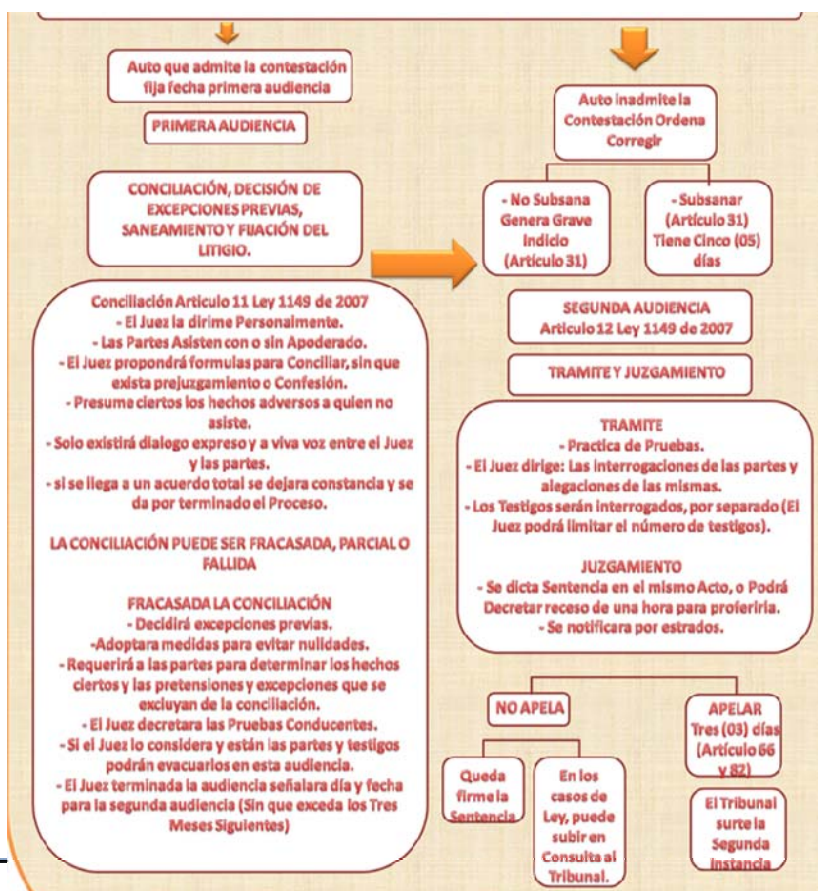


FLUJOGRAMA DEL PROCESO ORDINARIO DE ÚNICA INSTANCIA



Flujograma del proceso ordinario en primera instancia -Ley 1149 de 2007-





BIBLIOGRAFÍA

ARCILA Jaime, Lecciones de Derecho Procesal del Trabajo, Editorial Universidad de Antioquia, Departamento de Publicaciones – Colecciones de Ediciones Previas N° 13, 1988.

BENTHAN Jeremías, Tratado de Pruebas Judiciales, Valetta Ediciones, Primera Edición, 2002.

BOTERO Zuluága Gerardo, Guía Teoría y Práctica de Derecho Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda, Tercera Edición, 2008.

CALAMANDREI Piero, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Editorial Leyer, Colección Clásica del Derecho, Octubre de 2005.

CAPELLETTI Mauro, La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972.

ESCUELA JUDICIAL "RODRIGO LARA BONILLA", Derecho Laboral Primera y Segunda Parte – Curso de Capacitación para Jueces de la República, Bogotá, Febrero de 1989.

RECASENS Siches Luis, Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, Editorial Fondo de Cultura Económica (F.C.E.) Mexico, Colección Dianota, Edición 1956.

RODRIGUEZ Díaz Isaías, El Nuevo Procedimiento Laboral, Editorial J. J. Alva, julio de 1987.

SALAZAR Miguel Gerardo, Curso de Derecho Procesal del Trabajo, Tercera Edición, Librería jurídica Wilches, 1984.

TORREGROZA Sánchez Augusto Enrique, Curso de Derecho Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, Edición Doctrina y Ley Ltda, Segunda Edición, Bogotá.

VALLEJO Cabrera Fabián, La oralidad Laboral, Quinta Edición, Editorial Jurídica, Sánchez R. Ltda., 2008.

RODRIGUEZ G. Jaime, IZQUIERDO Caballero Martha. Editorial doctrina y ley Ltda, segunda edición. Guía Teórico Práctica de Derecho Laboral y su procedimiento.

PÁGINAS WEB

www.ramajudicial.gov.co

www.banrep.gov.co

www.constitucional.gov.co

NORMAS LEGALES

Código de Procedimiento Laboral

Código Sustantivo del Trabajo

Ley 712 de 2001.

Ley 1149 de 2007.

DECISIONES JUDICIALES

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral

Consejo de Estado

Corte Constitucional

Sala Jurisdiccional disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura

Tribunales Superiores de Distrito Judicial - Salas Laborales

Juzgados Laborales del Circuito.

SUPLEMENTO

LEY 1149 DE 2007

(julio 13)

Diario Oficial No. 46.688 de 13 de julio de 2007

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social para hacer efectiva la oralidad en sus procesos.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 1º. El artículo **32** del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social modificado por el artículo **19** de la Ley 712 de 2001, quedará así:

Artículo 32. Trámite de las excepciones. El juez decidirá las excepciones previas en la audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio. También podrá proponerse como previa la excepción de prescripción cuando no haya discusión sobre la fecha de exigibilidad de la pretensión o de su interrupción o de su suspensión, y decidir sobre la excepción de cosa juzgada. Si el demandante tuviere que contraprobar deberá presentar las pruebas en el acto y el juez resolverá allí mismo.

Las excepciones de mérito serán decididas en la sentencia.

ARTÍCULO 2º. El artículo 37 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social quedará así:

Artículo 37. Proposición y trámite de incidentes. Los incidentes sólo podrán proponerse en la audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio, a menos de que se trate de hechos ocurridos con posterioridad; quien los propone deberá aportar las pruebas en la misma audiencia; se decidirán en la sentencia definitiva, salvo los que por su naturaleza y fines requieren de una decisión previa.

ARTÍCULO 3º. El artículo 42 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 21 de la Ley 712 de 2001, quedará así:

Artículo 42. Principios de oralidad y publicidad. Las actuaciones judiciales y la práctica de pruebas en las instancias, se efectuarán oralmente en audiencia pública, so pena de nulidad, salvo las que expresamente señalen la ley, y los siguientes autos:

1. Los de sustanciación por fuera de audiencia.
2. Los interlocutorios no susceptibles de apelación.
3. Los interlocutorios que se dicten antes de la audiencia de conciliación, saneamiento, decisión de excepciones y fijación del litigio y con posterioridad a las sentencias de instancias.

PARÁGRAFO 1º. En los procesos ejecutivos sólo se aplicarán estos principios en la práctica de pruebas y en la decisión de excepciones.

PARÁGRAFO 2º. El juez limitará la duración de las intervenciones de las partes y de sus apoderados, respetando el derecho a la defensa.

ARTÍCULO 4º. El artículo 44 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social quedará así:

Artículo 44. Clases de audiencias. Las audiencias serán dos: una de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio; y otra de trámite y de juzgamiento.

ARTÍCULO 5º. El artículo 45 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 22 de la Ley 712 de 2001, quedará así:

Artículo 45. Señalamiento de audiencias. Antes de terminar la audiencia el juez señalará fecha y hora para efectuar la siguiente, esta deberá ser informada mediante aviso colocado en la cartelera del Juzgado en un lugar visible al día siguiente.

Las audiencias no podrán suspenderse, se desarrollarán sin solución de continuidad dentro de las horas hábiles, hasta que sea agotado su objeto, sin perjuicio de que el juez como director del proceso habilite más tiempo.

En ningún caso podrán celebrarse más de dos (2) audiencias.

ARTÍCULO 6º. El artículo 46 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social quedará así:

Artículo 46. Actas y grabación de audiencias. Las audiencias serán grabadas con los medios técnicos que ofrezcan fidelidad y seguridad de registro, los cuales deberán ser proporcionados por el Estado, o excepcionalmente, con los que las partes suministren.

Si la audiencia es grabada, se consignará en el acta el nombre de las personas que intervinieron como partes, apoderados, testigos y auxiliares de la justicia.

El acta será firmada por el juez y el secretario y de ella hará parte el formato de control de asistencia de quienes intervinieron.

Cualquier interesado podrá solicitar una copia de las grabaciones o del acta, y para su obtención deberá proporcionar los medios necesarios para ello.

En ningún caso se hará la reproducción escrita de las grabaciones. Las grabaciones se incorporarán al expediente.

ARTÍCULO 7º. El artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social quedará así:

Artículo 48. El juez director del proceso. El juez asumirá la dirección del proceso adoptando las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes, la agilidad y rapidez en su trámite.

ARTÍCULO 8º. El artículo 53 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social quedará así:

Artículo 53. Rechazo de pruebas y diligencias inconducentes. El juez podrá, en decisión motivada, rechazar la práctica de pruebas y diligencias inconducentes o superfluas en relación con el objeto del pleito.

En cuanto a la prueba de testigos, el juez limitará el número de ellos cuando considere que son suficientes los testimonios recibidos o los otros medios de convicción que obran en el proceso.

ARTÍCULO 9º. El artículo 59 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social quedará así:

Artículo 59. Comparecencia de las partes. El juez podrá ordenar la comparecencia de las partes a las audiencias a fin de interrogarlas libremente sobre los hechos controvertidos; la renuencia de las partes a comparecer tendrá los efectos previstos en el artículo 77.

ARTÍCULO 10. El artículo 66 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social quedará así:

Artículo 66. Apelación de las sentencias de primera instancia. Serán apelables las sentencias de primera instancia, en el efecto suspensivo, en el acto de la notificación mediante la sustentación oral estrictamente necesaria; interpuesto el recurso el juez lo concederá o denegará inmediatamente.

ARTÍCULO 11. El artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 39 de la Ley 712 de 2001, quedará así:

Artículo 77. Audiencia obligatoria de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio. Contestada la demanda principal y la de reconvenición si la hubiere, o cuando no hayan sido contestadas en el término legal, el juez señalará fecha y hora para que las partes comparezcan personalmente, con o sin apoderado, a audiencia pública, la cual deberá celebrarse a más tardar dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de notificación de la demanda.

Para efectos de esta audiencia, el juez examinará previamente la totalidad de la actuación surtida y será él quien la dirija.

En la audiencia de conciliación se observarán las siguientes reglas:

Si alguno de los demandantes o de los demandados fuere incapaz, concurrirá su representante legal.

Si antes de la hora señalada para la audiencia, alguna de las partes presenta prueba siquiera sumaria de una justa causa para no comparecer, el juez señalará nueva fecha para celebrarla, la cual será dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha inicial, sin que en ningún caso pueda haber otro aplazamiento.

Excepto los casos contemplados en los dos (2) incisos anteriores, si el demandante o el demandado no concurren a la audiencia de conciliación, el juez la declarará clausurada y se producirán las siguientes consecuencias procesales:

1. Si se trata del demandante se presumirán ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la contestación de la demanda y en las excepciones de mérito.
2. Si se trata del demandado, se presumirán ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión.

Las mismas consecuencias se aplicarán a la demanda de reconvención.

3. Cuando los hechos no admitan prueba de confesión, la no comparecencia de las partes se apreciará como indicio grave en su contra.
4. En el caso del inciso quinto de este artículo, la ausencia injustificada de cualquiera de los apoderados dará lugar a la imposición de una multa a favor del Consejo Superior de la Judicatura, equivalente a un (1) salario mínimo mensual vigente.

Instalada la audiencia, si concurren las partes, con o sin apoderados, el juez los invitará para que en su presencia y bajo su vigilancia concilien sus diferencias, si fueren susceptibles de solución por este medio, y si no lo hicieren, deberá proponer las fórmulas que estime justas sin que ello signifique prejuzgamiento y sin que las manifestaciones de las partes impliquen confesión. En esta etapa de la audiencia sólo se permitirá diálogo entre el juez y las partes, y entre estas y sus apoderados con el único fin de asesorarlos para proponer fórmulas de conciliación.

Si se llegare a un acuerdo total se dejará constancia de sus términos en el acta correspondiente y se declarará terminado el proceso. El acuerdo tendrá fuerza de cosa juzgada. Si el acuerdo fuese parcial se procederá en la misma forma en lo pertinente.

PARÁGRAFO 1º. Procedimiento para cuando fracase el intento de conciliación. Ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo total, el juez declarará terminada la etapa de conciliación y en la misma audiencia:

1. Decidirá las excepciones previas conforme a lo previsto en el artículo 32.
2. Adoptará las medidas que considere necesarias para evitar nulidades y sentencias inhibitorias.
3. Requerirá a las partes y a sus apoderados para que determinen los hechos en que estén de acuerdo y que fueren susceptibles de prueba de confesión, los cuales se declararán probados mediante auto en el cual desechará las pruebas pedidas que versen sobre los mismos hechos, así como las pretensiones y excepciones que queden excluidas como resultado de la conciliación parcial.

Igualmente, si lo considera necesario las requerirá para que allí mismo aclaren y precisen las pretensiones de la demanda y las excepciones de mérito.

4. A continuación el juez decretará las pruebas que fueren conducentes y necesarias, señalará día y hora para audiencia de trámite y juzgamiento, que habrá de celebrarse dentro de los tres (3) meses siguientes; extenderá las órdenes de comparendo que sean del caso, bajo los apremios legales, y tomará todas las medidas necesarias para la práctica de pruebas en la audiencia de trámite y juzgamiento; y respecto al dictamen pericial ordenará su traslado a las partes con antelación suficiente a la fecha de esta audiencia.

ARTÍCULO 12. El artículo 80 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social quedará así:

Artículo 80. Audiencia de trámite y juzgamiento en primera instancia. En el día y hora señalados el juez practicará las pruebas, dirigirá las interpelaciones o interrogaciones de las partes y oirá las alegaciones de estas. Los testigos serán interrogados separadamente, de modo que no se enteren del dicho de los demás. En el mismo acto dictará la sentencia correspondiente o podrá decretar un receso de una (1) hora para proferirla y se notificará en estrados.

ARTÍCULO 13. Modifícase el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 40 de la Ley 712 de 2001, que quedará así:

Artículo 82. Audiencia de trámite y fallo en segunda instancia. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

Cuando se trate de apelación de un auto o no haya pruebas que practicar, en la audiencia se oirán los alegatos de las partes y se resolverá el recurso.

ARTÍCULO 14. El artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, quedará así:

Artículo 69. Procedencia de la consulta. Además de estos recursos existirá un grado de jurisdicción denominado de "consulta".

Las sentencias de primera instancia, cuando fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario serán necesariamente consultadas con el respectivo Tribunal si no fueren apeladas.

También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante. En este último caso se informará al Ministerio del ramo respectivo y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la remisión del expediente al superior.

ARTÍCULO 15. Régimen de transición. Los procesos iniciados antes de la aplicación gradual de la presente ley se continuarán tramitando bajo el régimen procesal anterior.

Dentro del año siguiente contado a partir de la promulgación de la ley, el Consejo Superior de la Judicatura adoptará y pondrá en práctica medidas especiales, suficientes para descongestionar los despachos judiciales

laborales, en los procesos promovidos antes de la entrada en vigencia de la presente ley.

Dichas medidas deberán garantizar la descongestión de los despachos judiciales, en un término no mayor de dos años a partir de la promulgación de esta ley.

Quienes sean nombrados como jueces y magistrados, deberán ser especializados o expertos en derecho del trabajo o en seguridad social.

ARTÍCULO 16. ASIGNACIÓN DE RECURSOS. La implementación del sistema oral en la especialidad laboral se hará en forma gradual en un término no superior a cuatro (4) años, a partir del primero (1º) de enero de 2008. El Gobierno Nacional hará la asignación de recursos para la financiación de dicha implementación en cada vigencia.

ARTÍCULO 17. VIGENCIA Y DEROGATORIA. La presente ley entrará en vigencia con su promulgación y, su aplicación se efectuará de manera gradual de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 <sic, debe entenderse 15> de la presente ley; deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, especialmente el artículo 38, el numeral 1 del literal c) del artículo 41 modificado por el artículo 20 de la Ley 712 del 2001 y los artículos 81 y 85, modificado por el artículo 42 de la Ley 712 de 2001, del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

LEY 1010 DE 2006

(Enero 23)

Diario Oficial No. 46.160, de 23 de enero de 2006

CONGRESO DE COLOMBIA

Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo.

<Resumen de Notas de Vigencia>

EL CONGRESO DE COLOMBIA,

DECRETA:

ARTÍCULO 1º. OBJETO DE LA LEY Y BIENES PROTEGIDOS POR ELLA. La presente ley tiene por objeto definir, prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado y ofensivo y en general todo ultraje a la dignidad humana que se ejercen sobre quienes realizan sus actividades económicas en el contexto de una relación laboral privada o pública.

Son bienes jurídicos protegidos por la presente ley: el trabajo en condiciones dignas y justas, la libertad, la intimidad, la honra y la salud mental de los trabajadores, empleados, la armonía entre quienes comparten un mismo ambiente laboral y el buen ambiente en la empresa.

PARÁGRAFO: La presente ley no se aplicará en el ámbito de las relaciones civiles y/o comerciales derivadas de los contratos de prestación de servicios en los cuales no se presenta una relación de jerarquía o subordinación. Tampoco se aplica a la contratación administrativa.

ARTÍCULO 2º. DEFINICIÓN Y MODALIDADES DE ACOSO LABORAL. Para efectos de la presente ley se entenderá por acoso laboral toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo.

En el contexto del inciso primero de este artículo, el acoso laboral puede darse, entre otras, bajo las siguientes modalidades generales:

1. **Maltrato laboral.** Todo acto de violencia contra la integridad física o moral, la libertad física o sexual y los bienes de quien se desempeñe como empleado o trabajador; toda expresión verbal injuriosa o ultrajante que lesione la integridad moral o los derechos a la intimidad y al buen nombre de quienes participen en una relación de trabajo de tipo laboral o todo comportamiento tendiente a menoscabar la autoestima y la dignidad de quien participe en una relación de trabajo de tipo laboral.
2. **Persecución laboral:** toda conducta cuyas características de reiteración o evidente arbitrariedad permitan inferir el propósito de inducir la renuncia del empleado o trabajador, mediante la descalificación, la carga excesiva de trabajo y cambios permanentes de horario que puedan producir desmotivación laboral.
3. **Discriminación laboral:** todo trato diferenciado por razones de raza, género, origen familiar o nacional, credo religioso, preferencia política o situación social o que carezca de toda razonabilidad desde el punto de vista laboral.
4. **Entorpecimiento laboral:** toda acción tendiente a obstaculizar el cumplimiento de la labor o hacerla más gravosa o retardarla con perjuicio para el trabajador o empleado. Constituyen acciones de entorpecimiento laboral, entre otras, la privación, ocultación o inutilización de los insumos, documentos o instrumentos para la labor, la destrucción o pérdida de información, el ocultamiento de correspondencia o mensajes electrónicos.
5. **Inequidad laboral:** Asignación de funciones a menosprecio del trabajador.
6. **Desprotección laboral:** Toda conducta tendiente a poner en riesgo la integridad y la seguridad del trabajador mediante órdenes o asignación de funciones sin el cumplimiento de los requisitos mínimos de protección y seguridad para el trabajador.

ARTÍCULO 3º. *CONDUCTAS ATENUANTES.* Son conductas atenuantes del acoso laboral:

- a) Haber observado buena conducta anterior.
- b) Obrar en estado de emoción o pasión excusable, o temor intenso, o en estado de ira e intenso dolor.
- c) Procurar voluntariamente, después de realizada la conducta, disminuir o anular sus consecuencias.
- d) Reparar, discrecionalmente, el daño ocasionado, aunque no sea en forma total.

- e) Las condiciones de inferioridad síquicas determinadas por la edad o por circunstancias orgánicas que hayan influido en la realización de la conducta.
- f) Los vínculos familiares y afectivos.
- g) Cuando existe manifiesta o velada provocación o desafío por parte del superior, compañero o subalterno.
- h) Cualquier circunstancia de análoga significación a las anteriores.

PARÁGRAFO. El estado de emoción o pasión excusable, no se tendrá en cuenta en el caso de violencia contra la libertad sexual.

ARTÍCULO 4º. *CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES*. Son circunstancias agravantes:

- a) Reiteración de la conducta;
- b) Cuando exista concurrencia de causales;
- c) Realizar la conducta por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria,
- d) Mediante ocultamiento, o aprovechando las condiciones de tiempo, modo y lugar, que dificulten la defensa del ofendido, o la identificación del autor partícipe;
- e) Aumentar deliberada e inhumanamente el daño psíquico y biológico causado al sujeto pasivo;
- f) La posición predominante que el autor ocupe en la sociedad, por su cargo, rango económico, ilustración, poder, oficio o dignidad;
- g) Ejecutar la conducta valiéndose de un tercero o de un inimputable;
- h) Cuando en la conducta desplegada por el sujeto activo se causa un daño en la salud física o psíquica al sujeto pasivo.

ARTÍCULO 5º. *GRADUACIÓN*. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Disciplinario Unico, para la graduación de las faltas.

ARTÍCULO 6º. *SUJETOS Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY*. Pueden ser sujetos activos o autores del acoso laboral:

- La persona natural que se desempeñe como gerente, jefe, director, supervisor o cualquier otra posición de dirección y mando en una empresa u organización en la cual haya relaciones laborales regidas por el Código Sustantivo del Trabajo;
- La persona natural que se desempeñe como superior jerárquico o tenga la calidad de jefe de una dependencia estatal;
- La persona natural que se desempeñe como trabajador o empleado. Son sujetos pasivos o víctimas del acoso laboral;
- Los trabajadores o empleados vinculados a una relación laboral de trabajo en el sector privado;
- Los servidores públicos, tanto empleados públicos como trabajadores oficiales y servidores con régimen especial que se desempeñen en una dependencia pública;

Los jefes inmediatos cuando el acoso provenga de sus subalternos. Son sujetos partícipes del acoso laboral:

- La persona natural que como empleador promueva, induzca o favorezca el acoso laboral;
- La persona natural que omita cumplir los requerimientos o amonestaciones que se profieran por los Inspectores de Trabajo en los términos de la presente ley.

PARÁGRAFO: Las situaciones de acoso laboral que se corrigen y sancionan en la presente ley son sólo aquellas que ocurren en un ámbito de relaciones de dependencia o subordinación de carácter laboral.

ARTÍCULO 7º. *CONDUCTAS QUE CONSTITUYEN ACOSO LABORAL.* Se presumirá que hay acoso laboral si se acredita la ocurrencia repetida y pública de cualquiera de las siguientes conductas:

- a) Los actos de agresión física, independientemente de sus consecuencias;
- b) Las expresiones injuriosas o ultrajantes sobre la persona, con utilización de palabras soeces o con alusión a la raza, el género, el origen familiar o nacional, la preferencia política o el estatus social;

- c) Los comentarios hostiles y humillantes de descalificación profesional expresados en presencia de los compañeros de trabajo;
- d) Las injustificadas amenazas de despido expresadas en presencia de los compañeros de trabajo;
- e) Las múltiples denuncias disciplinarias de cualquiera de los sujetos activos del acoso, cuya temeridad quede demostrada por el resultado de los respectivos procesos disciplinarios;
- f) La descalificación humillante y en presencia de los compañeros de trabajo de las propuestas u opiniones de trabajo;
- g) las burlas sobre la apariencia física o la forma de vestir, formuladas en público;
- h) La alusión pública a hechos pertenecientes a la intimidad de la persona;
- i) La imposición de deberes ostensiblemente extraños a las obligaciones laborales, las exigencias abiertamente desproporcionadas sobre el cumplimiento de la labor encomendada y el brusco cambio del lugar de trabajo o de la labor contratada sin ningún fundamento objetivo referente a la necesidad técnica de la empresa;
- j) La exigencia de laborar en horarios excesivos respecto a la jornada laboral contratada o legalmente establecida, los cambios sorpresivos del turno laboral y la exigencia permanente de laborar en dominicales y días festivos sin ningún fundamento objetivo en las necesidades de la empresa, o en forma discriminatoria respecto a los demás trabajadores o empleados;
- k) El trato notoriamente discriminatorio respecto a los demás empleados en cuanto al otorgamiento de derechos y prerrogativas laborales y la imposición de deberes laborales;
- l) La negativa a suministrar materiales e información absolutamente indispensables para el cumplimiento de la labor;
- m) La negativa claramente injustificada a otorgar permisos, licencias por enfermedad, licencias ordinarias y vacaciones, cuando se dan las condiciones legales, reglamentarias o convencionales para pedirlos;
- n) El envío de anónimos, llamadas telefónicas y mensajes virtuales con contenido injurioso, ofensivo o intimidatorio o el sometimiento a una situación de aislamiento social.

En los demás casos no enumerados en este artículo, la autoridad competente valorará, según las circunstancias del caso y la gravedad de las conductas denunciadas, la ocurrencia del acoso laboral descrito en el artículo 2º.

Excepcionalmente un sólo acto hostil bastará para acreditar el acoso laboral. La autoridad competente apreciará tal circunstancia, según la gravedad de la conducta denunciada y su capacidad de ofender por sí sola la dignidad humana, la vida e integridad física, la libertad sexual y demás derechos fundamentales.

Cuan do las conductas descritas en este artículo tengan ocurrencias en privado, deberán ser demostradas por los medios de prueba reconocidos en la ley procesal civil.

ARTÍCULO 8º. *CONDUCTAS QUE NO CONSTITUYEN ACOSO LABORAL.* No constituyen acoso laboral bajo ninguna de sus modalidades:

- a) Las exigencias y órdenes, necesarias para mantener la disciplina en los cuerpos que componen las Fuerzas Pública conforme al principio constitucional de obediencia debida;
- b) Los actos destinados a ejercer la potestad disciplinaria que legalmente corresponde a los superiores jerárquicos sobre sus subalternos;
- c) La formulación de exigencias razonables de fidelidad laboral o lealtad empresarial e institucional;
- d) La formulación de circulares o memorandos de servicio encaminados a solicitar exigencias técnicas o mejorar la eficiencia laboral y la evaluación laboral de subalternos conforme a indicadores objetivos y generales de rendimiento;
- e) La solicitud de cumplir deberes extras de colaboración con la empresa o la institución, cuando sean necesarios para la continuidad del servicio o para solucionar situaciones difíciles en la operación de la empresa o la institución;
- f) Las actuaciones administrativas o gestiones encaminadas a dar por terminado el contrato de trabajo, con base en una causa legal o una justa causa, prevista en el Código Sustantivo del Trabajo o en la legislación sobre la función pública.
- g) La solicitud de cumplir los deberes de la persona y el ciudadano, de que trata el artículo 95 de la Constitución.
- h) La exigencia de cumplir las obligaciones o deberes de que tratan los artículos 55 á 57 del C.S.T, así como de no incurrir en las prohibiciones de que tratan los artículo 59 y 60 del mismo Código.

- i) Las exigencias de cumplir con las estipulaciones contenidas en los reglamentos y cláusulas de los contratos de trabajo.
- j) La exigencia de cumplir con las obligaciones, deberes y prohibiciones de que trata la legislación disciplinaria aplicable a los servidores públicos.

PARÁGRAFO. Las exigencias técnicas, los requerimientos de eficiencia y las peticiones de colaboración a que se refiere este artículo deberán ser justificados, fundados en criterios objetivos y no discriminatorios.

ARTÍCULO 9º. MEDIDAS PREVENTIVAS Y CORRECTIVAS DEL ACOSO LABORAL.

1. Los reglamentos de trabajo de las empresas e instituciones deberán prever mecanismos de prevención de las conductas de acoso laboral y establecer un procedimiento interno, confidencial, conciliatorio y efectivo para superar las que ocurran en el lugar de trabajo. Los comités de empresa de carácter bipartito, donde existan, podrán asumir funciones relacionados con acoso laboral en los reglamentos de trabajo.
2. La víctima del acoso laboral podrá poner en conocimiento del Inspector de Trabajo con competencia en el lugar de los hechos, de los Inspectores Municipales de Policía, de los Personeros Municipales o de la Defensoría del Pueblo, a prevención, la ocurrencia de una situación continuada y ostensible de acoso laboral. La denuncia deberá dirigirse por escrito en que se detallen los hechos denunciados y al que se anexa prueba sumaria de los mismos. La autoridad que reciba la denuncia en tales términos conminará preventivamente al empleador para que ponga en marcha los procedimientos confidenciales referidos en el numeral 1 de este artículo y programe actividades pedagógicas o terapias grupales de mejoramiento de las relaciones entre quienes comparten una relación laboral dentro de una empresa. Para adoptar esta medida se escuchará a la parte denunciada.
3. Quien se considere víctima de una conducta de acoso laboral bajo alguna de las modalidades descritas en el artículo 2º de la presente ley podrá solicitar la intervención de una institución de conciliación autorizada legalmente a fin de que amigablemente se supere la situación de acoso laboral.

PARÁGRAFO 1º. <Parágrafo corregido por el artículo 1 del Decreto 231 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Los empleadores deberán adaptar el reglamento de trabajo a los requerimientos de la presente ley, dentro de los tres (3) meses siguientes a su promulgación, y su incumplimiento será sancionado administrativamente por el Código Sustantivo del Trabajo. El empleador deberá abrir un escenario para escuchar las opiniones de los trabajadores en la adaptación de que trata este parágrafo, sin que tales opiniones sean obligatorias y sin que eliminen el poder de subordinación laboral.

<Notas de Vigencia>

PARÁGRAFO 2º. La omisión en la adopción de medidas preventivas y correctivas de la situación de acoso laboral por parte del empleador o jefes superiores de la administración, se entenderá como tolerancia de la misma.

PARÁGRAFO 3º. La denuncia a que se refiere el numeral 2 de este artículo podrá acompañarse de la solicitud de traslado a otra dependencia de la misma empresa, si existiera una opción clara en ese sentido, y será sugerida por la autoridad competente como medida correctiva cuando ello fuere posible.

ARTÍCULO 10. *TRATAMIENTO SANCIONATORIO AL ACOSO LABORAL.* El acoso laboral, cuando estuviere debidamente acreditado, se sancionará así:

1. Como falta disciplinaria gravísima en el Código Disciplinario Unico, cuando su autor sea un servidor público.
2. Como terminación del contrato de trabajo sin justa causa, cuando haya dado lugar a la renuncia o el abandono del trabajo por parte del trabajador regido por el Código Sustantivo del Trabajo. En tal caso procede la indemnización en los términos del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.
3. Con sanción de multa entre dos (2) y diez (10) salarios mínimos legales mensuales para la persona que lo realice y para el empleador que lo tolere.
4. Con la obligación de pagar a las Empresas Prestadoras de Salud y las Aseguradoras de riesgos profesionales el cincuenta por ciento (50%) del costo

- del tratamiento de enfermedades profesionales, alteraciones de salud y demás secuelas originadas en el acoso laboral. Esta obligación corre por cuenta del empleador que haya ocasionado el acoso laboral o lo haya tolerado, sin perjuicio a la atención oportuna y debida al trabajador afectado antes de que la autoridad competente dictamine si su enfermedad ha sido como consecuencia del acoso laboral, y sin perjuicio de las demás acciones consagradas en las normas de seguridad social para las entidades administradoras frente a los empleadores.
5. Con la presunción de justa causa de terminación del contrato de trabajo por parte del trabajador, particular y exoneración del pago de preaviso en caso de renuncia o retiro del trabajo.
 6. Como justa causa de terminación o no renovación del contrato de trabajo, según la gravedad de los hechos, cuando el acoso laboral sea ejercido por un compañero de trabajo o un subalterno.

PARÁGRAFO 1. Los dineros provenientes de las multas impuestas por acoso laboral se destinarán al presupuesto de la entidad pública cuya autoridad la imponga y podrá ser cobrada mediante la jurisdicción coactiva con la debida actualización de valor.

PARÁGRAFO 2. Durante la investigación disciplinaria o el juzgamiento por conductas constitutivas de acoso laboral, el funcionario que la esté adelantando podrá ordenar motivadamente la suspensión provisional del servidor público, en los términos del artículo 157 de la Ley 734 de 2002, siempre y cuando existan serios indicios de actitudes retaliatorias en contra de la posible víctima.

ARTÍCULO 11. *GARANTÍAS CONTRA ACTITUDES RETALIATORIAS.* A fin de evitar actos de represalia contra quienes han formulado peticiones, quejas y denuncias de acoso laboral o sirvan de testigos en tales procedimientos, establézcanse las siguientes garantías:

1. La terminación unilateral del contrato de trabajo o la destitución de la víctima del acoso laboral que haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios consagrados en la presente Ley, carecerán de

- todo efecto cuando se profieran dentro de los seis (6) meses siguientes a la petición o queja, siempre y cuando la autoridad administrativa, judicial o de control competente verifique la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento.
2. La formulación de denuncia de acoso laboral en una dependencia estatal, podrá provocar el ejercicio del poder preferente a favor del Ministerio Público. En tal caso, la competencia disciplinaria contra el denunciante sólo podrá ser ejercida por dicho órgano de control mientras se decida la acción laboral en la que se discuta tal situación. Esta garantía no operará cuando el denunciado sea un funcionario de la Rama Judicial.
 3. Las demás que le otorguen la Constitución, la ley y las convenciones colectivas de trabajo y los pactos colectivos.

Las anteriores garantías cobijarán también a quienes hayan servido como testigos en los procedimientos disciplinarios y administrativos de que trata la presente ley.

PARÁGRAFO. La garantía de que trata el numeral uno no regirá para los despidos autorizados por el Ministerio de la Protección Social conforme a las leyes, para las sanciones disciplinarias que imponga el Ministerio Público o las Salas Disciplinarias de los Consejos Superiores o Seccionales de la Judicatura, ni para las sanciones disciplinarias que se dicten como consecuencia de procesos iniciados antes de la denuncia o queja de acoso laboral.

ARTÍCULO 12. *COMPETENCIA*. Corresponde a los jueces de trabajo con jurisdicción en el lugar de los hechos adoptar las medidas sancionatorias que prevé el artículo 10 de la presente Ley, cuando las víctimas del acoso sean trabajadores o empleados particulares.

Cuando la víctima del acoso laboral sea un servidor público, la competencia para conocer de la falta disciplinaria corresponde al Ministerio Público o a las Salas Jurisdiccional Disciplinaria de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, conforme a las competencias que señala la ley.

ARTÍCULO 13. *PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO*. Para la imposición de las sanciones de que trata la presente Ley se seguirá el siguiente procedimiento:

Cuando la competencia para la sanción correspondiere al Ministerio Público se aplicará el procedimiento previsto en el Código Disciplinario único.

Cuando la sanción fuere de competencia de los Jueces del Trabajo se citará a audiencia, la cual tendrá lugar dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de la solicitud o queja. De la iniciación del procedimiento se notificará personalmente al acusado de acoso laboral y al empleador que lo haya tolerado, dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de la solicitud o queja. Las pruebas se practicarán antes de la audiencia o dentro de ella. La decisión se proferirá al finalizar la audiencia, a la cual solo podrán asistir las partes y los testigos o peritos. Contra la sentencia que ponga fin a esta actuación procederá el recurso de apelación, que se decidirá en los treinta (30) días siguientes a su interposición. En todo lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Procesal del Trabajo.

ARTÍCULO 14. *TEMERIDAD DE LA QUEJA DE ACOSO LABORAL*. Cuando, a juicio del Ministerio Público o del juez laboral competente, la queja de acoso laboral carezca de todo fundamento fáctico o razonable, se impondrá a quien la formuló una sanción de multa entre medio y tres salarios mínimos legales mensuales, los cuales se descontarán sucesivamente de la remuneración que el quejoso devengue, durante los seis (6) meses siguientes a su imposición.

Igual sanción se impondrá a quien formule más de una denuncia o queja de acoso laboral con base en los mismos hechos.

Los dineros recaudados por tales multas se destinarán a la entidad pública a que pertenece la autoridad que la impuso.

ARTÍCULO 15. *LLAMAMIENTO EN GARANTÍA*. En los procesos relativos a nulidad y restablecimiento del derecho en los cuales se discutan vicios de legalidad de falsa motivación o desviación de poder, basados en hechos que pudieran ser constitutivos de acoso laboral, la parte demandada podrá, en el término de fijación en lista, llamar en garantía al autor de la conducta de acoso.

ARTÍCULO 16. *SUSPENSIÓN DE LA EVALUACIÓN Y CALIFICACIÓN DEL DESEMPEÑO LABORAL*. Previo dictamen de la entidad promotora de salud EPS a la cual está afiliado el sujeto pasivo del acoso laboral, se suspenderá la evaluación del desempeño por el tiempo que determine el dictamen médico.

ARTÍCULO 17. *SUJETOS PROCESALES*. Podrán intervenir en la actuación disciplinaria que se adelante por acoso laboral, el investigado y su defensor, el sujeto pasivo o su representante, el Ministerio Público, cuando la actuación se adelante en el Consejo Superior o Seccional de la Judicatura o en el Congreso de la República contra los funcionarios a que se refiere el artículo 174 de la Constitución Nacional.

ARTÍCULO 18. *CADUCIDAD*. Las acciones derivadas del acoso laboral caducarán seis (6) meses después de la fecha en que hayan ocurrido las conductas a que hace referencia esta ley.

ARTÍCULO 19. *VIGENCIA Y DEROGATORIA*. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga o modifica todas las que le sean contrarias o incompatibles.

ACUERDO No. PSAA08-4437 DE 2008

(Enero 9)

"Por el cual se adoptan medidas preventivas y correctivas del acoso laboral, se establece el procedimiento conciliatorio interno en la Rama Judicial y se adiciona el artículo 3ª del Acuerdo 268 de 1996".

LA SALA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las conferidas por los numerales 16, 23 y 30 de artículo 85 de la Ley 270 de 1996, por el artículo 9º de la Ley 1010 de 2006 y de conformidad con lo aprobado en la sesión de la Sala Administrativa del 19 de diciembre de 2007.

CONSIDERANDO

Que la Ley 1010 de 2006, adoptó medidas tendientes a prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo, buscando la protección de bienes jurídicos tales como el trabajo en condiciones dignas y justas, la libertad, la intimidad, la honra y la salud mental de los trabajadores, la armonía entre quienes comparten un mismo ambiente laboral y el buen ambiente de la empresa.

Que de conformidad con el artículo 9 de la Ley 1010 de 2006 y los lineamientos trazados por la Corte Constitucional a través de la sentencia C. 282 de 2007, la rama judicial debe adoptar mecanismos de prevención de las conductas de acoso laboral y fijar un procedimiento interno confidencial que permita superar los caso de acoso que se presenten en la comunidad judicial.

Que con arreglo a los numerales 16,23 y 30 del artículo 85 de la Ley 270 de 1996, corresponde a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura dictar los

reglamentos sobre seguridad y bienestar social de los servidores judiciales al tenor de leyes existentes, elaborar y desarrollar el plan de formación, capacitación y adiestramiento de los servidores judiciales y cumplir las demás obligaciones que le señale la ley.

Que el artículo 3 del Decreto 1295 de 1994, impone a los empleadores extender las medidas de prevención en riesgos profesionales a los contratistas y subcontratistas.

Por lo anterior, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura,

ACUERDA

CAPITULO I

Disposiciones generales

Artículo 1°. Campo de aplicación. Las disposiciones del presente Acuerdo rigen respecto de los servidores públicos de la Rama Judicial, quienes pueden ser sujetos pasivos o activos de acoso laboral, sin interesar su nivel o grado, sus ingresos, o la forma de provisión del cargo.

Artículo 2°. Objeto. Mediante éste reglamento y en desarrollo de la ley 1010 de 2006 se establecen formalmente en la Rama Judicial, mecanismos de prevención del acoso laboral y un procedimiento conciliatorio interno para solucionar los conflictos causados por conductas relacionadas con él.

Artículo 3°. Definición de acoso laboral. De conformidad con el artículo 2° de la Ley 1010 de enero 23 de 2006, se entiende por acoso laboral toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado o trabajador, por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo.

Igualmente, para efectos de aplicar las disposiciones contenidas en el presente Acuerdo, se tendrán como modalidades y conductas que constituyen acoso laboral, las previstas en los artículos 2 y 7 de la Ley 1010 de 2006 y se excluirán del concepto de acoso laboral, las previstas en el artículo 8 de la norma ibídem.

CAPITULO II

Mecanismos de prevención

Artículo 4°. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1010 de enero 23 de 2006, se establecen los siguientes mecanismos de prevención de las conductas de acoso laboral:

1. CAPACITACION

La Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" contemplará dentro del Plan Nacional Anual de Capacitación para los empleados y funcionarios de la Rama Judicial, módulos encaminados a la divulgación de la Ley 1010 de 2006 y la problemática que regula, particularmente en relación con las conductas que constituyan acoso laboral, las circunstancias agravantes, las conductas atenuantes y el tratamiento sancionatorio, entre otros aspectos relacionados.

Para efectos de la elaboración del referido acápite del plan, la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" consultará, en lo pertinente, al Comité Nacional Paritario de Salud Ocupacional.

2. SIBILIZACION

Con el apoyo de la Administradora de Riesgos Profesionales, se efectuarán programas de sensibilización dirigidos a fortalecer las actividades de

prevención, promoción y educación que permitan la detección e intervención efectiva de la problemática originada por el acoso laboral dentro del contexto del riesgo psicosocial.

PARÁGRAFO En cumplimiento del artículo 3 del Decreto 1295 de 1994, las disposiciones contenidas en el presente capítulo se extenderán a los contratistas y subcontratistas al servicio de la Rama Judicial, en especial al personal de servicios generales y vigilancia.

CAPITULO III

Comités de conciliación para la resolución de conflictos de acoso laboral

Artículo 5°. Conformación de los comités de acoso laboral. De conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 9 de la Ley 1010 de 2006, los 23 Comités Seccionales Paritarios de Salud Ocupacional, creados para la Rama Judicial a través del Acuerdo 268 de octubre 15 del 1996, funcionaran adicionalmente, como comités de conciliación para la resolución de conflictos de acoso laboral en el ámbito de su jurisdicción, y, en este sentido, asumirán las siguientes funciones:

- a) Promover el desarrollo efectivo de los mecanismos de prevención.
- b) Conocer mediante el procedimiento establecido en el Capítulo IV del presente acuerdo, de los casos de acoso que le sean reportados.
- c) Proponer la relación de acciones terapéuticas aplicables al grupo o a las personas afectadas tendientes a superar la situación de conflicto y/o al mejoramiento del clima laboral.
- d) Realizar seguimiento a la evolución los casos sometidos a su consideración
- e) Dar traslado de lo actuado a la autoridad disciplinaria competente en caso de que no se logre acuerdo entre las partes, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 1010 del 23 de enero de 2006.

PARAGRAFO I: En las Altas Cortes (Consejo de Estado, Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia) el comité se conformará por los

representantes elegidos para integrar el Comité Paritario de Salud Ocupacional de Altas Cortes.

PARAGRAFO II: Para el caso del Consejo Superior de la Judicatura y la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, el comité estará conformado por el representante de los empleados ante el Comité Paritario de Salud Ocupacional Nacional que haya obtenido la mayor votación en la elección de dicho Copaso y un representante designado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

PARAGRAFO III: Cuando resulte involucrado como sujeto activo de acoso laboral un Magistrado de Alta Corte, la Sala de Gobierno de la respectiva corporación actuará como comité para los efectos de este Acuerdo.

PARAGRAFO IV: Los impedimentos de los integrantes del comité serán conocidos y resueltos por los demás integrantes del mismo, quienes designarán el reemplazo, de ser ello indispensable.

CAPITULO IV

Procedimiento conciliatorio interno

Artículo 6°. Procedimiento conciliatorio interno. El procedimiento conciliatorio interno como mecanismo correctivo de las situaciones de acoso laboral será confidencial, reservado, amigable, basado en el diálogo y el respeto mutuo en procura de superar dichas conductas.

- a. El procedimiento se genera una vez enterado el comité de los hechos, bien sea por conducto del afectado o por otra fuente idónea, como las autoridades públicas o terceros informantes.
- b. Establecida la verosimilitud de los hechos, la oportunidad y la conveniencia de iniciar el trámite conciliatorio, el Comité convocará a los sujetos involucrados a la mayor brevedad posible, y en sesión ordinaria o

- extraordinaria, según la urgencia del caso, los escuchará por separado o conjuntamente, según sea conveniente.
- c. Si hay circunstancias que razonablemente impidan el desplazamiento de los involucrados, el comité evaluará las estrategias que se deben adoptar para intervenir la situación de acoso.
 - d. Si los interesados o involucrados concurren, dentro de un ambiente de cordialidad y respeto, el Comité planteará formulas de solución y los invitará a que ellos mismos propongan acciones y establezcan mecanismos encaminados a superar las situaciones expuestas.
 - e. En el evento de conseguirse un Acuerdo, se suscribirá un acta de conciliación, en donde se consignen los compromisos que cada uno asuma y las acciones correctivas, además de las recomendaciones del Comité.
 - f. Si no hay ánimo conciliatorio quedará constancia de ello en el acta y tanto las partes como el Comité quedarán en libertad para solicitar la intervención de la autoridad disciplinaria competente.

La inasistencia de las partes hará presumir su falta de ánimo conciliatorio y se procederá conforme a lo previsto en el punto anterior. Sin perjuicio de que si el Comité lo estima pertinente o por existir excusas justificadas, se convoque a los interesados a una nueva sesión.

Artículo 7°. La Unidad Auditora de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura practicará evaluaciones periódicas sobre el cumplimiento del presente Acuerdo y rendirá trimestralmente ante esta corporación informes actualizados.

Artículo 8°. El presente Acuerdo rige a partir de la fecha de su publicación y modificará el artículo 3 del Acuerdo 268 de 1996, en el sentido de incluir dentro de las funciones de los comités paritarios de salud ocupacional, las señaladas en el presente Acuerdo.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dado en Bogotá, D. C., a los nueve (9) días del mes de enero del año dos mil ocho (2008).

LEY 1210 DE 2008

(julio 14)

Diario Oficial No. 47.050 de 14 de julio de 2008

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por la cual se modifican parcialmente los artículos 448 numeral 4 y 451 del Código Sustantivo del Trabajo y 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y se crea el artículo 129^a del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y se dictan otras disposiciones.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 1º. Modifíquese el numeral 4 del artículo 448 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así:

Funciones de las autoridades.

4. Cuando una huelga se prolongue por sesenta (60) días calendario, sin que las partes encuentren fórmula de solución al conflicto que dio origen a la misma, el empleador y los trabajadores durante los tres (3) días hábiles siguientes, podrán convenir cualquier mecanismo de composición, conciliación o arbitraje para poner término a las diferencias.

Si en este lapso las partes no pudieren convenir un arreglo o establecer un mecanismo alternativo de composición para la solución del conflicto que les distancia, de oficio o a petición de parte, intervendrá una subcomisión de la Comisión de Concertación de Políticas Salariales y Laborales, al tenor de lo dispuesto en el artículo 9º de la Ley 278 de 1996.

<Texto subrayado fuera del texto original, en relación con el mismo ver las Notas del Editor en que se destaca el condicionamiento de exequibilidad de la modificación introducida por el Numeral 4º. del Artículo 63 de la Ley 50 de 1990> Esta subcomisión ejercerá sus buenos oficios durante un término máximo de cinco (5) días hábiles contados a partir del día hábil siguiente al vencimiento del término de los tres (3) días hábiles de que trate este artículo. Dicho término será perentorio y correrá aún cuando la comisión no intervenga. Si vencidos los cinco (5) días hábiles no es posible llegar a una solución definitiva, ambas partes solicitarán al Ministerio de la Protección Social la convocatoria del tribunal de arbitramento. Efectuada la convocatoria del Tribunal de Arbitramento los trabajadores tendrán la obligación de reanudar el trabajo dentro de un término máximo de tres (3) días hábiles. Sin perjuicio de lo anterior la comisión permanente de concertación de políticas salariales y laborales, podrá ejercer la función indicada en el artículo 9º de la Ley 278 de 1996.

PARÁGRAFO 1º. La Comisión Nacional de Concertación de Políticas Laborales y Salariales designará tres (3) de sus miembros (uno del Gobierno,

uno de los trabajadores y uno de los empleadores) quienes integrarán la subcomisión encargada de intervenir para facilitar la solución de los conflictos laborales. La labor de estas personas será ad honorem.

PARÁGRAFO 2º. Si una huelga, en razón de su naturaleza o magnitud, afecta de manera grave la salud, la seguridad, el orden público o la economía en todo o en parte de la población, el Presidente de la República, previo concepto favorable de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, puede ordenar en cualquier momento la cesación de la huelga y que los diferendos que la provocaron sean sometidos a fallo arbitral.

En caso de vacancia judicial, el concepto previo corresponde al Procurador General de la Nación. En ambas circunstancias, el concepto debe ser expedido dentro de los tres (3) días siguientes a la solicitud.

ARTÍCULO 2º. Modifíquese el artículo 451 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así:

Declaratoria de ilegalidad

1. La legalidad o ilegalidad de una suspensión o paro colectivo del trabajo será declarada judicialmente mediante trámite preferente. En primera instancia, conocerá la Sala Laboral del Tribunal Superior competente. Contra la decisión procederá el recurso de apelación que se concederá en el efecto suspensivo y se tramitará ante la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. La providencia respectiva deberá cumplirse una vez quede ejecutoriada.
2. La reanudación de actividades no será óbice para que el Tribunal profiera la declaratoria de la legalidad o ilegalidad correspondiente.
3. En la calificación de suspensión o paro colectivo de trabajo por las causales c) y d) del artículo anterior, no se toman en cuenta las irregularidades adjetivas de trámite en que se haya podido incurrir.

ARTÍCULO 3º. Adiciónese el numeral 10 al artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. El cual quedará así: Competencia general. La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: (...)

10. La calificación de la suspensión o paro colectivo del trabajo.

ARTÍCULO 4º. Créase el artículo 129ª del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social:

1. Procedimiento especial: Calificación de la suspensión o paro colectivo del trabajo. A través de procedimiento especial, la Sala Laboral del Tribunal del Distrito Judicial competente conocerá, en primera instancia, sobre la calificación de la suspensión o paro colectivo del trabajo, a solicitud de parte o del Ministerio de la Protección Social.
2. Competencia: Es competente para conocer, la Sala Laboral del Tribunal Superior en cuya jurisdicción territorial se haya producido la suspensión o paro colectivo del trabajo. Si por razón de las distintas zonas afectadas por ella fueren varios los Tribunales competentes, el primero que avoque el conocimiento del asunto prevendrá e impedirá a los demás conocer del mismo.
3. Demanda: La demanda tendiente a obtener la calificación de la suspensión o paro colectivo del trabajo deberá contener, además de lo previsto en el artículo 25 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la causal invocada, la justificación y una relación pormenorizada de las pruebas que la demuestren, las cuales no podrán ser aportadas en otra oportunidad procesal. Esta podrá ser presentada por una de las partes o por el Ministerio de la Protección Social.

El acta de constatación de cese de actividades que levantará el Inspector de Trabajo, debe ser adjuntada con la demanda, sin perjuicio de los demás medios de prueba.

4. Traslado y audiencia: Admitida la demanda, el Tribunal en auto que se notificará personalmente y que dictará dentro del día hábil (1) siguiente citará a las partes para audiencia.

Esta tendrá lugar el tercer (3er) día hábil siguiente a la notificación y en ella se contestará la demanda. Acto seguido, se adelantará la audiencia pública para el saneamiento del proceso, decisión de excepciones previas, la fijación del litigio, el decreto y la práctica de las pruebas, se dará traslado a las partes, para el ejercicio del derecho de contradicción, para que oralmente expongan sus razones, las cuales versarán sobre las pruebas admitidas. Si la Sala estimare necesario otra u otras pruebas para su decisión, las ordenará y practicará sin demora alguna y pronunciará el correspondiente fallo, que se notificará en estrados contra el cual procederá el recurso de apelación en el efecto suspensivo, que se interpondrá y sustentará, en el acto de notificación; interpuesto el recurso la Sala lo concederá o denegará inmediatamente.

Contra la Providencia que niegue la apelación procederá el recurso de queja que se tramitará de conformidad con lo dispuesto en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

La decisión del recurso de apelación se hará a más tardar dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que el proceso entre al despacho del magistrado ponente.

5. Término de calificación: En todo caso, la decisión sobre la legalidad o ilegalidad de una suspensión o paro colectivo del trabajo deberá pronunciarse, a más tardar dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, contados a partir de la recepción de la demanda.
6. Prevenciones a las partes: La providencia en que se declare la legalidad o la ilegalidad de una suspensión o paro colectivo de trabajo deberá contener, además, las prevenciones del caso para las partes en conflicto y se hará conocer al Ministerio de la Protección Social.
7. Calificación en época de vacancia judicial: Durante la vacancia judicial se acudirá a la Sala Administrativa del Consejo Seccional o Superior de la Judicatura, según el caso, para que designe al funcionario competente para cada instancia.

PARÁGRAFO 1º. Los procesos de calificación de la suspensión o paro colectivo del trabajo que conozca el Ministerio de la Protección Social, antes de la vigencia de la presente ley, continuarán hasta su culminación en sede gubernativa.

PARÁGRAFO 2º. Cuando para el conocimiento del proceso de calificación de legalidad o ilegalidad de una suspensión o paro colectivo del trabajo, exista conflicto de intereses; el magistrado se declarará impedido y esta situación, al igual que la recusación, se resolverá de conformidad con las normas procesales previstas en la ley.

ARTÍCULO 5º. En concordancia con el literal h) del artículo 2º de la Ley 278 de 1996, la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales, dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia de esta ley, presentará un informe al Gobierno Nacional respecto de la preparación que haya efectuado de proyectos de ley relacionados con las materias a que hacen referencia los artículos 39, 55 y 56 de la Constitución Política.

ARTÍCULO 6º. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. La presente ley deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, y rige a partir de la fecha de su publicación.



Plan de Formación de la Rama Judicial
Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"