



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 II**



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 II**

**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



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 PROESAL EN EL RÉGIMEN DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
TOMO II**

**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

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2011

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 11 No 9^a -24 piso 4

www.ramajudicial.gov.co

Primera edición: junio de 2011

Con un tiraje de 3000 ejemplares

Asesoría Pedagógica y Metodológica: Carmen Lucía Gordillo Guerrero

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 recorrido 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

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



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 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:

Etapa 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.

Etapa 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 intervenientes 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**.



TABLA DE CONTENIDO

UNIDAD I ACTUACIONES PROCESALES

OBJETIVOS ESPECIFICOS OBJETIVOS GENERALES

INTRODUCCIÓN

DOCTRINA

LECTURA V - IMPORTANCIA PRÁCTICA DE LA ACCIÓN EN EL SISTEMA DEL PROCESO

LECTURA VI – BILATERALIDAD DE LA ACCIÓN. LA EXCEPCIÓN

LECTURA VII - 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

COMENTARIOS

DECISIONES JUDICIALES

CASO N° 4 – EXCEPCIONES PRESCRIPCION

AUTOEVALUACIÓN

DECISIONES JUDICIALES

ENSAYO: AUTONOMÍA O ANALOGÍA EN LOS PROCESOS LABORALES: ACTOS DE COMUNICACIÓN. FABIAN VALLEJO CABRERA



CASO N° 5 - NOTIFICACIONES
AUOEVALUACIÓN
COMENTARIO
DECISIONES JUDICIALES

DOCTRINA

LECTURA VIII – NOCIÓN DEL PROCESO: LEGALIDAD O LIBERTAD DE LAS FORMAS PROCESALES

LECTURA IX - EL PROCEDIMIENTO COMO SUCESIÓN DE ACTOS; FASES DEL PROCEDIMIENTO Y POSICIÓN DE LA PROVIDENCIA JURISDICCIONAL

LECTURA X - CARACTERES TÍPICOS DEL PROCEDIMIENTO: ESCRITURA Y ORALIDAD; MEDIACION E INMEDIACION; CONCENTRACION Y FRACCIONAMIENTO; PUBLICIDAD Y SECRETO; PRECLUSION Y ELASTICIDAD.

ENSAYO: APROXIMACIONES A LOS BONOS PENSIONALES DESDE LA OPTICA PROCESAL. DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CASO N° 6 EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN EN BONOS PENSIONALES. ES VIABLE SU CONCILIACION? INTERVENCION DE TERCEROS CUANDO SE RECLAMAN BONOS PENSIONALES

AUOEVALUACIÓN
DECISIONES JUDICIALES

CASO N° 7 – EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN TERMINOS EN CESANTIA REGIMEN LEY 50/90

AUOEVALUACIÓN
DECISIONES JUDICIALES

CASO N° 8 - AUDIENCIA OBLIGATORIA DE CONCILIACIÓN
AUOEVALUACIÓN
DECISIONES JUDICIALES

DOCTRINA

LECTURA XI - RELACIÓN PROCESAL Y ACCIÓN: LOS LLAMADOS "PRESUPUESTOS PROCESALES"



CASO N° 9 – PRESUPUESTOS PROCESALES DEMANDA PROVENIENTE DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
AUOEVALUACIÓN
DECISIONES JUDICIALES

CASO N° 10 – AUSENCIA DE PRESUPUESTOS PROCESALES
AUOEVALUACIÓN
DECISIONES JUDICIALES

CASO N° 11 – PRESUPUESTOS PROCESALES. AGOTAMIENTO DE LA VIA GUBERNATIVA
AUOEVALUACIÓN
DECISIONES JUDICIALES

ENSAYO: LA PROTECCIÓN DEL DEBIDO PROCESO EN LA CASACIÓN LABORAL
JOSE ROBERTO HERREDA VERGARA

EJECUCION LABORAL.

INTRODUCCION
DOCTRINA
LECTURA XII - LA EJECUCION FORZADA
ENSAYO: APRECIACIONES SOBRE LA EJECUCIÓN DE CONDENAS CONTRA LAS ENTIDADES DESCRIPTAS EN EL ART. 177 DEL C. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CASO N° 12 – EJECUCIONES Y EMBARGOS. TERMINOS ART. 177 DE C.C.A.
INEMBARGABILIDAD ART. 134 NUM 2 LEY 100 DE 1993
AUOEVALUACION
DECISIONES JUDICIALES

CASO N° 13 – OBLIGACIÓN CLARA, EXPRESA Y EXIGIBLE PARA LIBRAR
MANDAMIENTO DE PAGO
AUOEVALUACIÓN
DECISIONES JUDICIALES

CASO N° 14 – EXCEPCIONES DE OFICIO EN EL EJECUTIVO LABORAL
AUOEVALUACIÓN
DECISIONES JUDICIALES



CASO N° 15 – PRIMERAS COPIAS PARA LIBRAR MANDAMIENTO DE PAGO..

AUTOEVALUACIÓN

DECISIONES JUDICIALES

CASO N° 16 – EXCEPCIÓN DE NULIDAD EN EL PROCESO EJECUTIVO

AUTOEVALUACIÓN

DECISIONES JUDICIALES

CASO N° 17 – OBLIGACIÓN DE HACER, SUPRESIÓN DE CARGO

AUTOEVALUACIÓN

DECISIONES JUDICIALES

CASO N° 18 – EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA A CUÁL JUEZ LE CORRESPONDE.

NOTIFICACIÓN EN EJECUTIVOS SEGUIDOS AL ORDINARIO. APLICA ART. 108 C.P.L. ó 335 C.P.C.

AUTOEVALUACIÓN

DECISIONES JUDICIALES

CASO N° 19 - NOTIFICACIONES POR ESTRADO EN PROCESO EJECUTIVO LABORAL.
TUTELAS CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES.....

AUTOEVALUACIÓN

DECISIONES JUDICIALES

CASO N° 20 - PROVIDENCIA QUE DECIDE EN EL FONDO LAS EXCEPCIONES EN EL EJECUTIVO LABORAL, NO ADMITE CASACION

AUTOEVALUACIÓN

DECISIONES JUDICIALES

CASO N° 21 – TÉRMINO PARA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL PROCESO EJECUTIVO

AUTOEVALUACIÓN

DECISIONES JUDICIALES

CASO N° 22 – SOLIDARIDAD DEL ART. 36 DEL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO EN EL PROCESO EJECUTIVO LABORAL. EJECUCIÓN PARA COBRO DE APORTES, COTIZACIONES



AUTOEVALUACIÓN DECISIONES JUDICIALES

CASO N° 23 – LOS TÉRMINOS DE PRESCRIPCIÓN EN EL PROCESO EJECUTIVO LABORAL

AUTOEVALUACIÓN DECISIONES JUDICIALES

CASO N° 24 – RECURSO DE APELACIÓN - CONSONANCIA

AUTOEVALUACIÓN DECISIONES JUDICIALES

CASO N° 25 – RECURSO DE APELACIÓN. SUSTENTACIÓN. GRADO JURISDICCIONAL: CONSULTA

AUTOEVALUACIÓN DECISIONES JUDICIALES

CASO N° 26 – FUERO SINDICAL. CONCILIACIÓN. NOTIFICACION AL SINDICATO

AUTOEVALUACIÓN DECISIONES JUDICIALES

CASO N° 27 – 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

AUTOEVALUACIÓN DECISIONES JUDICIALES

CASO N° 28 – FUERO SINDICAL DE EMPLEADOS PÚBLICOS

AUTOEVALUACIÓN DECISIONES JUDICIALES

CASO N° 29 – 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



AUTOEVALUACIÓN DECISIONES JUDICIALES

CASO N° 30 – SUMARIO – FUERO SINDICAL. CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA
AUTOEVALUACIÓN
DECISIONES JUDICIALES

INTRODUCCIÓN

BIBLIOGRAFÍA



UNIDAD II

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.



DOCTRINA

LECTURA V.

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 CHIOVENDA², 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 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 trasmítidos 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*}.

² Véase especialmente L'azione nel sistema del diritti, cit.

^{5*} (Instituciones de Derecho Procesal Civil, Editorial Leyer, Colección Clásica del Derecho, Octubre de 2005).-



LECTURA VI.

BILATERALIDAD DE LA ACCIÓN, LA EXCEPCIÓN

*Piero Calamandrei.**

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 sujetado (*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 de 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 "excepciona" la prescripción: "el juez no puede suplir de oficio a la prescripción no opuesta" (art. 2938 C.C.).

¹ REDEOTI, *Praefli*, págs. 107,108.



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*}.

LECTURA VII.

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

² CHIOVENDA, *Instituzioni*, 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).-



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 contraria, 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 conservarle; 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*}.

^{7*} (Tradado de las Pruebas Judiciales Valleta Ediciones, 2002).-



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 párrafos 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.



DECISIONES JUDICIALES

1.1. 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

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C.
SALA LABORAL
(RAD. 12 2005 01090 01)**

(...)

Decide la Sala el recurso de Apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra el auto proferido por el Juzgado (...) Laboral del Circuito de esta ciudad, de fecha veintiuno (21) de junio de 2006 visible a folio 376, por medio del cual da por no contestada la demanda teniendo en cuenta que la accionada no subsanó dicha contestación, argumentando al respecto el impugnante que el derecho de defensa es uno de los derechos fundamentales contemplados por la constitución de 1.991, por lo que no encuentra ajustado a derecho que, por vía de aplicación de disposición legal, se limite el derecho a la defensa, quitando validez y eficacia al ejercicio adelantado legalmente frente a la sumatoria de hechos y pretensiones solo por encontrar falencias respecto de dos hechos que no pueden afectar de ninguna manera, la integridad y validez de la defensa ejercida, finalmente expone que de acuerdo a lo contemplado por el Artículo 31 Numeral 3º del C.P.L., se debe tener por contestada la demanda en todo lo que no fue objeto de rechazo por parte del juzgado.

Para resolver se hacen las siguientes



CONSIDERACIONES

Asume la Sala el conocimiento del presente ordinario, en virtud de la impugnación presentada por el apoderado judicial de CAPRECOM contra el auto que dispuso dar por no contestada la demanda (Fl. 376).

Al tema, revisada la actuación procesal, se evidencia que el A-quo dispuso se subsanara la demanda por cuanto los hechos 22 y 23 estaban mal contestados, (Fl. 374), aspecto que incluso el apelante no discute, mencionando que por motivos ajenos a su voluntad no pudo subsanarlos (Fl. 377).

Alega el recurrente que debe prevalecer el derecho sustancial a efectos de proteger el derecho de defensa de su defendida, mas cuando solo son dos hechos los que presentan las falencias dispuestas por el juzgado.

Al tema, cabe observar que en el auto en donde se le indicaron las falencias al demandado, se dispuso, otorgar un término de cinco (05) días para que la subsanare, "so pena de darla por no contestada", como en efecto lo dispuso en el auto atacado (Fl. 376).

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. (...)



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

2.1. 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 6º DEL ART. 31 DEL C.P.L.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL
(RAD. 15 2006 00660 01)**

(...)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la señora MARÍA JOSEFA SARRIA DE MONCADA contra el auto proferido por el Juzgado (...) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha dieciocho (18) de enero de 2007, visible a folio 46 del informativo, por medio del cual el Juzgado dio por no contestada la demanda ya que no fue subsanada dentro del término legal por la parte pasiva, como se ordenó en auto del 21 de noviembre de 2006 para que se sustentaran las excepciones propuestas según lo dispuesto por el artículo 31 del Código de Procedimiento del Trabajo. Considera el recurrente, no observó el despacho que al exponer los hechos y las razones de la defensa, claramente se expresó que a la demandante se le pagaron todas las prestaciones sociales y salarios causados, lo cual es un expreso pronunciamiento y fundamento de la excepción de pago. En cuanto a la excepción de la inexistencia de la obligación, se explicó que debido a que la demandante no se presentó a reclamar sus prestaciones sociales, se le consignaron en el Juzgado Cuarto Laboral, siendo un expreso pronunciamiento de la excepción de inexistencia de la obligación, sustentada con los recibos de pago y la consignación efectuada. Por último, respecto a la excepción de prescripción, si bien considera que no requiere pronunciamiento expreso por cuanto se da con el transcurso del tiempo y para el caso no tendría efectos, renuncia a esta excepción. Por las razones anteriores pide se revoque y en su lugar se de por contestada la demanda.



CONSIDERACIONES

Asume la sala el conocimiento de las presentes diligencias en virtud del recurso de apelación presentado por la accionada, referido al auto que tuvo por no contestada la demanda (fl. 46), toda vez que no se respetó las exigencias del artículo 31 del Código de Procedimiento Laboral, al no sustentar las excepciones.

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..."

(...)



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

3.1. NO EN TODOS LOS CASOS, A PESAR DE PROPONERSE COMO PREVIA, LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA, DEBE RESOLVERSE CON ESE CARÁCTER

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL
(RAD. 19 2006 00121 01)**

(...)

Decide la Sala el recurso de Apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra el auto proferido por el Juzgado (...) Laboral del Circuito de esta ciudad, de fecha 3 de noviembre del año 2006, visible a folios 164 a168 del informativo, mediante la cual declara probada la excepción previa de cosa juzgada.

Decisión recurrida por la parte actora, en su escrito visible a folios 169 a 173, manifestando que dentro de las pretensiones se solicita de manera principal la nulidad de las actas de conciliación por vulnerar derechos ciertos e indiscutibles de los trabajadores, así como por vicios del consentimiento; trayendo a colación fallos de ésta Corporación, afirma que no se está ocultando ni negando las conciliaciones celebradas entre las partes, aduciendo que se impetró la presente acción con base a la sentencia de tutela 896 de 2004, puesto que quedó demostrado en las actas de conciliación se vulneraron derechos ciertos e indiscutibles del trabajador al no reconocerle ni pagarle los salarios ni prestaciones sociales comprendidas entre el 15 de abril de 2003 a la fecha de celebración de dichas conciliaciones.

Manifestando en relación con la excepción de prescripción propuesta, no estudiada por el a quo, que no está llamada a prosperar.

Para resolver se hacen las siguientes,



CONSIDERACIONES

Asume la Sala el conocimiento de este ordinario, 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 (fl. 8), 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 las resultas 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. PRESCRIPCION

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

4.1. MOMENTOS Y EXIGENCIAS PROCESALES PARA RESOLVER COMO PREVIA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C.
SALA LABORAL
(RAD. 04 2006 00045 01)**

(...)

Decide la Sala el recurso de Apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada **BANESTADO**, contra el auto proferido por el Juzgado (...) Laboral del Circuito de esta ciudad, de fecha treinta (30) de enero de 2.006 visible a folio 42 del plenario, por medio del cual declaró no probada la excepción de prescripción propuesta en la contestación de demanda, al considerar que la relación laboral finalizó el 29 de abril de 2.002, el 30 de julio de 2.003 mediante reclamación presentada ante la demandada por la parte actora se suspendió el término de prescripción y la presente demanda inició el 11 de febrero de 2.004. Al respecto, manifiesta el impugnante que el contrato de trabajo suscrito con la demandante finalizó el 30 de julio de 2.000 y la reclamación efectuada por la actora tuvo lugar el día 31 de julio de 2.003, fecha en la cual ya se encontraba prescrito el término consagrado en el Artículo 488 del C. S. del T.

Para resolver se hacen las siguientes

CONSIDERACIONES

Asume la sala el conocimiento de este ordinario, en virtud del recurso interpuesto por una de las demandadas **BANCO DEL ESTADO**, contra el auto que decidió la excepción previa de prescripción, folio 42 de las copias, propuesta desde los umbrales del juicio por la accionada **BANESTADO** (Fl.30).

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.

(...)



ENSAYO

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 Cornelutti³, Trueba Urbina⁴, Jaeger⁵, Luigi de Litala⁶ y Mendez Pidal⁷ 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. 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

³ CARNELUTTI, Francesco. *Funzione del Proceso del Lavoro*, Revista de Derecho Procesal Civil, 1930, tomo I, pag.109.

⁴ TRUEBA URBINA, Alberto, Ob.Cit, pág.24.

⁵ JAEGER, Nicolás, *Curso de Derecho Procesal del Trabajo*, pág.3.

⁶ DE LITALA, Luigi, *Derecho Procesal del Trabajo*, Tomo 1, pág.24.

⁷ MENENDEZ PIDAL, Juan, *Derecho Procesal Social*, Madrid, 1947, págs.6 y 7.



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 aquél 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 publicado⁸ 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.

⁸ VALLEJO CABRERA, Fabián, La Oralidad Laboral – Derecho Procesal del Trabajo y Seguridad Social, Editorial Librería Jurídica Sánchez, Medellín, 2007, 5^a Edición



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.

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 demanda mediante un aviso diferente al del artículo 320 del CPC en caso de que no se pudiere 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 práctica 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 Derecho 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° 5 - 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 parágrafo 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 cíe 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 análoga 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 6º 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 párrafo 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 contradictora, que fue lo sucedido en el ese caso puntual donde la contradictora era la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero.

No comparto lo que se da a entender en la citada decisión, al dejar traslucir en forma imperceptible, que en materia laboral opera la notificación por aviso en los precisos 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 I 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 surtirse la notificación personal del auto admisorio de la demanda...""*.

* (Guía teórica y práctica de derecho procesal del trabajo y de la seguridad social. Autor Gerardo Botero Zuluaga, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez C Ltda., Tercera Edición, 2008).



DECISIONES JUDICIALES

5.1. NOTIFICACIÓN PERSONAL Y POR JUEZ COMISIONADO EN MATERIA LABORAL EN VIGENCIA DE LA LEY 794 DE 2003. DECISIÓN EN CONFLICTO DE COMPETENCIA

SALA DE CASACION LABORAL
Magistrado Ponente
Dr. LUIS JAVIER OSORIO LOPEZ

Radicación N° 24395

(...)

El señor Antonio María Pupo Romero demandó a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en Liquidación, mediante libelo que por reparto correspondió a la Juez Quinto Laboral del Circuito de Cartagena, funcionaria judicial, que mediante auto calendado el 30 de enero de 2004, lo admitió y ordenó su notificación a través de juez comisionado, en virtud a que el domicilio principal de la entidad demandada lo es la ciudad de Bogotá.

Remitido el despacho comisorio, le correspondió al Juez Décimo Laboral quien lo devolvió inicialmente por que el comitente no había fijado el término adicional de traslado, que preveía el artículo 316 del C.P.C.

Una vez especificado por la Juez Quinta Laboral de Cartagena que concedía 15 días más para efectos de la notificación del auto admisorio, el Juez Décimo Laboral de Bogotá decidió no cumplir con la comisión, argumentando 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.

La Juez Quinta Laboral de Cartagena a su vez reiteró la orden de comisionar al Juez de Bogotá, apoyándose en lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley 712 de 2001, que según su apreciación, exige que el auto admisorio de la demanda se notifique personalmente y que al ser una norma del procedimiento laboral, no es dable acudir a la aplicación de la analogía que consagra el artículo 145 del C.P.L y SS.



Las diligencias fueron devueltas al Juzgado Décimo Laboral de Bogotá, y el titular de dicho despacho judicial insistió en que el artículo 70 de la Ley 794 de 2003 derogó el artículo 316 del C. de P. C. con lo que la notificación surtida a través de funcionario comisionado no resultaba válida; agregó que la Ley 712 de 2001 no regula expresamente las notificaciones por comisionado.

I. CONSIDERACIONES

El artículo 18 de la Ley 270 de 1996 radica en esta Corporación la facultad de dirimir los conflictos que sobre competencia negativa se susciten entre funcionarios de distritos judiciales diferentes, como ocurre en esta oportunidad en el caso que ocupa la atención de la Sala.

El Código de Procedimiento Laboral desde su expedición y aún en su reforma introducida por la Ley 712 de 2001 viene consagrando la notificación personal del auto que admite la demanda (artículo 41 modificado por el artículo 20 de la citada Ley), con el que se garantiza el debido proceso y se cumple con los principios de la contradicción y publicidad, pilares del derecho de defensa. Cuando había necesidad de comisionar, para cumplir con este rito, se hacía necesario acudir al Artículo 316 del C. de P. Civil, por vía de remisión del artículo 145 del C. P. del T. y de la S.S. habida cuenta que el ordenamiento laboral no contempla la figura de la notificación por comisión.

Sin embargo, al expedirse la Ley 794 de 2003, que modificó el *Código de Procedimiento Civil*, reguló el trámite de los procesos de ejecución y se dictaron otras disposiciones, tuvo como designio el buscar la tutela efectiva de los derechos sustanciales a través de procedimientos más ágiles, a fin de darle más celeridad a los procesos y evitar la lentitud o la tardanza en el trámite de los procesos, tratando de llegar a una eficaz y justa administración de justicia.

Con dicha ley, pretende el legislador entregarle un poco más de responsabilidad a las partes interesadas en los procesos y que sean ellos los que se encarguen de ayudar a los jueces en la celeridad del rito procesal. De allí que en la discusión del proyecto de ley ante la Cámara de representantes, al referirse al tema de las notificaciones se expresó:

“(.....).

Por esta razón, las normas de notificación, tanto las hoy vigentes como las aprobadas en Senado, básicamente las consagradas en los artículos 315, 318 y 320, se modifican



sustancialmente mediante este Pliego, para efectos de crear un sistema lo más alejado posible del actual y que sea a la vez dinámico, moderno y que le entregue responsabilidades y cargas a quien esté interesado en que se surta una notificación. En este sentido, las normas aquí propuestas trasladan la eficacia y la celeridad de la notificación fundamentalmente al interesado, pues los despachos judiciales solo se encargarán de hacer lo estrictamente necesario, evitándose así el des prestigio y el desgaste de la Administración de Justicia, en un tema, muy importante, pero en cuanto a su concreción bastante formal, es decir, mucho más operativo que de fondo.

Obviamente, la labor del Juez apuntará a velar y revisar la legalidad de todas las actuaciones adelantadas con miras a la concreción de la notificación, pero no se desgastará en los asuntos operativos, los cuales bien pueden trasladarse al sujeto procesal interesado en que se surta la notificación personal". (Gaceta del Congreso – Senado y Cámara – Ponencia - Página 6 -Año XI. No.468- Noviembre 5/02).

Y efectivamente, 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 asesorio 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 trámite de la relación jurídico procesal.

Es dable anotar, que respecto al artículo 29 de la Ley 794 de 2003 solo se ha sometido a examen de constitucionalidad su inciso cuarto que establece *“..En el evento de que el Secretario no envíe la comunicación en el término señalado, la comunicación podrá ser remitida directamente, por la parte interesada en que se efectúe la notificación. Si fueren remitidas ambas comunicaciones, para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la primera que haya sido entregada”*, que se declaró exequible con la sentencia C-798 de 2003 por estar lo preceptuado en concordancia con el deber constitucional fijado en el mandato del artículo 95 numeral 7 de la Carta Política, consistente en que toda persona colabore con el buen funcionamiento de la administración de justicia.

De otro lado, la mencionada reforma, de manera expresa derogó el artículo 316 del C. de P. C. norma especial que consagraba la comisión a los jueces para la práctica de las notificaciones y por ello en la exposición de motivos se advierte que:

“Es importante aclarar que el sistema utilizado elimina el régimen de notificaciones por comisionado, tanto para municipios diferentes de la sede del despacho como para notificaciones en el extranjero, eventos en los cuales debe utilizarse el mismo régimen pero los términos de comparecencia son mayores, 10, y 30 días, respectivamente. Por esta razón, se deroga expresamente el actual artículo 316 del C.de P.C., que regla la notificación por comisionado, que bajo el



esquema propuesto no tendrá ni operancia ni razón de ser" (Gaceta del Congreso – Senado y Cámara – Ponencia - Pagina 6 -Año XI. No.468- Noviembre 5/02).

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 párrafo 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 *ibidem*, 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 1º del artículo 315 del C. P. C.

Indudablemente que estas medidas procedimentales, se han dado con la esperanza de encontrar una mejor racionalización y agilización en el trámite de los procesos a fin de evitar los niveles de congestión y atraso en la administración de justicia, como se indica en la exposición de motivos de la Ley 794 de 2003, consagrando un procedimiento expreso para el acto en comento, en el cual desde el despacho judicial el secretario titular, se insiste, con la colaboración del interesado, tienen la carga de buscar la notificación de los autos admisoriales de las demandas y la vinculación de terceros. De allí que sea necesario ajustarse a los parámetros señalados en las disposiciones en comento.

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:



“Art. 41.- Modificado Ley 712 de 2001, artículo 20.

(.....)

Parágrafo.- Notificación de las entidades Públicas. Cuando en un proceso intervengan entidades públicas, el auto admisorio de la demanda se debe notificar personalmente a sus representantes legales o a quien estos hayan delegado la facultad de recibir notificaciones.

Sin embargo, si la persona a quien deba hacerse la notificación, o su delegado, no se encontrare o no pudiera, por cualquier motivo recibir la notificación, ésta se practicará 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.

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 la diligencia que deberán suscribir el notificador y el empleado que lo reciba...”.

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 6º del Acuerdo 2255 de 2003 emitido por el Consejo Superior de la Judicatura que preceptúa:

“ART. 6º.- Notificación en los sitios en donde no exista empresa de servicio postal autorizada. Solo en aquellas sedes en donde no exista empresa de servicio postal autorizada, la comunicación y el aviso de que tratan los artículos 315 y 320 del



Código de Procedimiento Civil, serán entregados por un empleado del despacho judicial, en cuyo caso los costos de traslado serán sufragados por la parte interesada, incluyendo los asuntos de mínima cuantía...”.

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 párrafo del artículo 20 de la Ley 712 de 2001, verificando que se den todos los presupuestos.

Con todo lo anterior y sin necesidad de más consideraciones, le asiste razón al Juez Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C. cuando insiste en que para la notificación del auto admsorio de la demanda, carece de competencia; y por ende, corresponderá a la Secretaría del Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cartagena proceder de conformidad, dándole aplicación estricta en lo pertinente a las disposiciones mencionadas en este proveído, para lo cual se le remitirán las diligencias.”

(...)"

SALVAMENTO DE VOTO

DR. EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS

Respetuosamente me aparto del criterio de la mayoría al resolver el conflicto de competencia planteado entre la Juez Quinta Laboral del Circuito de Cartagena y el Juez Décimo Laboral de Bogotá, dentro del proceso instaurado por Antonio María Pupo Romero en contra de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en liquidación, por lo que paso a indicar.

La regulación prevista en el numeral 1º del artículo 315 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 29 de la Ley 794 de 1994, es sólo una de las etapas previstas en el trámite de notificación de providencia, y su alcance ha de ser concordado con lo que dispone ese mismo artículo en sus numerales 2º y 3º, y su aplicación debe realizarse sin hacer nugatoria la garantía procesal que representa la posibilidad de recibir notificación personal en el juzgado de la ciudad de residencia de quien deba recibir la notificación, y de la eficacia del aviso fijado en los juzgados de la ciudad donde deba esta surtirse.



La mayor agilidad de las diligencias de notificación de las providencias que deban hacerse personalmente no puede conllevar la pérdida de una significativa condición de eticada del acceso a la justicia: que los ciudadanos puedan ser notificados personalmente en algún despacho judicial en el municipio de si: residencia, de providencias dictadas por jueces de otras municipalidades.

No puedo compartir una interpretación de la ley., como la que prohíja la providencia de la que me aparto, en virtud de la cual para hacer más ágil el sistema de notificaciones, sean los ciudadanos, en lugar de los documentos, los que se deban trasladar. Así sucede en el *sub lite*, en que en lugar de que el juez de Cartagena envíe unos documentos a Bogotá, es el demandado o tercero notificado quien deba viajar desde Bogotá a Cartagena. Esta decisión repetida en toda la geografía nacional, repercutirá en enormes costos sociales, fácilmente advertidos al comparar los costos del valor del importe postal por el envío de una carta con el de un tiquete terrestre o aéreo para una persona.

La administración de justicia tiene entre sus aspiraciones el que en todo municipio haya un juez, no solo por el valor simbólico de la presencia del Estado en toda localidad, sino porque es la manera de hacer real y concreto el derecho al acceso a la justicia, en cualquiera de sus manifestaciones, tanto para poner en movimiento el aparato judicial como para ejercer el derecho de defensa.

En aras de los índices de agilidad del reparto de documentos no pueden ser mermadas las condiciones que hacen eficaz el derecho de defensa, en especial en la jurisdicción laboral, regida por el principio de la gratuitad.

Así entonces, no comparto la lectura que desde el numeral 1º del artículo 315 se hace de los numerales 2º y 3º del mismo, dándole a la norma que señala cómo 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 amputa 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 requiere. 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 art. 316 del CPC— el que esta queda prohibida, menos cuando la misma preceptiva, la contempla de manera general.



LECTURA VIII.

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 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

² Véase REDENTI, *Profilo*, 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 (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.

⁴ Véase CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, núm. 16, donde el proceso se estudia, en primer término, como "conjunto de actos".

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*).

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 pre establecidos. 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.

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

⁵ Véase el fundamental ensayo de CHIOVENDA, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, en *Saggi*, I, págs. 353 y sigs.

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).



legal pre-constituida, 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 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 inmediación 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 IX.

EL PROCEDIMIENTO COMO SUCESIÓN DE ACTOS; FASES DEL PROCEDIMIENTO Y POSICIÓN DE LA PROVIDENCIA JURISDICCIONAL

Piero Calamandrei.*

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.

^{8*} (Instituciones de Derecho Procesal Civil, Editorial Leyer, Colección Clásica del Derecho, Octubre de 2005).-



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 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

⁷ Véase CHIOVENDA, istituzioni, II, § 66.

⁸ Véase CHIOVENDA, Istituzioni, n, § 66.



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 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, aquélla 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*}.

^{9*} (Instituciones de Derecho Procesal Civil, Editorial Leyer, Colección Clásica del Derecho, Octubre de 2005).-



LECTURA X.

CARACTERES TÍPICOS DEL PROCEDIMIENTO

*Piero Calamandrei.**

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 secreto⁹; 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

⁹ Véase CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, § 52; SEGNI, Procedí mentó, núms. 4 y sigs

en forma oral, entonces se dirá que en el procedimiento predomina 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 desarrolle 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.

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").

¹⁰ CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, núm. 309; CALAMANDKEI, voz Oralita, en *Nuovo Digesto Itahtmo*, vol. IX.

¹¹ *Istituzioni*, II, pág. 371.



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 ininterrum pida 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 con centrado 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.

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

¹² CHIOVENDA, *Istiūziom*, II, § 54.



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*}.

^{11*} (Instituciones de Derecho Procesal Civil, Editorial Leyer, Colección Clásica del Derecho, Octubre de 2005).-



ENSAYO

APROXIMACIÓN A LOS BONOS PENSIONALES DESDE LA ÓPTICA PROCESAL

Diego Roberto Montoya Millán
Magistrado Tribunal Superior de Bogotá

En el pretérito, hubo en los medios, la discusión planteada por Asofondos acerca de la viabilidad del ISS para el reconocimiento y pago de pensiones, concluyendo algún columnista con la siguiente expresión:

"¡Que se escuche más el tintineo de los ábacos contabilizando el futuro pensional, y menos los aullidos intemperantes de quienes creen tener el monopolio actuarial del país!".

(El Tiempo, 31 de agosto/97).

Al tema, importa destacar, cómo asegurar desde el punto de vista jurídico-procesal, la efectividad de los derechos pensionales, examinar cuál podría ser el mecanismo judicial, para que en últimas, el beneficiario de la pensión, no sufra las consecuencias de los eventuales incumplimientos de aquellos entes obligados a pagar pensiones y/o expedir los bonos pensionales, incumplimiento, por supuesto ajeno al beneficiario, en cuanto cumplió con los requerimientos legales para acceder al derecho, y por tanto legitimado para reclamar, sobre todo, tratándose la seguridad social de un servicio público, conforme lo establece la Constitución Política en su artículo 48, asignándole la Ley 100 de 1993 artículo 4º el carácter de esencial, en el punto relativo a las actividades relacionadas directamente con el reconocimiento y pago de pensiones, y aun cuando en principio, el derecho a la seguridad social, no tiene el carácter de fundamental, puede llegar a tenerlo cuando su vulneración o amenaza pongan en peligro algún derecho fundamental.

Abordaremos, iniciando una aproximación a la figura denominada por la Ley 100 de 1993, bono pensional, o lo que es lo mismo, los aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al sistema general de pensiones, según las voces del artículo 115 de la Ley 100 de 1993 y artículo 1º del Decreto-Ley 1299 de 1994.



Bien, es claro la existencia de dos regímenes pensionales excluyentes (L. 100/93. arts. 12, 16), el de prima media con prestación definida, en el que los aportes de los afiliados constituyen un fondo común de naturaleza pública, régimen solidario, administrado por el ISS, y el de ahorro individual con solidaridad, administrado por los fondos privados de pensiones, basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones de los afiliados en cuentas individuales.

Ahora, los afiliados a uno cualquiera de estos regímenes, pueden trasladarse del uno al otro, siempre y cuando dejen transcurrir por lo menos 5 años entre cada traslado, excepto, después de un año de la vigencia de la ley 797/03 no le es dable al afiliado trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, adquiriendo importancia el tiempo que la persona ha estado en un régimen, toda vez que esa continuidad se tiene en cuenta, al momento de pensionarse, es decir que las cotizaciones sufragadas al régimen distinto con el cual se pensiona, contarán para fijar el monto pensional (L. 100/93, art. 13, lit. g)).

Así entonces, para aquel personal que emigre del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, se expedirán una clase de bonos que se denominan "tipo A" con dos modalidades (D. 1299/94 y 1748/95) y para aquellos servidores públicos que se "trasladen" al régimen de prima media con prestación definida se expedirán otra clase de bonos, llamados "tipo B" (L. 100/93, art. 128, inc. 4º; D. 1314/94 y D. 1748/95, art. 1º). La cuantía del bono se establecerá o calculará de acuerdo a unos parámetros fijados por la ley, señalándose ahora, que como quiera que financieramente no era posible desembolsar dineros inmediatamente, es decir al momento del traslado al régimen de ahorro individual, o al régimen de prima media para aquellos servidores públicos incursos en el bono tipo B se dispuso la figura de los bonos pensionales, con el objeto de dilatar o retardar el pago de esos dineros, regulándose en la ley, unas condiciones para su redención momento en el cual contribuirán a constituir, de manera efectiva, el capital con que se le pagarán al afiliado sus mesadas, o al menos ello es lo que teóricamente se pregonó.

Resulta importante desde el punto de vista sustantivo, anotar quiénes y cuándo tienen derecho a los bonos, cuáles las entidades emisoras y contribuyentes, su redención, así como puntos referidos a la negociación de los mismos, al valor del bono, su salario base para liquidar, su cálculo, traslados múltiples, anulación, los cuales, han quedado por fuera de este panorama o marco general de aproximación a la figura del bono pensional, para incursionar en la problemática procesal, no sin antes reiterar que la regulación de los bonos pensionales, deriva como es sabido, además de la Ley 100 de 1993, de los decretos 1299 y 1314 de 1994 expidiéndose posteriormente el Decreto Reglamentario 1748 de 1995 que se ocupó, entre otros puntos, de los bonos tipo A y B.



El Decreto 1474 de mayo 30 de 1997 modificó, el Decreto 1748 de 1995, reglamentario de los bonos pensionales recomendándose igualmente la lectura del decreto 1513 de 1998, Ley 549 de 1998 Art. 77, reglamentado parcialmente por los decretos 2527/00 y 3798/03, igualmente los decretos 13/01, Ley 617/00 artículo 72.

Así pues, si aún no se escucha el "tintineo de los ábacos", que se comiencen a destinar los medios financieros para que los bonos cumplan efectivamente su misión dentro del nuevo orden de la seguridad social, de lo contrario, las demandas no dejarán de invadir los estrados judiciales, y quienes acudan en defensa de los afiliados, deberán dilucidar quiénes son los obligados por pasiva, conforme al marco sustantivo esbozado anteriormente.

Obsérvese como expresamente el artículo 13 del Decreto 1474 de 1997, modificado por el Decreto 1513 de 1998 art. 18, supeditó el reconocimiento pensional total por parte del ISS, a la emisión del bono, por parte de la Caja, Fondo o entidad del sector público del nivel territorial para aquellos servidores y exservidores públicos derechohabientes del bono tipo B del nivel territorial, afiliados al ISS a partir del 1º de abril de 1994, modificando así el entendimiento asignado en el artículo 44 del Decreto 1748 de 1995 para esta clase de servidores, pues antaño la concesión de la pensión, no estaba condicionada a la expedición del bono, mientras que ahora el I.S.S. puede comenzar a pagar la pensión de dichos afiliados tomando en cuenta únicamente las cotizaciones efectuadas a ese instituto, procediendo a la reliquidación de la pensión, cuando se emita el bono pensional, el cual deberá expedirse y pagarse obligatoriamente por la entidad correspondiente dentro de los plazos señalados, lo que nos motiva, dentro del campo procesal, y para la efectividad del derecho pensional, presentar el siguiente esquema.

Bien, es claro para el ejercicio propuesto que el servidor público ha reunido los requisitos para pensionarse, por ello acude al ISS, con miras a que se concrete su derecho, ahora, ante la eventual negativa del ISS, para asumir el pago, argumentando la no expedición del bono por parte de la caja, fondo, o entidad del nivel territorial, (inciso 6 del decreto 1513 de 1998) podríamos estimar que no sólo por efectos de economía procesal y celeridad, no se haría necesario demandar separadamente a cada entidad obligada a emitir o contribuir al bono, sino que desde los umbrales de la reclamación, puede vincularse al juicio a la entidad pagadora de la pensión, en el caso planteado, el ISS, al igual que los entes obligados a expedir los bonos, basados en la figura del litis-consorcio necesario, pues es evidente que por disposición legal el ISS no podría asumir el pago total de la pensión, así que se haría obligatorio vincular también al debate judicial a los entes obligados a expedir los bonos.

Este planteamiento se deriva del entendimiento asignado a los artículos 1º y 2º de la Ley 33 de 1985, en cuanto le permitían al empleado oficial reclamar la pensión a la última entidad



que prestó el servicio, y a éstas les asistía el derecho para repetir contra los demás entes públicos a prorrata del lapso que el trabajador hubiera servido o aportado, más adelante se expidió la Ley 71 de 1988, su artículo 7º, el Decreto Reglamentario 1160 de 1989 en los artículos 20, 27, 28, establecen la llamada pensión de jubilación por aportes, consignándose también en estas normas, que la entidad pagadora de la pensión será la última entidad a la cual se efectuaron aportes, obligándose a las entidades de previsión en donde hubo aportes por parte del trabajador, a contribuirle a la entidad de previsión pagadora de la pensión, con la cuota parte correspondiente.

Encontramos además apoyo, en sentencia proferida por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, fechada el 19 de septiembre de 1995 radicación No 7592, en donde destaca que al no citarse a una entidad territorial obligada a reembolsar el equivalente de la cuota parte proporcional al tiempo servido a ella por el accionante, a la entidad pagadora de la pensión, está desconociendo su interés legítimo en el trámite y las resultas del juicio concluyendo así:

"Se advierte, por consiguiente, que cuando se trata de demandar a un organismo oficial para que reconozca la pensión de jubilación con base en tiempos de servicios a varias entidades de derecho público, es necesario que se cite al proceso a todas éstas, de tal modo que cada una participe en la definición del derecho, así como en la deducción de la cuota pensional que deberá reembolsar a la directamente obligada, a prorrata del tiempo servido en cada una. Como en este caso no se procedió así, se carece de uno de los presupuestos procesales y ese defecto no permite la decisión de mérito", (posición reiterada en fallos del 10 de diciembre de 1998, radicación N° 10939, 31 de enero de 2000 radicación No 12389, rectificada en decisión del 14 de diciembre de 2001 radicación No 15977).

Adicionalmente, y desde otra óptica, piénsese cómo, en el evento que se trajera al juicio, sólo al ente pagador de pensiones, ISS, y en gracia de discusión, se produjera decisión de mérito, en el sentido de absolverla, por cuanto no se ha emitido el bono, el ISS no podría ser sujeto de una nueva decisión judicial de fondo, obligándola al reconocimiento de la pensión, al quedar cobijado por el fenómeno de la cosa juzgada, castrándose así el derecho del afiliado.

Así entonces, estimamos que para el caso planteado no sería lo ortodoxo, fraccionar la decisión, se haría indispensable que el fallo comprenda y obligue a todos los sujetos involucrados en el reconocimiento y pago de la pensión, siendo procesalmente ajustado, integrar el litis consorcio necesario.



Como se puede apreciar, podría perfectamente demandarse al ISS, ente pagador de la pensión en el presente ejercicio, para que asuma la responsabilidad, y simultáneamente a las entidades emisoras o contribuyentes del bono, a fin de que éstas sean condenadas a emitir y/o contribuir, según sea el caso, obviamente si previa discusión probatoria, se acredita esa obligación.

De esta manera resulta importante que quien asume la gestión profesional, se documente acerca de las entidades en donde laboró el peticionario, así como aquellas obligadas a expedir o contribuir al bono, efectuando su reclamación inicial extrajudicial, ante todas ellas.

Ahora, este análisis en donde involucra bajo una misma cuerda procesal a la entidad pagadora de pensiones, no podría efectuarse cuando se trate de los bonos tipo A, y el beneficiario pretende obtener de una administradora la pensión anticipada, pues no bastará la sola emisión del bono, en el evento que se necesitare para completar el capital suficiente o mínimo, para que se le otorgue la pensión, pues además de la expedición, se hará necesario su negociación en el mercado secundario, a fin de obtener el capital que permita conceder la pensión, situación que nos conduce a considerar que sólo podría demandarse, a las entidades emisoras de bonos, en el entendido que sólo es una la obligada a expedirlos, la última a la cual haya pertenecido el afiliado, con las precisiones establecidas normativamente, pero se haría indispensable, citar a todas aquellas que deban contribuir, en atención a lo ya expuesto y a la figura del litisconsorcio necesario, a fin de que sean condenadas, la obligada a expedir el bono y las demás a contribuir en la proporción que corresponda.

Así que para esta eventualidad, el pago de la pensión podría dilatarse hasta tanto no se expida y negocie el bono por parte de la administradora, aspectos que pudieran apremiar para su efectividad, el juez constitucional o laboral, hoy sin dualidad alguna (art. 7, Ley 1149/07, que modificó el art. 48 del C.P.L.).

En otra perspectiva, y en relación a los bonos cuya emisión corresponda a la Nación, sabido es, por designio de la ley, que al Ministerio de Hacienda, se le asignó el proceso de liquidación y emisión de los mismos, seguramente en muchas ocasiones habrá de demandarse a la Nación Ministerio de Hacienda, para que expida el bono, no obstante aquí se considera que se hace necesario se produzca la información laboral del afiliado, contenida en los denominados "archivos laborales masivos y otros archivos informáticos" a que refiere el artículo 47 del Decreto 1748 de 1995, certificados por el empleador a quien corresponde emitirlos, para que el Ministerio de Hacienda O.B.P., pueda proceder; dicho de otro modo, si los empleadores no remiten la información laboral, respecto a un trabajador individualmente considerado, o a través del archivo laboral masivo, no podrá expedirse el bono, entre otras razones por cuanto por ser los bonos pensionales títulos de deuda pública a cargo de la



Nación o del emisor, su expedición basada en datos poco fidedignos, es decir sin el sustento en los archivos laborales, afectarían los intereses económicos de la Nación, sin perjuicio de las responsabilidades que le podrían caber al funcionario que ordena expedir un bono sin los requisitos exigidos, o cuya veracidad sea duditada. No es pues facultativo, en casos como el planteado, que la Nación Ministerio de Hacienda O.B.P., expida el bono.

Ante esa circunstancia, para no dar al traste con el anhelo del afiliado habría que vincular también al debate judicial, a los empleadores encargados de preparar y entregar a la oficina de bonos pensionales los archivos laborales, dado que, se reitera, sin ello no será posible obtener la expedición del bono, permitiéndose explorar la viabilidad de acudir a la figura del litisconsorcio necesario, en el evento que se optare por demandar a la Nación para la expedición del bono, vinculando al juicio, a los empleadores renuentes a certificar la historia laboral, o mientras el ISS, y demás cajas obligadas entregan a la oficina de bonos pensionales el archivo informando acerca de los empleadores que estuvieron afiliados a ellas, agréguese aquí que al parecer la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda no cuenta con la información del archivo masivo del I.S.S relativa a los aportes efectuados a partir del 1º de enero de 1995, por los empleadores.

En otro giro podríamos estimar, que para ninguno de estos dos eventos analizados, ni el ISS, cuando deba reconocer la pensión, ni la Nación cuando deba expedir los bonos, y sean demandadas para el cumplimiento de esas obligaciones, podría llamar en garantía, a los entes obligados a expedir los bonos, en el primer caso, o a los empleadores que deben remitir el archivo masivo laboral, en el segundo caso, con resultados positivos finalmente para el afiliado, por cuanto sustantivamente, ni el ISS, ni la Nación en cada caso, estarían en condiciones de reclamar a los organismos ya citados que les restituyan lo pagado o la indemnización de perjuicios, sencillamente por cuanto no puede haber condena, ni al pago completo de la pensión en el primer caso, ni a la expedición del bono pensional en el segundo evento, por las consideraciones ya efectuadas.

Así que siendo el llamamiento en garantía, inspirado en el principio de la economía procesal, es de advertirse que como consecuencia de la hipotética citación que pudiese hacerse, el juez debe proveer sobre la relación sustancial que existe entre el demandado y el llamado en garantía, pero ello sólo ocurrirá en el evento de que aquel sea condenado, cuando prospera la pretensión que haya hecho valer el actor principal del juicio, situación que como se anotó no procedería.

Desde otro ángulo, también derivado de lo ahora dispuesto en el artículo 13 del Decreto 1474 de 1997, modificado por el artículo 18 del decreto 1513 de 1998 cabría indagar, si el ISS, una vez sea notificado extrajudicialmente por el afiliado para obtener su pensión, encuentra una



vez lo solicite, que las entidades territoriales obligadas a expedir en bono carecen de interés o sencillamente no responden a la petición, estimamos que dada la connotación de servicio público esencial en el aspecto relativo al reconocimiento y pago de pensiones, asumiendo el Estado la garantía del pago de los beneficios a que se hacen acreedores los afiliados, según reza el literal c) del artículo 32 de la Ley 100 de 1993, y siendo el ISS, una empresa industrial y comercial del estado, deberá iniciar de inmediato el trámite judicial tendiente a coaccionar a las entidades territoriales, para la expedición del bono, no dejando la carga al derechohabiente y esperar placidamente a ocupar el sillín de los acusados, cuando el afiliado se ocupe de acudir a la jurisdicción en busca de su pensión en los términos aquí comentados.

Así que la actividad procesal que puede desarrollarse, en orden, claro está, a obtener el bono, está abierta, a innumerables circunstancias, así por ejemplo, y solo de manera enunciativa, podríamos resumir las siguientes eventualidades o posibles controversias:

1. Demandas del afiliado a la entidad encargada de expedir el bono, vinculando igualmente a las obligadas a responder por las cuotas partes.
2. Demandas de la administradora de pensiones a los entes encargados de expedir los bonos y a las obligadas a responder por las cuotas partes.
3. En los casos de los bonos tipo B cuando se efectué la liquidación provisional del bono, le corresponderá al ISS aceptarla, sin que sea necesario que se le comunique el valor del mismo al afiliado, lo que podría generar la respectiva demanda de éste, en lo relacionado con la liquidación de ese bono, situación que no parecería suceder en lo relativo a los bonos tipo A, por cuantos estos finalmente no serán expedidos hasta tanto el beneficiario no manifieste por escrito a través de la administradora, la aceptación del valor de la liquidación, no obstante, quedará flotando en el ambiente, si aun después de esa aceptación, podría acudir a la jurisdicción para discutir la liquidación, al obtener pruebas que para entonces no tenía, relacionadas con tiempo de servicios anteriores que acrecentarían el valor de la liquidación del bono, estimándose una respuesta positiva (inciso 4, Art.17 Ley 549 de 1999, C-262/01).
4. Acciones del ISS, contra las entidades obligadas a expedir el bono.
5. Acciones tendientes a demostrar la existencia de diferentes vinculaciones laborales, en orden a que consecuencialmente, una vez probada la relación, se obligue a la entidad respectiva a expedir el bono, y a las otras al pago de las cuotas partes, lo que no excluiría incluir la pretensión para el reconocimiento de la carga prestacional, por los servicios prestados a cada una de estas entidades.



6. Acciones ejecutivas que podrían derivarse del incumplimiento a los fallos, con la consiguiente discusión acerca de la viabilidad de ejecuciones y embargos contra los recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación o demás entidades territoriales, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias contra los funcionarios encargados de preparar e incluir en el respectivo presupuesto las partidas necesarias para el pago de los bonos.
7. Acciones de tutela, si las circunstancias del afiliado, obligan a concederla como mecanismo transitorio, a fin de evitarle un perjuicio irremediable.

De esta manera, se han querido plantear algunas reflexiones derivadas de la problemática que pudiere surgir, acerca del entendimiento, desarrollo y aplicación de la figura de los bonos pensionales, en el marco procesal.



CASO N° 6 – EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN EN BONOS PENSIONALES, INTERVENCIÓN DE TERCEROS, CONCILIACIÓN.

Ulpiano Pérez, exservidor público afiliado a los Institutos de Seguros Sociales a partir del 1 de abril de 1994, pretende del I.S.S. la reliquidación de su pensión de vejez otorgada por ese instituto en el año 2000, argumentando que el reconocimiento de la pensión por el I.S.S, se efectuó parcialmente toda vez que la caja territorial respectiva no ha emitido el bono pensional para la época en que cumplió los supuestos para pensionarse.

La demanda se presenta para reparto el 25 de abril de 2007, la demandada I.S.S, al contestar la demanda excepciona prescripción, argumentando y acreditándose durante el trámite procesal que la obligación de emitir el bono por parte de la caja territorial era exigible desde 1998.

AUTOEVALUACIÓN

1. Considera usted como Juez, debe declarar probada la excepción de prescripción, referido a la emisión del bono?
2. Debió el I.S.S., convocar o llamar en garantía a la Caja territorial respectiva, obligada a emitir el bono, a efectos de asumir el pago total de la pensión al señor Ulpiano Pérez?
3. La figura jurídica correcta, en el caso planteado, a efectos de no desproteger al afiliado, habría sido la integración del litis consorcio necesario?
4. Sería viable a través de la acción constitucional de tutela, superar esos obstáculos en orden a que finalmente al afiliado se le reconozca en su totalidad la pensión, cuando reúna los supuestos y no se quede detenido en la telaraña normativa propia de los bonos pensionales, referida a su solicitud, emisión, redención, etc.?
5. ¿Podría someterse a transacción o a conciliación el tema de los bonos pensionales, o constituye esa figura un derecho cierto lo que impediría ser objeto de conciliación o transacción?



DECISIONES JUDICIALES

Sentencia T-1154/00 M.P. DR. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

6.1. BONOS PENSIONALES-Trámite

BONOS PENSIONALES-Emisión

DERECHOS FUNDAMENTALES-Vulneración por demora en emisión de bono pensional/**BONOS PENSIONALES**-Demora en emisión impide acceso a pensión de jubilación

Se afectan derechos fundamentales (especialmente el de dignidad, mínimo vital, seguridad social, derechos adquiridos) cuando la demora en la emisión del bono impide el acceso a una pensión de jubilación a la cual tiene derecho quien haya adquirido el status de jubilado. Y se incurre en vía de hecho si estando probado que una persona tiene derecho a la pensión se le niega ésta por lo de los bonos, máxime cuando hoy la misma normatividad ha adoptado una posición ecléctica: reconocimiento con la expedición, sin necesidad del pago.

BONOS PENSIONALES-Procedencia de tutela para reclamar la remisión/**PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL**-Remisión de bono pensional

VIA DE HECHO EN PENSION DE JUBILACION-No reconocimiento por demora en emisión de bono pensional/**DERECHO A LA PENSION DE JUBILACION**-No puede negarse si se ha emitido y expedido el bono pensional

Si alguien tiene el status de jubilado y por la demora en la emisión de los bonos (algo extraño a la persona que ha adquirido su derecho a la pensión de vejez) se profiere una Resolución negando la pensión, dicha resolución incurre en vía de hecho porque es apresurada y porque a sabiendas de que el trabajador o el extrabajador tiene una situación jurídica concreta que implica el reconocimiento de la pensión, se determina algo en contrario afectándole el debido proceso y de paso el derecho a una vida digna y a un salario vital. Si ya ha sido emitido y expedido el bono, no es necesario el pago para el reconocimiento pleno de la pensión.

(...)



ANTECEDENTES

HECHOS:

T-317779

Laura Inés Nieto Farieta en 1996 solicitó su pensión de jubilación a FONPRENOR (Fondo de previsión de notariado y registro) , entidad que remitió la petición a los Seguros Sociales quien, por Resolución 00053 de 1999, negó la pensión porque la Superintendencia de Notariado y Registro (que asumió los derechos y obligaciones de FONPRENOR) no ha pagado el bono pensional correspondiente no obstante que el 30 de julio de 1998 y el 27 de octubre de 1998 los Seguros Sociales le pidieron y requirieron la emisión y cancelación del bono pensional. Solicita que la Superintendencia emita y cancele el respectivo bono y que se le pague la indemnización por la demora.

T-317932

Héctor Valencia García solicitó al Instituto Municipal de Salud de Pereira su pensión de jubilación desde mayo de 1997. No se la han reconocido porque no se ha emitido el bono pensional por el Ministerio de Hacienda, oficina de bonos pensionales. Desde el 4 de noviembre de 1999 dirigió dicho Instituto Municipal al Ministerio de Hacienda el cobro de cuotas parte para bonos pensionales. El Jefe de la oficina de bonos pensionales, dice: *“Pero ese pago (el del bono), de conformidad con el artículo 15 del decreto 1748 de 1995 se producirá una vez el ISS (sic) nos ponga en conocimiento la fecha de ejecutoria de la resolución de reconocimiento de la pensión de vejez del señor Valencia, como quiera que esa es la fecha en que se genera la obligación de pagar el bono pensional, como quiera que se cumple su finalidad, cual es la de financiar la pensión respectiva”*, pero admite que no se ha proferido el acto administrativo que reconoce el cupón respectivo, cuestión previa al reconocimiento de la pensión y al pago del bono. Por supuesto que anuncia que comunicará oportunamente el reconocimiento de la cuota parte de la nación. Sin embargo, opina: *“Lo anterior no impide que el ISS vaya adelantando los trámites para el reconocimiento de la pensión del señor Valencia, toda vez que el artículo 44 del decreto 1748 de 1995, parágrafo 1º, cuando la oficina de bonos pensionales sea emisora o contribuyente de un bono pensional no es requisito que se haya expedido el cupón de la Nación para reconocer la pensión solicitada por el afiliado”*.

El señor Héctor Valencia García, en vista de que van más de dos años y no se le reconoce la pensión y la demora radica en los trámites referentes a la expedición del bono pide que se ordene la expedición y el pago oportuno de dicho bono.



T-316475

Julio César García Galezo instaura tutela contra CAPRECOM y pide que esta entidad le traslade a Protección S. A. el bono pensional. Dice que laboró en Telecom por 23 años, 11 meses y 8 días y cotizó a CAPRECOM. Agrega que el 16 de febrero de 1995 se acogió al plan de retiro voluntario con bonificación y el 7 de abril de 1999 se afilió al Fondo de pensiones obligatorias "Protección S. A." para que le administrara su bono pensional. Dicho Fondo le pidió a Telecom que le trasladara el bono pensional y el peticionario de la tutela se queja porque CAPRECOM no le ha contestado a Protección S. A.

En comunicación dirigida al juez de tutela TELECOM reconoce que el bono pensional no fue trasladado a Protección S. A. por problemas de ajuste pero que remitirán copia del "*certificado para bono pensional destinado a AFP privado*" en el término de la distancia.

CAPRECOM le informa al juez de tutela que no tiene ninguna solicitud hecha directamente por Julio César García o por algún Fondo de Pensiones en cuanto a bonos pensionales.

PROTECCION S.A. le dice al Juez que ha adelantado gestiones ante Telecom y que no han obtenido de Telecom respuesta satisfactoria; "*En la actualidad estamos a la espera de la respuesta (de Telecom) para así continuar ante Caprecom las gestiones de reconstrucción de la historia laboral, emisión y expedición de los bonos pensionales*".

(...)

CONSIDERACIONES JURIDICAS

(...)

TEMAS JURIDICOS

Los casos relacionados reflejan el trato dado a personas que tienen status de jubilado y por consiguiente derecho al reconocimiento de la pensión de vejez. La disculpa para el no reconocimiento es el trámite de los bonos pensionales "B"; luego entra la Sala de Revisión a analizar diferentes aspectos sobre este tema, para señalar unos parámetros jurisprudenciales de protección a derechos fundamentales protegibles por tutela, según ya se dejó consignado en la T-671/2000, cuya jurisprudencia se reitera en el presente caso.

1. El Derecho a la pensión de vejez es un derecho fundamental



En la C-177 de 1998, se dijo:

“El reconocimiento y pago de la pensión de vejez encuentra sustento constitucional en la protección especial que debe brindar el Estado al trabajo humano en todas sus modalidades (art. 25), pues se impone que el fruto del trabajo continuado durante largos años sea la base para disfrutar el descanso, en condiciones dignas, cuando la disminución de la producción laboral es evidente. Así mismo, la pensión de vejez goza de amparo superior en los artículos 48 y 53 de la Constitución, los cuales establecen que el pago de la pensión debe realizarse de manera oportuna dentro de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, propios de la seguridad social en Colombia.”

Es lógico que si la seguridad social en pensiones reafirma su rango constitucional (ya antes de 1991 se consideraba que quien tenía el status de jubilado tenía un derecho adquirido), esa característica debe ser garantizada por igual tanto para el extrabajador como para quien continuando en labores haya llenado los requisitos y hecho la solicitud de reconocimiento de pensión.

2. El derecho al reconocimiento de la pensión.

El artículo 2º de la C. P. dice cuáles son los fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Esa norma armoniza con el artículo 209 de la C.P. que establece en su inciso 1º:

“ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.”

La eficacia y celeridad, dentro de un Estado Social de Derecho implican una pronta resolución a las peticiones, dentro de ellas ocupa lugar preponderante la de reconocimiento de las pensiones. Luego la organización y el procedimiento que las normas señalen para la tramitación y reconocimiento de la prestación, no pueden traducirse en obstáculos para el derecho material, sino que, por el contrario, deben contribuir a pronta y justa decisión. Lograr el orden justo es pues el objetivo y las reglas deben contribuir a ello.

3. Respeto a los principios constitucionales

Los principios constitucionales y dentro de ellos están los rectores de la política social, deben ser obedecidos. Luego los principios sobre la seguridad social en pensiones, tienen eficacia jurídica. Además, a nivel personal, se deben respetar los derechos adquiridos, uno de ellos, es



el reconocido desde hace años de que se adquiere el status de jubilado cuando se llega a la edad requerida -la general o la de regímenes especiales- y cuando se cumplen los años de servicio o semanas cotizadas. Y, en materia laboral es obligación tener en cuenta el principio de favorabilidad y dentro de éste el respeto a los regímenes de transición y especiales (artículo 53 C.P., T-01/99). Esto, no debiera tener discusión, máxime en un Estado Social de Derecho que protege los derechos sociales.

4. Respeto a la jerarquía normativa

La jerarquía normativa emana de la Constitución, dice la C-037/2000 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa). Se recuerda en tal sentencia que las normas constitucionales ocupan el primer lugar dentro de la jerarquía jurídica.

La verdad es que los operadores jurídicos en las entidades encargadas de decretar las pensiones consideran en ocasiones que las normas constitucionales son simple "retórica constitucional" y dichos funcionarios en una cantidad de casos no se consideran vinculados al cumplimiento de los principios constitucionales. Es por eso que invocan fuera de contexto las reglas referentes a los bonos como disculpa para negar una pensión o para postergar su reconocimiento. Es necesario leer de acuerdo con la Constitución, la ley 100 de 1993 y los decretos referentes a bonos, entre ellos: el decreto 1299/94 (emisión, redención y demás condiciones de los bonos pensionales), 1726/94 (reglamenta el 1299/84), 1314/94 (emisión y redención de los bonos pensionales por traslado de servidores públicos al régimen de prima media con prestación definida), 1725/94 (reglamenta el 1314/94) 1748/95 (emisión, cálculo y redención de los bonos pensionales), 2222/95 (ampliación de plazo para la emisión); 1474/97 (redención anticipada de los bonos), 1513/98 (requisitos), 266/2000 (señala funciones a la Oficina de obligaciones pensionales del Ministerio de Hacienda). Por supuesto que son normas a aplicar, pero que deben ser interpretadas a la luz de los principios constitucionales.

5. Cuándo el tema de los bonos tiene connotación constitucional

A primera vista parecería que el tema de los bonos es simplemente legal. Sin embargo, se puede afectar el derecho a la vida, el mínimo vital, el derecho de petición, el derecho a la seguridad social, la dignidad y en estos eventos cabría la tutela. Al respecto, la T-577/99, dice:

"La acción de tutela, como es obvio, no está prevista para dirimir disputas ni para tramitar reclamos en torno a la aplicación de la ley, pero sí para establecer si frente a la Constitución, una determinada conducta es lesiva de los derechos fundamentales. Por lo tanto, en el presente caso, resulta inaceptable la prolongación en el tiempo, y la dilación de los trámites administrativos de un asunto que lleva implícitos derechos fundamentales como el de la vida, seguridad social y el derecho al pago oportuno de



las pensiones. Por lo anterior, se protegerán los derechos de la demandante quien desde hace 3 años presentó la solicitud de su pensión ante el ISS, sin que éste la pueda reconocer por encontrarse pendiente la cancelación del bono pensional respectivo".

6. Bonos pensionales (características)

Para entender el problema de los bonos hay que mencionar algunas normas de la ley 100 de 1993, en lo que tiene que ver con sus características y las clases de bonos que hay:

"ARTICULO 115.- Bonos Pensionales.

(...)

ARTICULO 116.- Características.

(...)

7. Tramitación de los bonos pensionales "B"

El Decreto extraordinario 1314 de 1994 indica que los bonos pensionales que se deban expedir por traslado de servidores públicos al régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, deben ser emitidos por la última entidad pagadora de pensiones a la cual haya pertenecido el afiliado o por la Nación o Entidad territorial, cuando la responsabilidad corresponda a una Caja, Fondo o Entidad del sector público sustituido por el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional o territorial respectivamente, antes de su vinculación al Instituto de Seguros Sociales.

Las demás entidades públicas pagadoras de pensiones a las cuales haya cotizado o en las cuales haya servido el afiliado antes de su vinculación al Instituto de Seguros Sociales deberán contribuir a la financiación del bono pensional tomando en cuenta los tiempos servidos (artículos 1 y 4 del decreto 1314/94), como se aprecia, en esta norma se establece que hay un emisor del bono y unos contribuyentes. O sea, que el contribuyente se entiende con la entidad que emite el bono para lo cual el contribuyente expide una Resolución en la que i) se acepta la cuota del bono pensional, ii) se autoriza la suscripción del bono a nombre del beneficiario por la cuota parte, iii) habrá acuerdos de pago entre quien emite el bono y el o los contribuyentes, conforme lo establece el Decreto 1513 de 1998.



Por supuesto que la tramitación del bono debe ser pronta y las Entidades (Administradora, Emisora, Contribuyente) deben conjuntamente actuar, dentro de los principios de eficacia y celeridad en la tramitación del bono. La demora injustificada en la tramitación del bono no tiene por qué perjudicar al aspirante a pensionado.

8. Definiciones legal

Se entiende por administrador, emisor, contribuyente, según el artículo 1º. del decreto 1513/98 que aclara el artículo 1º y el artículo 5º del decreto 1748 de 1995:

“Administradora (entidad): Es aquella que tiene como afiliado al solicitante del bono, es decir, una AFP, el ISS y las compañías de seguros, en los casos de planes alternativos de pensiones ; ver artículo 48’.

Adicionarse las siguientes definiciones al artículo 5º del Decreto 1748 de 1995:

‘Contribuyente. Entidad pagadora de pensiones obligada al pago de la cuota parte del bono pensional.’

‘Emisión del bono. Se entiende por tal el momento en que se confirma o certifica la información contenida en la liquidación provisional, en el caso de emisores privados, o el momento en que queda en firme el acto administrativo que reconoce el derecho al bono pensional, en el caso de emisores públicos.’

‘Expedición del bono. Se entiende por tal el momento de suscripción del título físico o del ingreso de la información al depósito central de valores.’

‘Reconocimiento de cuota parte. Acto mediante el cual el contribuyente acepta el pago de la cuota parte y autoriza al emisor para suscribirla en su nombre. En el caso de las entidades públicas consiste en un acto administrativo en firme; en caso de entidades privadas, de una comunicación dirigida al emisor.’

9. Emisión y expedición

El bono es un título valor que (para el caso que nos ocupa) es endosable al Fondo de Pensiones del ISS, porque precisamente es el ISS (entidad ante quien se presenta el reconocimiento de la pensión de vejez) quien solicita la emisión del bono pensional tipo B.

El valor básico del bono se determina de acuerdo a lo establecido en los artículos 38 a 41 del decreto 1748 de 1995, modificado por los decretos 1474 de 1997 y 1513 de 1998.



La liquidación provisional deberá ser enviada a la Vicepresidencia de pensiones, Bonos pensionales del Seguro Social, para su aprobación, a mas tardar treinta días después de la fecha de recibo de la solicitud de liquidación provisional. Una vez llega a los Seguros Sociales éste puede objetar la liquidación (por eso se llama provisional), lo cual no impide que se presenten acuerdos.

Particular importancia tiene lo de bonos pensionales y cuotas partes a cargo de la Nación. El artículo 121 de la ley 100 de 1993 dice:

"La Nación expedirá un instrumento de deuda pública nacional denominado bono pensional, de la naturaleza y con las características señaladas en los artículos anteriores, a los afiliados al Sistema General de Pensiones, cuando la responsabilidad corresponda al Instituto de los Seguros Sociales, a la Caja Nacional de Previsión Social, o a cualesquiera otra Caja, Fondo o entidades del sector público sustituido por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, y asumirá el pago de las cuotas partes a cargo de estas entidades.

Los bonos a cargo de la Nación se expedirán con relación a los afiliados con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente ley y sobre el valor de la deuda imputable con anterioridad a dicha fecha.

Lo dispendioso en los trámites no puede servir de disculpa para demorar el reconocimiento de la pensión; si esto ocurre el juez de tutela ordenará la pronta emisión y expedición de los bonos.

10. Qué puede hacer la Entidad Administradora si no le llega el bono?

Los bonos en sí mismos no son constitucionales (C-177/98), pero la utilización de algo que no va contra la Constitución no puede convertirse en un elemento que vulnere el derecho a una pensión. La caótica legislación sobre bonos pensionales no puede afectar injustamente a muchas personas que teniendo derecho a su pensión no acceden a ella.

Se incurre en una vía de hecho si a sabiendas de que una persona tiene el tiempo y la edad requerida, a través de Resolución se le niega la pensión con la disculpa de que no ha llegado la plata del bono. Esto ocurre en la gran cantidad de tutelas que se interponen por esta razón. Particularmente grave es lo que se aprecia en algunas tutelas: con mucho esfuerzo el aspirante a jubilado consigue que se solicite el bono, pero luego o no lo emiten o lo emiten pero no sitúan el dinero. Lo mas inhumano es que si el afectado reclama o interpone tutela, el Seguro Social profiera Resolución no concediendo la pensión, con el peregrino argumento de que la



ley prohíbe reconocer pensiones a quien no esté amparado por la expedición del bono y previo el envío del dinero a la Entidad administradora de pensiones.

En primer lugar, sería absurdo que una norma prohibiera decretarle pensión a quien sí tiene derecho a ella. Esa norma no existe. Lo que las normas han establecido es lo siguiente:

- a) El decreto reglamentario 1748/95, artículo 44, había establecido que *"En ningún caso el trámite y concesión de la prestación (pensión o indemnización sustitutiva de bonos tipo B) estará condicionada a la expedición del bono"*, posición que indudablemente era la justa.

Sin embargo, un decreto reglamentario (1474/97) de otro decreto reglamentario (1748/95), artículo 13 dijo: *"De conformidad con lo dispuesto por el artículo 11 del decreto 1296 de 1994, el ISS reconocerá y pagará la pensión de aquellos servidores o exservidores públicos del nivel territorial afiliados al ISS a partir del 1º de abril de 1994, una vez sea remitido el respectivo bono pensional a que tengan derecho por parte de la Caja, fondo o entidad del sector público del nivel territorial"*. Tal decreto se refiere a los fondos departamentales, distritales y municipales de pensiones públicas. Nótese que el decreto 1474/97 no establecía prohibición, sino que fijaba una condición.

- b) Posteriormente el artículo 18 del decreto 1513 de 1998 supeditó el reconocimiento a la expedición del bono, pero tan no estableció la prohibición que permitió pagar la pensión tomando en cuenta las cotizaciones al ISS y luego reliquidándose cuando se expida el bono, no cuando se pague, emisión que debe hacerse "dentro de los plazos". Se aprecia que la norma en ningún instante prohíbe el reconocimiento de la pensión. Y es perentoria en que la emisión debe ser oportuna. El texto normativo, en lo pertinente, dice:

"Artículo 18. El artículo 44 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 13 del Decreto 1474 de 1997, quedará así:

"Artículo 44. Reconocimiento y pago de prestaciones a servidores y exservidores públicos con derecho a bono tipo B.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 11 del Decreto 1296 de 1994, el ISS reconocerá y pagará la pensión de aquellos servidores o exservidores públicos del nivel territorial afiliados al ISS a partir del 1º de abril de 1994, una vez sea expedido el respectivo bono pensional a que tengan derecho por parte de la caja, fondo o entidad del sector público del nivel territorial.

Para efectos del reconocimiento y pago de la pensión, el ISS podrá exigir a la entidad pública del nivel territorial una certificación, emitida por la entidad financiera administradora del patrimonio



autónomo constituido por la entidad pública de conformidad con los Decretos 1314 de 1994, 810 y de 1998 y demás normas que lo modifiquen o adicionen, sobre la existencia de recursos suficientes para el pago del bono. No obstante, si se trata de bonos cuya redención deba ocurrir en una vigencia fiscal posterior a la de su expedición, la entidad financiera certificará sobre la existencia del patrimonio autónomo y el cumplimiento del programa de amortización.

Si la entidad territorial no hubiese constituido el patrimonio autónomo, la expedición del bono deberá estar precedida de un certificado de disponibilidad presupuestal para su pago.

Sin perjuicio de lo anterior, el ISS podrá suscribir acuerdos de pago con la entidad pública, con fundamento en los parámetros que de manera general establezcan el Ministro de Hacienda y Crédito Público, quien podrá delegar dicha función en el Director General de Crédito Público.

Lo dispuesto en los incisos anteriores, es sin perjuicio de que el ISS comience a pagar la pensión de vejez que corresponda a dichos afiliados, tomando en cuenta únicamente las cotizaciones efectuadas al ISS, procediendo la reliquidación de la pensión, en los términos del artículo 11 del Decreto 1474 de 1997, cuando se emita el bono pensional, que obligatoriamente debe expedir y pagar la entidad correspondiente, dentro de los plazos previstos para este efecto.

En caso de que dicha pensión no pueda ser reconocida por el ISS por no haberse expedido el bono, y el servidor haya laborado durante todo su tiempo de servicios al Estado en la misma entidad territorial hasta el traslado al ISS, este Instituto trasladará, dentro del año siguiente, el valor de las cotizaciones de pensión de vejez para que la entidad territorial proceda al pago de la pensión.”

Nótese que el artículo establece soluciones alternativas a la demora en la expedición del bono. Lo que no podía establecer y no lo hizo es que la Entidad Administradora negara el reconocimiento.

Es más, el mismo artículo es radical en cuanto al reconocimiento pleno de los cobijados con el régimen de transición (que prácticamente son todos los casos que en estos años recientes a la expedición de la Ley 100/93 se están tramitando). Dice el inciso correspondiente:

“A los trabajadores cobijados por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y sus reglamentarios, el ISS les liquidará, reconocerá y pagará su pensión, respetando la edad, tiempo de servicios y monto (porcentaje y tope) que se tomaron para el cálculo del bono, que sean aplicables. El ingreso base de liquidación se establecerá de acuerdo con el tercer inciso del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.”

- c) De este decreto modificatorio de los anteriores (1513/98) se trató de colegir



equivocadamente que si no llegaba el bono no se decretaba la pensión. Cuestión que vino a ser tratada últimamente por el decreto extraordinario 266/2000 (de mayor entidad que los anteriores) al indicar en su artículo 101: *"Para el reconocimiento de pensiones no será necesario el pago del bono pensional. En todo caso será necesario que el bono haya sido expedido..."*. Frase esta última que debe ser interpretada dentro de los criterios de favorabilidad.

- d) En conclusión, se afectan derechos fundamentales (especialmente el de dignidad, mínimo vital, seguridad social, derechos adquiridos) cuando la demora en la emisión del bono impide el acceso a una pensión de jubilación a la cual tiene derecho quien haya adquirido el status de jubilado. Y se incurre en vía de hecho si estando probado que una persona tiene derecho a la pensión se le niega ésta por lo de los bonos, máxime cuando hoy la misma normatividad ha adoptado una posición ecléctica: reconocimiento con la expedición, sin necesidad del pago.

11. Comportamiento del operador jurídico

Particular cuidado deben tener los funcionarios en estos casos. Vale recordar que el artículo 123 de la C. P. indica: *"Los servidores públicos están al servicio del Estado y la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento"*. Dichos funcionarios en todo momento deben tener de presente que su trabajo se orienta a lograr la vigencia del orden justo consagrado en el Preámbulo y en el artículo 2º de la C. P. La aplicación de los principios y valores, conjuntamente con las reglas, hace del funcionario público alguien activo y pensante que da soluciones justas y transformativas y no simplemente formales y burocráticas. Tratándose de aquellos funcionarios que por motivo de su trabajo diariamente tienen que enfrentarse a la seguridad social, es particularmente importante hacer un esfuerzo adicional para que el trámite no se convierta en algo que por cotidiano se torne en deshumanizador. Precisamente el artículo 95, numeral 2º de la C. P. dice que hay que *"Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas"*.

12. Comportamiento jurisprudencial sobre emisión del bono

La liquidación y remisión de los bonos pensionales a la entidad que finalmente debe reconocer y pagar una pensión, ha sido ordenada mediante tutela por la corte constitucional. Ver sentencias c-177 de 1998 y t-241, t-360, t-440, t-551 y t-549 de 1998. En ellas se ha protegido el derecho a la vida y la seguridad social de los aspirantes a pensionados. Inclusive se ha procedido de esa manera tratándose de pensiones especiales. Particular importancia tiene la t-



577/99 porque señala la favorabilidad en la interpretación (en el mismo sentido se había pronunciado la t-01/99). Dijo la t-577/99:

"Es claro en el presente caso y siguiendo jurisprudencia reiterada de esta Corporación, que no corresponde a la Corte ordenar el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, pero sí le compete advertir en este preciso caso, que la negativa del ISS en reconocer la pensión a la señora Graciela Mejía, estriba en que la entidad accionada no cancela efectivamente el bono, tal como lo expresa el decreto 1474 de 1997, disposición que debe interpretarse favoreciendo los intereses de la actora. Sobre el punto debe la Corte insistir en que el principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la norma laboral configura un mandato imperativo del Constituyente, motivo por el cual ninguna autoridad puede sustraerse a darle plena eficacia.⁹

De ahí que en el fallo de la Corte se hubiere ordenado que en 48 horas la entidad que debiera haber emitido el bono lo hiciera y pusiera a disposición del ISS el dinero correspondiente al bono pensional necesario para el trámite de la pensión de jubilación de quien interpuso la acción de tutela.

Ese plazo de las 48 horas también fue el señalado en la T-538/2000 para expedición de bonos y remisión de los mismos. Allí se indicó:

"En los expedientes de tutela, cuyos fallos se revisan se observa que los accionantes han cumplido con los requisitos legales. Sin embargo, el S.S. no ha procedido al reconocimiento de ellas debido a la negativa de las entidades obligadas a emitir y poner a disposición de dicha entidad los correspondientes bonos pensionales a que tienen derecho los actores por haber laborado en otras entidades.

La situación antes descrita necesariamente ha repercutido en los derechos de las personas demandantes a que se les haya afectado su derecho al mínimo vital, pues mientras no se produzca su reconocimiento, su subsistencia se verá desprotegida.....

"Por tanto esta Corporación al analizar que evidentemente los actores requieren de este bono para el reconocimiento de sus respectivas pensiones y que está demostrado que sí laboraron en las correspondientes empresas demandadas, concederá las tutelas para garantizarles sus derechos a la vida y a su dignidad como personas de la tercera edad, por lo que en la parte resolutiva de esta Sentencia se impartirán las órdenes respectivas.... En el entendido de que la entidad accionada debe trasladar al Seguro Social el bono pensional en 48 horas."

13. Si se ha emitido y expedido el bono no puede negarse el reconocimiento de la pensión

⁹ C-168 del 20 de abril de 1995 (M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz),



Si alguien tiene el status de jubilado y por la demora en la emisión de los bonos (algo extraño a la persona que ha adquirido su derecho a la pensión de vejez) se profiere una Resolución negando la pensión, dicha resolución incurre en vía de hecho porque es apresurada y porque a sabiendas de que el trabajador o el extrabajador tiene una situación jurídica concreta que implica el reconocimiento de la pensión, se determina algo en contrario afectándole el debido proceso y de paso el derecho a una vida digna y a un salario vital.

Si ya ha sido emitido y expedido el bono, no es necesario el pago para el reconocimiento pleno de la pensión (decreto 266/2000, artículo 101, que armoniza con el carácter negociable del bono). La pregunta es si se reconoce la pensión por una parte o la totalidad; la respuesta es: hay que tener en cuenta si está dentro del régimen de transición en cuyo caso hay que respetar la edad, tiempo de servicio y monto porque así lo dice expresamente el artículo 18 del decreto 1513 de 1998. Esa misma norma, si bien es cierto permite excepcionalmente un pago parcial, señala un atributo de obligatorio cumplimiento, en efecto, dice que obligatoriamente debe expedir y pagar la entidad correspondiente, dentro de los plazos previstos para este efecto; determinación ésta que se predica a favor del aspirante a pensionado, porque sería injusto que la desidia y violación de la ley por parte de un tercero (quien emite el bono) le permitiera a la Entidad Administradora perjudicar a un pensionado decretándole, a sabiendas, una pensión menor, y si lo hace, ya estando sobrepasados los términos para la emisión del bono, incurre en vía de hecho porque interpretó la norma en el sentido más desfavorable para el extrabajador que tiene una situación jurídica concreta. Esto se compagina con la jurisprudencia contenida en la T-865/99 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) que dice:

"Así como a todos los trabajadores les es aplicable el principio jurídico laboral según el cual a un trabajo igual debe corresponder y salario igual, debe entenderse que a trabajadores que han percibido un salario igual, debe corresponderles, al cumplir de igual forma los requisitos de ley, una pensión igual. Conceder a algunos pensionados este beneficio, excluyendo de la misma posibilidad a otros por la sola circunstancia del incumplimiento mencionado, se erige en un trato discriminatorio. Esta actitud significa establecer el principio conocido como la "acepción de personas", que implica un quebrantamiento del principio de justicia distributiva y conmutativa, opuesto a la igualdad. Al introducir esta desigualdad sin justificación alguna, la Sentencia bajo examen está desconociendo el deber estatal de promover, de acuerdo con el artículo 13 superior, las condiciones para que la igualdad de todos los colombianos sea real y efectiva, objetivo fundamental dispuesto además a lo largo de toda la normatividad de nuestra Carta Política, además de la especial protección del trabajo que pregonó el artículo 53 superior. "



CASOS CONCRETOS

T-317779

Laura Inés Nieto Farieta tiene la edad y el tiempo requerido para su pensión de jubilación, así lo reconoce expresamente el ISS y no obstante eso no se le decreta su pensión. Ya la Corte ha indicado que en esta situación se puede estar incurriendo en una vía de hecho. Pero la tutela no se dirige contra el acto administrativo que niega la prestación, sino contra la causa de la negativa: la no emisión del bono pensional. Es por eso que la tutela se encausó tanto en la solicitud como en el trámite contra la Superintendencia de Notariado y Registro porque es esta entidad quien ha debido emitir el bono y no lo ha hecho pese a los requerimientos. La jurisprudencia de la Corte ha sido enfática en proteger al afectado por tal omisión y así se determinará en el presente caso. Sería injusto aceptar lo dicho por la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que es objeto de revisión, en el sentido de que *"cuando las entidades no responden las solicitudes presentadas ante ellas en los términos previstos en la ley, no se configura la vulneración del derecho de petición, habida cuenta que el silencio administrativo es precisamente una figura jurídica que la ley ha instituido para que el solicitante entienda que, luego de transcurridos tres meses desde su presentación, ha de suponerse que fueron negadas, con el objeto de que se de así el agotamiento de la vía gubernativa y en consecuencia pueda demandar ante la jurisdicción competente..."*, porque si ello fuere así se tendría que toda solicitud de pensión que no fuera decidida en tres meses (es decir la casi totalidad de las que tramita el Seguro Social y la Caja Nacional de Previsión) significaría que la pensión fue negada aunque se tenga el status de jubilado y lo que es más grave: si una entidad no emite el bono en tres meses (es una obligación hacerlo y es obligación pagar el bono) habría que entender que el bono ha sido negado y se requeriría que para cumplir con una obligación de entidades estatales previamente se adelantara un juicio ordinario laboral como lo insinúa la Corte Suprema. Esto no se compadece con los deberes de eficacia y eficiencia de los funcionarios públicos, ni con los derechos a la pronta resolución que tienen los ciudadanos, ni con la protección a los derechos fundamentales. En consecuencia, se revocarán las sentencias que se revisan y se concederá la tutela.

T-317932

La sentencia que se revisa hace un completo estudio del perjuicio irremediable para colegir que *"será la jurisdicción ordinaria la encargada de verificar la existencia del perjuicio y buscar la salida jurídica al mismo"*; pero pasa por alto que lo que se discute es que hace más de dos años una persona ha solicitado que se le decrete su pensión y eso no ha ocurrido porque no se ha emitido el bono. Es por eso que la tutela se dirige contra el Ministerio de Hacienda (no contra la Caja Nacional de Previsión como equivocadamente lo dice el fallo que se revisa). El



Ministerio de Hacienda debe colaborar eficientemente en la emisión del bono y la eficiencia tiene relación con la pronta definición. No sirve de disculpa que el bono se paga después de dictarse la resolución que otorga la pensión porque para dictar esa resolución hay el trámite previo de la emisión del bono. Tampoco es justificación que se puede dictar la resolución sin la emisión del bono como lo dice el Ministerio de Hacienda porque lo que constituye violación no solo al derecho de petición sino al de la seguridad social es el hecho de que existan demoras que afecten el derecho de todo trabajador a que le sea reconocida la pensión una vez cumpla con los requisitos de edad y tiempo de servicios. La demora por parte del Estado afecta indudablemente al aspirante a pensionado como se ve palpablemente en el caso de señor Valencia y por ende se concederá la tutela.

T-316475

Julio César García Galezo instaura tutela contra CAPRECOM. La prueba demuestra que a dicha institución no se le ha solicitado nunca la emisión o tramitación del bono pensional del señor García. Los trámites se han venido haciendo es ante Telecom. Luego le asiste razón al juez de instancia cuando negó la tutela *"al no demostrar el demandante que hubiese dirigido petición alguna a la entidad accionada, a través de un Fondo de pensiones o en forma personal, referente al traslado de su bono pensional"*.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la decisión del Juzgado 11 Laboral de Bogotá del 7 de abril del 2000 en la acción de tutela de Héctor Valencia García contra el Ministerio de Hacienda que negó la tutela y en su lugar concederla por las razones indicadas en el presente fallo y **ORDENAR** a la Oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda que en el término de cuarenta y ocho (48) horas se emita el acto administrativo de reconocimiento de la cuota parte de la Nación para efectos del bono pensional del señor Valencia García.

SEGUNDO. REVOCAR las sentencias de primera instancia de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá del 29 de febrero del 2000 y la de segunda instancia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 5 de abril del 2000 en la tutela de Laura Inés Nieto Farieta contra la Superintendencia de Notariado y Registro, y en su lugar **ORDENARLE** a esta



entidad que en el término de cuarenta y ocho (48) horas emita el bono correspondiente y lo remita a los Seguros Sociales y en el momento legal y oportuno se pague dicho bono.

TERCERO. CONFIRMAR la sentencia del Juzgado 3º Laboral de Valledupar del 22 de marzo del 2000 en la tutela de Julio César García Galezo contra Caprecom.

CUARTO. Por Secretaría líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

(...)



6.2. NO INTEGRACIÓN DE LITISCONSORCIO NECESARIO POR PASIVA

RADICACION 15977 / 14-Diciembre-2001

SALA DE CASACION LABORAL

Radicación No.15977

Acta No.58

Magistrado Ponente: LUIS GONZALO TORO CORREA

Bogotá, D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil uno (2001).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de JOSE EDGAR GUERRERO MORILLO contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., el 8 de noviembre de 2000, en el juicio que le sigue a BANCAFE.

(...)

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

Inicialmente, se destaca que, pese a que en los hechos de la demanda inicial solo se afirmó que el actor había prestado servicios a BANCAFE, entidad que le reconoció la pensión por un valor mensual de \$228.104,25, según Resolución 277 de 1998 (hechos 3 a 6 folio 4 C.1), revisado el documento que la contiene (folios 11 a 15 C.1), se aprecia que a través de ella se resolvió reconocer al actor "una pensión mensual de jubilación en cuantía de \$369.548,00...", la cual se pagaría "con cargo a las siguientes entidades: CAJA AGRARIA \$76.109,88, BANCAFE \$293.438,12", reconocimiento que obedeció, tal cual se desprende del considerando 4º, por haberle prestado servicios al Estado Colombiano así: a la Caja Agraria del 27 de enero de 1965 al 5 de julio de 1973 (8 años, 5 meses y 8 días) y a BANCAFE el del 25 de noviembre de 1976 al 3 de octubre de 1993 (16 años, 10 meses y 8 días).

No obstante, estima la Sala que en este caso no había necesidad de aplicar la figura del llamamiento en garantía o de integrar un litisconsorcio necesario respecto de la Caja Agraria, como se alegó por la demandada, pues ésta puede repetir contra aquella, para obtener la proporción que le corresponde pagar, como expresamente lo prevé la Ley. Además porque así también lo admitió Bancafé en la Resolución No.277 de 1998 que expidió (folio 11 a 15), en donde señala que por medio de ella "se reconoce y ordena el pago de una pensión de

jubilación oficial y se repite contra una entidad concurrente", en el considerando 7º claramente cuando dice "Que la proporción de las entidades se establece conforme a lo dispuesto en el artículo 72 del Decreto 1848 de 1969, en concordancia con el artículo 2º de la Ley 33 de 1985, distribuyendo el monto de la pensión en proporción al tiempo servido en cada una de ellas,...", a más de que en el artículo 8º de la parte resolutiva dispuso enviar copia de tal resolución a la entidad concurrente.

Bajo la anterior consideración la Sala rectifica su anterior posición jurisprudencial que sostenía que por no haberse integrado el litisconsorcio necesario, debía proferirse un fallo inhibitorio. De este modo cobran vigencia las reflexiones que en torno al punto se expusieron en el salvamento de voto a la decisión mayoritaria correspondiente a la sentencia proferida por esta Sala el 10 de diciembre de 1998, radicación 10939, y que por avenirse completamente a este asunto a continuación se transcriben:

"Las leyes 6ª de 1945 (art. 29), 24 (art. 1º) y 72 (art. 21) de 1947; 171 de 1961 (art. 4º); 48 de 1962 (art. 9º); 4 de 1966 (arts 4 y 5); 33 de 1985 (arts 1º y 2º) y 71 de 1988, así como los decretos 2941 de 1948 (art. 1º); 1611 de 1962 (arts 17 y 18); 1743 de 1966 (arts 5 y 6); 3135 de 1968 (arts. 27 y 28), y 1160 de 1989, se ocupan en su normatividad del evento de que el derecho habiente pensional haya laborado para varios empleadores, o hubiese efectuado aportes a distintas entidades de seguridad social, y disponen que el crédito pensional lo reconozca y pague el último empleador, o la última entidad de seguridad social a que estuviese afiliado, pero a su vez hace posible que el obligado a pagar la pensión reivindique y repita contra unos u otras en la proporción de la obligación que les corresponde.

"De acuerdo con lo anterior, y examinada la regulación contenida en las normas precitadas, se encuentra que esta última circunstancia (el derecho a repetir) en realidad no es suficiente para que se predique que entre los diversos sujetos a los que se a hecho referencia exista una relación de estirpe legal, o de orden jurídico material, que traiga como consecuencia que un litigio como el que se trata deba ser dirimido, por iniciativa de la parte demandante, o de oficio por el juzgador de primera instancia, con la concurrencia de los anteriores ex empleadores del accionante o de las entidades de seguridad social a la que haya estado afiliado con fines pensionales o de ambos y, antes por el contrario, tal normatividad permite concluir que no se está en presencia del llamado litisconsorcio necesario.

"En efecto, son los preceptos bajo análisis los que incuestionablemente imponen al trabajador con expectativas pensionales para que impetre su reconocimiento y pago directamente a su último empleador, o a la institución de seguridad social a la que se encuentre afiliado al momento de cumplir el tiempo suficiente de servicios, o a la que se encontrare adscrito al momento de su retiro, demostrando ello que desde el mismo derecho de la seguridad social

se asume que entre los distintos empleadores y entidades de seguridad social, concernidos con la vida laboral del petente, o con su carácter de afiliado al sistema de seguridad social pensional, no se configura, en el contexto del tema que se estudia, una relación material o jurídica inescindible, en frente de la cual el Juez del Trabajo deba tomar decisiones uniformes y homogéneas, para dichos sujetos, sino que le está señalado al acreedor del crédito a cuál de los miembros de esa pluralidad debe acudir en procura de la efectividad de su derecho social.

"Es tan cierto lo anterior que no podría el ex trabajador pretender el reconocimiento de su pensión de persona distinta a la que la ley señala es la obligada a su reconocimiento y pago, es decir, de uno de los ex empleadores o de la institución de seguridad social cuyo tiempo de servicio o de aportes se tuvo en cuenta para reunir el tiempo de servicios mínimo para tener derecho a tal prestación social.

"Asimismo, no solo desde la perspectiva del titular del crédito pensional es desvirtuable la existencia de un litisconsorcio necesario entre empleadores y entidades de seguridad social con las que él hubiere estado vinculado, sino que también lo es si la situación se examina a partir del ente que debe reconocer y pagar la pensión. Ello porque los preceptos sobre los cuales se ha reflexionado también otorgan un tratamiento individual, aislado y escindido a cada uno de los posibles obligados en el cubrimiento de la deuda pensional existente a favor del beneficiario social, en la medida que quien finalmente es objeto del reclamo y responsable de su satisfacción está asistido del derecho para repetir contra los demás obligados, a prorrata del lapso que aquél hubiera aportado o laborado para ellos.

"En consecuencia, en el caso de acumulación del tiempo de servicios o de aportes, para reclamar judicialmente el reconocimiento de la pensión de jubilación no se estructura una relación legal o material única, indivisible e inescindible que imponga, por lo tanto, la necesaria e ineludible integración del contradictorio con todos ellos, sino que el beneficiario de la pensión debe y tiene que reclamarla de quien finalmente es el obligado a reconocerla. Para la Sala el derecho de ésta a repetir, como también el mecanismo que las normas legales ya citadas establecen con tal fin, es para dilucidar las relaciones internas entre ellas y hace parte de un procedimiento administrativo que persigue evitar que el beneficiario de la pensión tenga que, en ese campo, reclamarla a todos, como también posibilita de darse la circunstancia para que aquellas objeten la cuota que les corresponde y ella incide en el derecho de la persona que reclama la pensión, el obligado a su reconocimiento y pago lo aduzca como defensa frente a éste en su debida oportunidad.

"Quiere decir lo antes comentado que en el evento como el que se ha analizado, en el que la empleadora aduce que la pensión que sufraga y cuyo reajuste se le ha demandado, es compartida con el Municipio de Salamina, por lo que se debió haber demandado también a

este último en razón que debe asumir los posibles efectos de la prosperidad de la pretensión, la figura procesal que se da, por lo dicho, no es el litisconsorcio necesario, sino la del llamamiento en garantía previsto por el artículo 57 del código de procedimiento civil, que permite a *"quien tenga derecho legal o contractual a exigir a un tercero (...) el reembolso total o parcial del pago que tuviera que hacer como resultado de la sentencia (...)"*, pedir que cite a éste al proceso para que en el mismo *"se resuelva sobre tal relación"*.

"En nuestro sentir, entonces, los anteriores planteamientos permitían recoger el criterio jurisprudencial a que acudió la Sala para dictar sentencia inhibitoria en el presente asunto y, por consiguiente, se debió decidir la instancia en el fondo y en consonancia con el resultado del recurso extraordinario."

También, son enteramente válidos los argumentos expuestos en el salvamento de voto hecho a la sentencia radicada bajo el No.12389, cuyos términos en seguida se reproducen:

"Dos razones fundamentales me llevan a discrepar respetuosamente del criterio de la mayoría, ellas son:

"1.- De orden sustancial: de vieja data se tiene establecido en el sector oficial (empleados públicos y trabajadores oficiales), que cuando un servidor ha laborado sucesivamente a las diferentes entidades de derecho público, se acumulan los tiempos de servicios (artículo 72 Decreto 1848 de 1.969). Pero el numeral primero del artículo 75 ibídem, prescribe que la pensión de jubilación "se reconocerá y pagará al empleado oficial por la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al tiempo de cumplir el tiempo de servicios requerido por ley, (...) o por la entidad de previsión a que este afiliado al tiempo de retiro"; el numeral segundo expresamente señala que el reconocimiento y pago se hará directamente por la última entidad, y el numeral tercero otorga el derecho de repetición o reembolso por las partes proporcionales a los entes anteriores.

"Posteriormente, el artículo 7º de la Ley 71 de 1.988 consagró para empleados públicos y trabajadores oficiales el derecho a pensión de jubilación, al cumplir requisitos de 20 años de aportes sufragados 'en cualquier tiempo y acumulados en una o varias entidades' y la edad respectiva.

"La anterior ley fue reglamentada por el Decreto 2709 de 1.994, que en el artículo 7º, impone obligaciones para trámite de pensiones a la última entidad empleadora; el artículo 10 expresamente consagra que la pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la 'última entidad de previsión a la que se efectuaron aportes', siempre que

lleva cotizando mínimo 6 años y el artículo 11 regula lo atinente a la cuota parte correspondiente por 'contribución'.

"Significa lo anterior, que el legislador ha sido constante en mantener un único responsable del pago de la obligación pensional frente al servidor público titular del respectivo derecho, sin exigir a este que deba asumir las consecuencias de la falta de pago de las cuotas partes correspondientes. Siendo ello así, resulta innegable que exigir que se convoque al proceso a todas las entidades, públicas donde se prestó el servicio, es imponer una carga procesal excesiva que no sólo desconoce los preceptos constitucionales sobre acceso expedito a la justicia y protección especial para los trabajadores de la tercera edad, sino también las normas legales atrás citadas que establecen la relación entre el beneficiario del derecho pensional y la respectiva entidad obligada a satisfacerlo.

"2.- De orden procesal: La pluralidad de partes puede originarse en un litisconsorcio y éste adquiere la naturaleza de necesario cuando existen relaciones jurídico sustanciales sobre las cuales no es posible pronunciarse fraccionadamente porque la decisión obliga a todos.

"En el sub júdice, del tenor de la normatividad sustantiva relacionada en el numeral que antecede se sabe con exactitud cuál es la entidad directamente responsable del reconocimiento del derecho a la pensión. Empero, de ninguna manera se exige la comparecencia indispensable al proceso de todos los anteriores entes beneficiarios de los servicios porque el legislador regula el sistema de las cuotas partes proporcionales, otorga el derecho a repetir contra éstos y exige consecuencialmente un sujeto pasivo de la relación procesal.

"Nótese cómo el primer inciso del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1º, numeral 35 del Decreto 2282 de 1.989, expresa que se da la figura en referencia 'Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fue posible resolver de mérito sin comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervengan en dichos actos...'. Por tanto, no se está frente a una legitimación en la causa incompleta porque el legislador de manera expresa no lo exige, al contrario, le impone la obligación de reconocer y pagar la pensión a una entidad, generalmente la última, y simultáneamente regula los mecanismos para el cobro de esas cuotas partes entre las entidades.

"Por tanto, considero que no puede predicarse en este asunto falta de contradictor necesario en el sujeto pasivo, porque el ente final titular y obligado a reconocer el derecho pensional, tiene a su arbitrio el camino administrativo regulado por el legislador, sin perjuicio de que procesalmente pueda vincularse a las demás entidades mediante la figura



del llamamiento en garantía, bien distinta. De suerte que no es carga impuesta por la legislación al servidor público que demanda su pensión la de sufrir las contingencias de integrar un litis consorcio necesario, que por lo demás dilata injustificadamente el trámite de procesos laborales."

(...)

SALVAMENTO DE VOTO
DR. GERMAN VALDES SANCHEZ

Mi respetuosa discrepancia con la decisión mayoritaria estriba en que considero que el cargo formulado no ha debido prosperar, puesto que no comparto la tesis según la cual procede en este caso la aplicación de la actualización de la base de liquidación de la primera mesada pensional.

Como lo he dicho en repetidas ocasiones, incluso con mayor extensión, esa revalorización solo es posible en relación con las pensiones contempladas y reguladas expresamente en la ley 100 de 1993, que es la que consagró ese mecanismo, y lo hizo concretamente para ellas como pensiones pertenecientes a un verdadero sistema de seguridad social, con todas las connotaciones que ello implica, partiendo de la condición de corresponder a un régimen contributivo.

Frente a las consideraciones de instancia, debo decir que igualmente creo que en casos como el presente, es necesario conformar debidamente el contradictorio, incluyendo en la parte pasiva a todas las entidades que deben concurrir al pago de la pensión correspondiente, pues es indispensable garantizarles el ejercicio de su derecho de defensa, que no puede considerarse atendido por la gestión que pueda adelantar la entidad que aparezca como única demandada.

Aunque en forma escueta, con lo dicho dejo precisada mi posición frente a la decisión de la mayoría.

Fecha ut supra.



SALVAMENTO DE VOTO

DR. FRANCISCO ESCOBAR HENRIQUEZ

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de enero de dos mil dos (2002).

En vista de que considero improcedente rectificar el criterio de la Sala en la forma como se hizo en la sentencia arriba reseñada, me permito salvar el voto respecto al punto en cuestión, esto es, la necesidad de integrar el contradictorio con la entidad concurrente al pago de la pensión, cuyo reajuste fue ordenado en este juicio.

En efecto, conforme al texto de la sentencia, en la resolución de reconocimiento del derecho pensional de folios 11 a 15 aparece que junto con la demandada Bancafé, también está obligada al pago de la pensión la Caja Agraria, y si bien esta entidad bancaria dejó constancia respecto a que "se repite contra una entidad concurrente" y de que le envió copia de tal acto a la Caja Agraria, ello no se opone a las razones plasmadas entre otras en la sentencia de radicación 13740 del 10 de agosto de 2000, referentes a que es un "... imperativo definir uniformemente para todos los litisconsortes el punto debatido y así garantizarles su derecho al debido proceso, con oportunidad de defenderse y no verse afectados por una decisión adoptada en un juicio del que no fueron partes...".

Es decir, que considero que en este caso no podía proferirse sentencia de mérito, sino una inhibitoria y resultan suficientes las consideraciones mencionadas y las que a continuación se transcriben, las cuales corresponden a la sentencia 7592, de septiembre 19 de 1995, reproducidas también en la radicación 10939 de diciembre 10 de 1998 y cuyo salvamento de voto sirvió ahora para rectificar dicho criterio:

"(...) Cuanto hace con el 2º punto a tratar, advierte la Corte que las consideraciones precedentes no conducen propiamente a la prosperidad de las pretensiones, porque así definido el régimen aplicable y no obstante que, de acuerdo con el mismo, es la demandada la única obligada directamente y sólo sobre ella recaería la eventual condena, no puede desconocerse que existe una entidad territorial que no fue citada al proceso y que resultaría obligada, aunque no con el demandante sí con la demandada, a reembolsar el equivalente de la cuota parte a su cargo, en proporción al tiempo servido a ella por el actor, de donde se infiere indiscutiblemente su interés legítimo en el trámite y en las resultas del juicio.



Si cuando se trata de tramitar, de modo extra-judicial, el pago de la pensión, por servicios prestados a varias instituciones de derecho público, es menester que la directamente obligada corra traslado del reconocimiento y la liquidación a cada una de las demás entidades para que éstas tengan la oportunidad de efectuar los reparos del caso (D. 2921/48), con mayor razón cuando se acude al trámite judicial deba citarse también a todos los entes que aun cuando no estén obligados directamente con la parte actora, sí tendrán que responderle a la última empleadora por la cuota pensional que a cada uno le corresponda; la omisión en tal sentido implica que no se cumple el proceso en forma de respetar el derecho de contradicción y de defensa que como garantía fundamental consagra la Constitución Nacional.

Esa la razón por la que, de viejo cuño, ha dicho la Corte que si existe la posibilidad de que alguna porción de la jubilación pueda ser repetida contra el organismo administrativo correspondiente, "la lógica jurídica presupone que deben ser citadas en litisconsorcio necesario al proceso declarativo de ese derecho todas las entidades contra las cuales pudiera repetirse". (Sent. ago. 25/80, rad. 6020).

Se advierte, por consiguiente, que cuando se trata de demandar a un organismo oficial para que reconozca la pensión de jubilación con base en tiempo de servicios a varias entidades de derecho público, es necesario que se cite al proceso a todas éstas, de tal modo que cada una participe en la definición del derecho, así como en la deducción de la cuota pensional que deberá reembolsar a la directamente obligada, a prorrata del tiempo servido en cada una. Como en este caso no se procedió así, se carece de uno de los presupuestos procesales y ese defecto no permite la decisión de mérito.

En consecuencia, y sin necesidad de abordar el segundo cargo, hay lugar a la anulación del fallo acusado para, en sede de instancia, revocar el de primer grado y, en su lugar proferir fallo inhibitorio (...)".

En estos términos queda salvado mi voto.



6.3. INTEGRACIÓN DEL LITISCONSORCIO POR PASIVA.

RADICACIÓN 12389 30 ENERO 2000

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: Carlos Isaac Nader

(...)

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Basta una simple lectura de la sentencia para concluir que el Tribunal se inhibió para fallar de mérito el asunto, por considerar que no se convocó al proceso a las otras entidades obligadas legalmente al pago de la pensión suplicada, es decir, a la Caja Nacional de Previsión Social y al Instituto de Seguros Sociales. Quiere ello decir, entonces, que no empece omitir cita de norma alguna relativa al litisconsorcio necesario y a la inhibición, consecuencia lógica que doctrina y jurisprudencia han derivado de su no integración, hizo expresa aplicación del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, pues estimó que la situación fáctica planteada en la litis se subsumía en las figuras jurídico-procesales anotadas, haciéndole producir los efectos señalados en ella.

Siendo así las cosas, mal puede, por obvia razón, aducirse una **infracción directa** del mencionado canon procesal y su concordante, el 51 de la misma codificación, pues si, como lo admite el recurrente, no hay discusión sobre las conclusiones fácticas a las que llegó el *ad quem* y una de ellas es justamente la no convocatoria al proceso de las referidas entidades públicas, tal circunstancia está gobernada por las reglas sobre integración del contradictorio, presupuesto ineludible para un fallo de fondo, cuya teleología gira en torno de la garantía constitucional del debido proceso y, en particular, del derecho de defensa.

A la **infracción directa**, como modalidad de violación de la ley sustancial, llega el juez bien porque desconoce su existencia, ora porque conociéndola le resta validez en el tiempo o en el espacio, rebelándose contra su preceptiva. Si, como en el caso *sub judice*, el juzgador de segundo grado observó que no hubo llamamiento a la litis del ISS y CAJANAL, como era deber hacerlo de acuerdo con el entendimiento que la Corte le ha dado a las normas consagratorias de la pensión de jubilación compartida entre varias obligadas a pagarla, entonces no incurrió en la violación de medio denunciada por el censor en ambos cargos,



pues la litis debía gobernarse, sin lugar a dudas, por la regla del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, cuyo contenido fue el escogido por el fallador.

Entonces, de ninguna manera inaplicó el Tribunal el precepto consagratorio del litisconsorcio necesario, por obvia razón; ni mucho menos puede decirse, como lo hace el casacionista, que se aplicó "sin regular el caso", dado que al encontrar probada –hecho no reprochado por el censor- la omisión de la citación como parte pasiva de dos de las vinculadas por la ley a responder por el derecho sustancial deprecado, se imponía abstenerse de pronunciar una sentencia de mérito, puesto que por un lado no podía producirse condena alguna sin garantizar el derecho de contradicción, y del otro no existía posibilidad de escindir la decisión porque en un solo sentido debía resolverse la cuestión frente a los obligados a responder por el derecho material litigioso.

Ahora bien, destruido el "puente" que conducía, según el recurrente, a la violación directa de las dos normas sustanciales enlistadas en el cargo, ni infracción directa de éstas se produjo, ni mucho menos se hizo interpretación errónea de ellas. La Corte reitera, pues, su posición doctrinal acerca de la necesidad de citar al proceso a todas las entidades de seguridad social que deben asumir conjuntamente una pensión, como lo resolvió en sus fallos del 10 de diciembre de 1998 (exp. 10939) y del 19 de septiembre de 1995 (exp. 7592), dado que el último patrono no es más que un diputado para el pago, y, por consiguiente, no puede ser obligado a pagar exclusivamente la pensión original. Además, en sana lógica, como se expuso desde la sentencia del 25 de agosto de 1980 (exp. 6020), si cuando se trata de tramitar, de modo extrajudicial, el pago de la pensión por servicios prestados a varias instituciones de derecho público es menester que la directamente obligada corra traslado del reconocimiento y la liquidación a cada una de las demás entidades para que éstas tengan la oportunidad de efectuar los reparos del caso (Decreto 2921 de 1948), con mayor razón cuando se acude al trámite judicial deba citarse también a todos los entes que aún cuando no estén obligados directamente con la parte actora, sí tendrán que responderle a la última empleadora por la cuota pensional que a cada uno le corresponda.

Los cargos, en consecuencia, no prosperan.



SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO JOSE ROBERTO HERRERA VERGARA

Referencia: Expediente No. 12389

Dos razones fundamentales me llevan a discrepar respetuosamente del criterio de la mayoría, ellas son:

1.- De orden sustancial: de vieja data se tiene establecido en el sector oficial (empleados públicos y trabajadores oficiales), que cuando un servidor ha laborado sucesivamente a las diferentes entidades de derecho público, se acumulan los tiempos de servicios (artículo 72 Decreto 1848 de 1.969). Pero el numeral primero del artículo 75 ibidem, prescribe que la pensión de jubilación "se reconocerá y pagará al empleado oficial por la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al tiempo de cumplir el tiempo de servicios requerido por ley, (...) o por la entidad de previsión a que este afiliado al tiempo de retiro"; el numeral segundo expresamente señala que el reconocimiento y pago se hará directamente por la última entidad, y el numeral tercero otorga el derecho de repetición o reembolso por las partes proporcionales a los entes anteriores.

Posteriormente, el artículo 7º de la Ley 71 de 1.988 consagró para empleados públicos y trabajadores oficiales el derecho a pensión de jubilación, al cumplir requisitos de 20 años de aportes sufragados "en cualquier tiempo y acumulados en una o varias entidades" y la edad respectiva.

La anterior ley fue reglamentada por el Decreto 2709 de 1.994, que en el artículo 7º, impone obligaciones para trámite de pensiones a la última entidad empleadora; el artículo 10 expresamente consagra que la pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la "última entidad de previsión a la que se efectuaron aportes", siempre que llevé cotizando mínimo 6 años y el artículo 11 regula lo atinente a la cuota parte correspondiente por "contribución".

Significa lo anterior, que el legislador ha sido constante en mantener un único responsable del pago de la obligación pensional frente al servidor público titular del respectivo derecho, sin exigir a este que deba asumir las consecuencias de la falta de pago de las cuotas partes correspondientes. Siendo ello así, resulta innegable que exigir que se convoque al proceso a todas las entidades, públicas donde se prestó el servicio, es imponer una carga procesal excesiva que no sólo desconoce los preceptos constitucionales sobre



acceso expedito a la justicia y protección especial para los trabajadores de la tercera edad, sino también las normas legales atrás citadas que establecen la relación entre el beneficiario del derecho pensional y la respectiva entidad obligada a satisfacerlo.

2.- De orden procesal: La pluralidad de partes puede originarse en un litisconsorcio y éste adquiere la naturaleza de necesario cuando existen relaciones jurídicas sustanciales sobre las cuales no es posible pronunciarse fraccionadamente porque la decisión obliga a todos.

En el sub júdice, del tenor de la normatividad sustantiva relacionada en el numeral que antecede se sabe con exactitud cuál es la entidad directamente responsable del reconocimiento del derecho a la pensión. Empero, de ninguna manera se exige la comparecencia indispensable al proceso de todos los anteriores entes beneficiarios de los servicios porque el legislador regula el sistema de las cuotas partes proporcionales, otorga el derecho a repetir contra éstos y exige consecuencialmente un sujeto pasivo de la relación procesal.

Nótese cómo el primer inciso del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1º, numeral 35 del Decreto 2282 de 1.989, expresa que se da la figura en referencia "Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fue posible resolver de mérito sin comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervengan en dichos actos...". Por tanto, no se está frente a una legitimación en la causa incompleta porque el legislador de manera expresa no lo exige, al contrario, le impone la obligación de reconocer y pagar la pensión a una entidad, generalmente la última, y simultáneamente regula los mecanismos para el cobro de esas cuotas partes entre las entidades.

Por tanto, considero que no puede predicarse en este asunto falta de contradictor necesario en el sujeto pasivo, porque el ente final titular y obligado a reconocer el derecho pensional, tiene a su arbitrio el camino administrativo regulado por el legislador, sin perjuicio de que procesalmente pueda vincularse a las demás entidades mediante la figura del llamamiento en garantía, bien distinta. De suerte que no es carga impuesta por la legislación al servidor público que demanda su pensión la de sufrir las contingencias de integrar un litis consorcio necesario, que por lo demás dilata injustificadamente el trámite de procesos laborales.

Fecha tu supra.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN LABORAL**

Salvamento de Voto – DR. FERNANDO VASQUEZ BOTERO
Radicación No. 12389

Como en este asunto estimo que no se estaba en presencia de un litisconsorcio necesario por pasiva, con el debido respeto, por no compartir el criterio de la mayoría, salvo el voto en los siguientes términos:

Las leyes 6^a de 1945 (art. 29), 24 (art. 1^o) y 72 (art. 21) de 1947; 171 de 1961 (art. 4^o); 48 de 1962 (art. 90); 4 de 1966 (arts 4 y 5); 33 de 1985 (arts 1^o y 2^o) y 71 de 1988, así como los decretos 2941 de 1948 (art. 1^o); 1611 de 1962 (arts 17 y 18); 1743 de 1966 (arts 5 y 6); 3135 de 1968 (arts. 27 y 28), y 1160 de 1989, se ocupan en su normatividad del evento de que el derecho habiente pensional haya laborado para varios empleadores, o hubiese efectuado aportes a distintas entidades de seguridad social, y disponen que el crédito pensional lo reconozca y pague el último empleador, o la última entidad de seguridad social a que estuviese afiliado, pero a su vez hace posible que el obligado a pagar la pensión reivindique y repita contra unos u otras en la proporción de la obligación que les corresponde.

Y para este caso, específicamente, el artículo 7^o de la ley 71 de 1988 consagró para los servidores oficiales el derecho a la pensión de jubilación, al cumplir los requisitos de 20 años de aportes sufragados *"en cualquier tiempo y acumulados en una o varias entidades"* y la edad respectiva.

Así mismo, la aludida ley que fue reglamentada por el Decreto 2709 de 1994, que en el artículo 7^o, impone obligaciones para trámite de pensiones a la última entidad empleadora, y el artículo 10 expresamente establece que la pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la *"última entidad de previsión a la que se efectuaron aportes"*, siempre que lleve cotizando mínimo 6 años, y el artículo 11 regula lo atinente a la cuota parte correspondiente por *"contribución"*.

De acuerdo con lo anterior, y examinada la regulación contenida en las normas precitadas, se encuentra que el derecho a repetir de otras entidades o la contribución que estás tienen que hacer, en realidad no es suficiente para que se predique que entre los diversos sujetos a los que se a hecho referencia exista una relación de estirpe legal, o de orden jurídico material, que traiga como consecuencia que un litigio como el que se trata deba ser dirimido, por iniciativa de la parte demandante, o de oficio por el juzgador de primera instancia, con la concurrencia de los anteriores ex empleadores del accionante o de las entidades de seguridad social a la que haya estado afiliado con fines pensionales o de ambos y, antes por el contrario,

tal normatividad permite concluir que no se está en presencia del llamado litisconsorcio necesario.

En efecto, son los preceptos bajo análisis los que incuestionablemente imponen al trabajador con expectativas pensionales para que impetre su reconocimiento y pago directamente a su último empleador, o a la institución de seguridad social a la que se encuentre afiliado al momento de cumplir el tiempo suficiente de servicios, o a la que se encuentre adscrito al momento de su retiro, demostrando ello que desde el mismo derecho de la seguridad social se asume que entre los distintos empleadores y entidades de seguridad social, concernidos con la vida laboral del petente, o con su carácter de afiliado al sistema de seguridad social pensional, no se configura, en el contexto del tema que se estudia, una relación material o jurídica inescindible, en frente de la cual el Juez del Trabajo deba tomar decisiones uniformes y homogéneas, para dichos sujetos, sino que le está señalado al acreedor a cuál de los miembros de esa pluralidad debe acudir en procura de la efectividad de su derecho social.

Es tan cierto lo anterior que no podría el ex trabajador pretender el reconocimiento de su pensión de persona distinta a la que la ley señala es la obligada a su reconocimiento y pago, es decir, de uno de los ex empleadores o de la institución de seguridad social cuyo tiempo de servicio o de aportes se tuvo en cuenta para reunir el tiempo de servicios mínimo para tener derecho a tal prestación social.

De otra parte, no solo desde la perspectiva del titular del crédito pensional es desvirtuable la existencia de un litisconsorcio necesario entre empleadores y entidades de seguridad social con las que él hubiere estado vinculado, sino que también lo es si la situación se examina a partir del ente que debe reconocer y pagar la pensión. Ello porque los preceptos sobre los cuales se ha reflexionado también otorgan un tratamiento individual, aislado y escindido a cada uno de los posibles obligados en el cubrimiento de la deuda pensional existente a favor del beneficiario social, en la medida que quien finalmente es objeto del reclamo y responsable de su satisfacción está asistido del derecho para repetir contra los demás obligados, a prorrata del lapso que aquél hubiera aportado o laborado para ellos.

En consecuencia, en el caso de acumulación del tiempo de servicios o de aportes, para reclamar judicialmente el reconocimiento de la pensión de jubilación no se estructura una relación legal o material única, indivisible e inescindible que imponga, por lo tanto, la necesaria e ineludible integración del contradictorio con todos ellos, sino que el beneficiario de la pensión debe y tiene que reclamarla de quien finalmente es el obligado a reconocerla. Para la Sala el derecho de ésta a repetir, como también el mecanismo que las normas legales ya citadas establecen con tal fin, es para dilucidar las relaciones internas entre ellas y hace parte de un procedimiento administrativo que persigue evitar que el beneficiario de la



pensión tenga que, en ese campo, reclamarla a todos, como también posibilita de darse la circunstancia para que aquellas objeten la cuota que les corresponde y ella incide en el derecho de la persona que reclama la pensión, el obligado a su reconocimiento y pago lo aduzca como defensa frente a éste en su debida oportunidad.

Quiere decir lo antes comentado que en el evento como el que se ha analizado, en el que una entidad está obligada en reconocer y pagar el derecho y, otras, a contribuir con ese objeto, lo que debió hacer la demandada en este proceso, frente a la posibilidad de que fuera condenada, era acudir la figura procesal del llamamiento en garantía previsto por el artículo 57 del código de procedimiento civil, que permite a *"quien tenga derecho legal o contractual a exigir a un tercero (...) el reembolso total o parcial del pago que tuviera que hacer como resultado de la sentencia (...)"*, pedir que cite a éste al proceso para que en el mismo *"se resuelva sobre tal relación"*.

En mi sentir, entonces, los anteriores planteamientos permitían recoger el criterio jurisprudencial a que acudió la Sala para encontrar acertada la determinación del Tribunal de dictar sentencia inhibitoria en el presente asunto.

Santafé de Bogotá, D.C., febrero cuatro (4) de dos mil (2000)

6.4 - CARÁCTER DE DERECHOS CIERTOS DE LOS BONOS PENSIONALES, AÚN SIN HABERSE CAUSADO

- CARÁCTER IMPREScriptible DE LOS BONOS PENSIONALES**
- PAGO DE LA DIFERENCIA A CARGO DEL EMPLEADOR, CUANDO NO REPORTÓ EL SALARIO REALMENTE DEVENGADO**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. Camilo Tarquino Gallego

Radicación N° 23216. Fallo de instancia

Bogotá, D.C, siete (7) de diciembre de dos mil (2006).

La Corte, mediante sentencia dictada el 5 de julio de 2005, casó el fallo proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 15 de julio de

2003, en el proceso promovido por William Fernando Yarce Maya contra la Universidad Pontificia BOLIVARIANIA, en tanto confirmó la decisión absolutoria de primer grado.

Para el fallo de instancia y mejor proveer, se solicitó a la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cálculo de la liquidación provisional del bono pensional que, eventualmente, le correspondería al señor William Fernando Yarce Maya, bajo, unos supuestos, así: con un salario cotizado a 30 de junio de 1992 de \$ 70.260 y, con un salario cotizado a la misma fecha de \$355.000. Dicha oficina envió la información requerida (fls. 89 a 96, del cuaderno de la Corte), y se dio traslado a las partes.

La demandada insistió en la declaración de estar acreditada la excepción de prescripción, y de haberse celebrado por las partes una transacción a través de la cual se le reconoció al señor Yarce Maya una bonificación "imputable a cualquier reclamo".

En el libelo inicial se solicitó el pago, con destino al ISS o a la AFP Porvenir, de "las cotizaciones deficitariamente canceladas por los riesgos de invalidez, vejez y muerte, debidamente actualizadas, previo cálculo actuarial", y los intereses moratorios comerciales.

La Sala observa que, tanto en el régimen del Seguro Social aplicable a sus afiliados con anterioridad a la Ley 100 de 1993, como en el nuevo sistema general de seguridad social en pensiones creado por la normatividad citada, el empleador es el responsable de los aportes a su cargo y de los que le corresponden a sus trabajadores. En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 19 y 76 del Decreto 3063 de 1989, los empleadores estaban obligados a reportar el salario real devengado por los trabajadores; a su vez, el artículo 72 ibídem disponía:

"Inscripción o reporte inexacto en cuanto a la cuantía del salario. El patrono que no haya informado al instituto el salario real del trabajador dando lugar a que se disminuyan las prestaciones económicas que le pudieren corresponder a dicho trabajador o a sus derechohabientes en caso de muerte, deberá cancelar al beneficiario el valor de la diferencia que resulte entre la cuantía liquidada por el instituto con base en el salario asegurado y la que le hubiere correspondido en caso de haberlo reportado correctamente, sin perjuicio de la sanción a que hubiere lugar";



Por su parte, los artículos 17 y 22 de la Ley 100 establecen que "el empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio", los cuales deben efectuarse con el salario que realmente devengue el afiliado.

En esa medida, es claro que el incumplimiento de la aludida obligación acarrea al empleador las consecuencias legalmente previstas. En este caso, se acreditó que el actor estuvo afiliado al ISS por cuenta de la universidad accionada, desde el 23 de marzo de 1979 (fl. 12), y que, para el 30 de junio de 1992 "fecha base del salario para calcular el bono pensional (FB)", uno era el salario que devengaba el señor Yarce Maya, \$ 355.000, y otro, \$ 70.260, el que reportaba la Universidad Pontificia Bolivariana al sistema de seguridad social en pensiones. Así se establece al confrontar los valores que figura en el documento de folio 12, sobre los cuales se cotizó al ISS, con los anotados en el hecho cuarto de la demanda inicial, aceptados por la universidad (fl. 52).

Ahora, como el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, el 1º de abril de 1995, a la AFP Porvenir (fls. 6, 26 y 88), al ISS le corresponde expedir un bono pensional tipo A, modalidad 2 (artículos 60-h y 115 de la Ley 100 de 1993) que se calcula con base en el salario cotizado al Seguro Social el 30 de junio de 1992. Es claro que el empleador debe asumir cualquier diferencia que resulte en el valor de dicho bono pensional, como consecuencia de haber reportado para esa fecha, un salario inferior al realmente devengado, tal cual lo disponía el Decreto 3063 anteriormente citado que "determinó que el monto del salario reportado por el empresario en la autoliquidación de aportes (ALA) o en la planilla de novedades (tradicional), se constituye en la constancia del ISS del salario devengado y reportado a nombre de un trabajador, prueba documental que exige el artículo 8º del Decreto 1474 de 1997".

Resulta claro que de acuerdo con "los archivos de la OBP del Ministerio de Hacienda, a junio 30 de 1992 (fecha base para el bono)... Yarce Maya prestaba sus servicios a la U.P.B. empresa que reportaba sus cotizaciones y novedades al ISS por el sistema tradicional... y de conformidad con el archivo laboral masivo ISS certificado por el representante legal de ese instituto, el salario reportado y cotizado por dicho empleador a nombre del demandante fue de \$ 70.260", cuando el realmente devengado por el actor, en junio de 1992, como lo acepta la misma universidad demandada, ascendía a \$ 355.000. Esa diferencia implica un menor valor del bono pensional, que una vez trasladado al sistema de ahorro individual con solidaridad, hará parte del capital necesario para financiar una eventual futura pensión del señor Yarce Maya.

No sobra señalar que como en la demanda inicial se acudió a la aplicación de la Ley 100, (Arts. 22 y ss.) y a la procedencia de un cálculo actuarial, debe entenderse que lo pedido está en consonancia con la normatividad aplicable, y ello corresponde al pago de la diferencia en la liquidación del bono pensional a trasladar a la administradora de pensiones que eligió el señor Yarce Maya, teniendo en cuenta, como base de cotización, según lo manda el artículo 27 del Decreto 1748 de 1995, el salario realmente devengado a 30 de junio de 1992, el cual constituye uno de los parámetros requeridos para calcular la pensión de vejez de referencia, como paso inicial en la determinación del bono pensional, de acuerdo con la metodología de cálculo establecida en el artículo 117 de la Ley 100 de 1993.

En esta dirección, es procedente resaltar que la demandada, en la comunicación del 1º de octubre de 1999, vista a folio 24, estimó que solo podía reclamarse el bono pensional, a partir del cumplimiento de los requisitos para pensionarse; no obstante, señala la Sala que dicho cálculo sí se puede realizar, por cuanto la determinación, liquidación y emisión del bono pensional, son procesos que se realizan al momento en que el afiliado se traslada al régimen de ahorro individual, sin que ello implique el traslado físico de dinero; otro aspecto es la redención del bono, el cual solamente se produce cuando el beneficiario satisface los demás requisitos para la pensión, momento en el cual, la Nación, en el caso en estudio, debe desembolsar los recursos a la administradora respectiva. Solución en igual sentido fue la adoptada por la Sala, en sentencia de mayo de 2005, radicación 25165, que trató sobre unas cotizaciones deficitarias efectuadas en la fecha base, "FB", prevista en la ley, este es, el 30 de junio de 1992, cuya incidencia en el cálculo del bono pensional conllevó a su reajuste. Al respecto, en esa sentencia se indicó que:

"... si un empleador incumple su obligación de afiliar a sus trabajadores a la seguridad social o no paga los aportes de conformidad con los salarios realmente devengados por ellos, asume las consecuencias de su omisión y en el presente caso es el de reconocer el reajuste correspondiente al bono pensional, de conformidad con la liquidación que realice la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público".

Valga rememorar esa misma sentencia dé casación, para descartar la viabilidad de la excepción transacción propuesta por la universidad demandada, con sustento en el acta celebrada el 24 junio de 1998, vista a folio 63, en tanto que la definió que el bono pensional no puede ser objeto de convenio alguno, ya que él constituye un derecho cierto, cuantificable, se reitera, aún sin haberse causado. Así, se expresó que:

"... El estudio del sub lite hace propicia la ocasión para la Sala señalar, precisando su tesis, expresada en la sentencia 24403 de enero 31 de 2005 que a partir de la vigencia de



la Ley 100 de 1993 el derecho a los bonos pensionales previstos en sus artículos 113 a 127, constitúan derechos ciertos e indiscutibles, cuyo valor estaba perfectamente establecido para cuando se celebró el acta de conciliación. El día 14 de enero de 2000, aplicando para ello las previsiones del Decreto 1299 de 1994...".

Tampoco resulta viable la excepción de prescripción formulada en la respuesta a la demanda toda vez que la Sala tiene establecido que el bono pensional, como tal, no se afecta por esa figura jurídica y, en ese sentido, importa anotar que los bonos pensionales, contemplados en la nueva legislación de seguridad social, al constituir "aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados" (L. 100/93, Art. 15), también constituyen un derecho imprescriptible en sí mismo, dado que, finalmente, generan un derecho de naturaleza vitalicia.

Y, valga resaltar, no se trata aquí de la reliquidación de la pensión por la falta de inclusión de determinados factores salariales, como fue el caso de la sentencia de radicado 19557, de julio de 2003, que se invoca en el escrito de réplica, y de allí que no sea de recibo para el asunto que hoy se decide.

En cambio, es aplicable para el caso la sentencia 21378 de febrero de 2005, en la cual se expuso:

"No debe desconocerse que para su formación, el derecho de pensión requiere de la confluencia de dos circunstancias que necesariamente implica el transcurso de un lapso de tiempo bastante prolongado, que supera ampliamente los términos de prescripción de las acciones que emanan de las leyes sociales, en la medida que desde su iniciación hasta su culminación, deben transcurrir, por lo menos, 20 años de servicios o haberse cotizado al seguro durante mínimo 1.000 semanas.

Mientras el derecho está en formación, se ha dicho igualmente por la jurisprudencia, la prestación está sometida "... a condición suspensiva, que solamente se perfecciona como derecho cuando concurren los requisitos que la ley exige..." (Cas. 31 de oct. de 1957 G. J., LXXXVI, núms. 2188 a 2190, 2^a parte, p. 747), lo que implica necesariamente que durante ese lapso no es exigible y, por lo mismo, que no opere en su contra plazo extintivo alguno, pues es solo a partir de que adquiere este atributo, que comienza a contarse el término de prescripción de las acciones tendientes a su protección, como lo tiene dicho esta Sala de tiempo atrás.

A pesar de ser complejo en su formación el derecho de pensión, no pueden mirarse aisladamente sus elementos constitutivos, en lo que respecta especialmente al tiempo de



servicio o semanas de cotización que se requieren como condición para su exigibilidad, de modo que no puede predicarse, en este caso específico, que aunque el derecho en sí no prescribe, sí prescriben los elementos que lo conforman, porque en la práctica sería imposible su gestación, dado lo prolongado de los términos. Así no cabría entender que un empleador quedaría liberado de su obligación pensional con respecto a un trabajador, que no reclamare por el tiempo laborado, dentro de los tres años siguientes a la terminación de la relación de trabajo, cuando apenas su derecho a reclamar la pensión se perfeccionó en un tiempo posterior muy superior.

Ahora bien, si el derecho a la pensión es imprescriptible y durante su formación está sometido a la condición suspensiva de que confluyan los requisitos mínimos exigidos en la ley, no puede afirmarse contrariamente, que las acciones encaminadas a obtener su conformación, mediante el pago de las semanas dejadas de cotizar, estén sometidas al término trienal ordinario de prescripción, pues ello haría nugatorio su reconocimiento, toda vez que solo serían exigibles, tanto frente al empleador, como frente a la entidad de seguridad social, sino aquellas causadas durante este último lapso”.

De otro lado, es pertinente señalar que tampoco tiene asidero el argumento de la institución accionada, en el sentido de que se la exonere de responsabilidad por existir vinculaciones posteriores a la seguridad social con entidades diferentes, porque, se insiste, el bono pensional se calcula con "la base de cotización del afiliado a 30 de junio de 1992", sin que para la causación del derecho importe ningún otro tipo de aportes o vinculaciones.

Conforme con lo expuesto, se revocará la decisión de primer grado en cuanto declaró probada la excepción de prescripción, para, en su lugar, negarla e imponer a la demandada el pago de \$ 165.670.000 por concepto de la diferencia en la liquidación provisional del bono pensional, con base en el salario realmente devengado por el demandante en la Universidad Pontificia Bolivariana, en junio de 1992, según el cálculo que efectuó la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, visible a folio 89 del cuaderno de la Corte. Dicho monto deberá ser depositado en la cuenta de ahorro individual del demandante en la AFP Porvenir, con el propósito exclusivo de financiar la pensión futura del señor Yarce Maya.

(...)



SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO **DR. EDUARDO LOPEZ VILLEGAS**

Me aparto de la sentencia por cuanto no comparto algunas de las tesis que sirvieron de pilar para decidir la reclamación del actor que pretendía "el pago con destino al ISS o a la AFP Porvenir de "las cotizaciones deficitariamente canceladas por los riesgos de invalidez, vejez y muerte, debidamente actualizadas, previo cálculo actuarial", como reza en su texto la providencia.

Está por fuera de duda la responsabilidad y la consecuente obligación patrimonial de la entidad demandada por no haber hecho las cotizaciones completas al sistema pensional de los seguros obligatorios, y establecidas aquellas según el estado de los aportes al 30 de junio de 1992, y respecto a quien estaba laborando para la fecha de la vigencia del sistema general de pensiones, y se traslado el 30 de junio de 1995 al régimen de ahorro individual con solidaridad de suerte que entre el primero de abril de 1994 y esta fecha estaba vinculando al régimen de prima media con prestación definida.

1. Mi primera discrepancia es sobre el título por el que se reconoce la obligación, y obviamente las reglas que le siguen a este para determinar el monto de la obligación.

La sentencia ordena el pago de una suma de reajuste bajo el siguiente título: un bono pensional tipo A, modalidad 2, artículo 60 - h y 1 de la Ley 100 de 1993, como se precisa en ella.

Para quien en la fase inicial del sistema integral de pensiones estuvo aportando al régimen de prima media con prestación definida, no exista razón alguna para que sea respecto a otro régimen que se determinen las consecuencias de las faltas al deber de cotización de la entidad demandada.

Los bonos pensionales y los cálculos actuariales son especies de un mismo género: los títulos pensionales. Los primeros, de tipo A, representa el valor necesario para cubrir una pensión bajo las reglas de financiación previstas en el régimen de ahorro individual; los segundos son representativos del valor estimado para las pensiones que se financian con el sistema de prima media, el que administraba y administra el ISS; si como empleador incumplí con este último sistema es bajo estas reglas que debe hallarse la reparación.

Si detrás de la común denominación de títulos pensionales se esconden naturalezas distintas, las que reflejan los conceptos diferentes de financiamiento y de determinación del monto de las prestaciones respectivas de cada uno de los regímenes, tal diferencia mayúscula, no puede ser obviada tomando indistintamente el Cálculo actuarial —lo que demandó el actor— por bono pensional.

Y si se tiene la deliberada intención de liquidar los bonos pensionales bajo las reglas del Decreto 1299 de 1994 y 1748 de 1995, deberían quedar consignadas las razones por las cuales es este el título y no el de los cálculos actariales; el deber constitucional de motivar las sentencias comprende el de hacer explícitas las razones por la cual se opta, en el camino argumental, por senderos que conducen a resultados sustancialmente diferentes.

El derecho al título pensional que aquí se reclama surge en el momento de iniciación de la vigencia del sistema general de pensiones, y para los trabajadores activos en dicha fecha, y para reparar de manera retrospectiva el incumplimiento de la obligación de cotizar del empleador; es de equidad que la dimensión de la falta sea estimada con reglas equivalentes a aquellas que regían para el momento en que se incurrió en ella, esto es, con las estimaciones actariales frente al sistema de prima media con prestación definida; no existe razón a *prima facie* para que en lugar de este argumento se acoja el contrario, de liquidar la deuda respecto a un sistema pensional de ahorro individual, inexistente para el momento de la falta.

Adicionalmente, el monto de la deuda no puede quedar sujeto a hechos voluntarios de una de las partes, si así no lo determina expresamente la ley; de admitir lo contrario sería consentir un escenario de incertidumbre en el campo de las obligaciones, por cuanto si la reclamación *sub examine* se hubiera hecho en enero de 1994, era uno el valor; otro en agosto del mismo año, luego de mediar el traslado al régimen de ahorro individual; y otro sería, si eventualmente en el curso del proceso, el actor hubiere regresado al de prima media con prestación definida; la tesis de la Sala al optar por la interpretación que objeta y que deja a ese albur el aspecto capital del monto de la deuda, propicia tal inseguridad.

Perfectamente se concilia los intereses de las partes, el del empleador de sanear su incumplimiento para con el régimen de prima media, y del beneficiario del bono de capitalizar sus cotizaciones en el sistema escogido de ahorro individual, si se accede a lo solicitado por el demandante, condenado a pagar el cálculo actuarial, disponiendo que su valor ingrese a la administradora del primero de los regímenes, para que en la misma proporción acrezca el bono pensional que se ha de trasladar a la administradora de pensiones de ahorro individual, según la elección del vinculado. Dicho sea de paso, la expedición y pago del bono por cotizaciones efectuadas al ISS antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, —objeto del *sub lite*— corresponde a la Nación a través de la oficina de bonos pensionales.

De esta manera, el marco normativo para estimar el título pensional reclamado, era el del Decreto 1887 de 1994, el marco regulativo de los cálculos actuariales para el régimen de prima media.

2. Una segunda discrepancia es la tesis de la Sala según la cual los bonos pensionales al constituir aportes destinados a "contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones" (L. 100/93, Art. 115) también constituyen un derecho imprescriptible en sí mismo, dado que, finalmente, generan un derecho de naturaleza vitalicia.

De aceptar tal sustentación quedaría sin piso la reiterada tesis de la prescriptibilidad de factores que inciden en la cuantificación del derecho pensional, puesto que de estos como de los bonos pensionales, dada su incidencia sobre la cuantificación de la mesada pensional, generan un derecho de naturaleza vitalicia.

Si bien, los factores salariales que intervienen en la liquidación pensional tienen aspectos que lo diferencian de un bono pensional, también tienen de común un aspecto relevante para efectos del instituto de la prescripción, el que su reconocimiento era exigible antes del derecho a la pensión.

La doctrina de la precriptibilidad de factores salariales se oscurece con la posición que se asienta en esta providencia, pues nuevamente confunde lo que la doctrina había esclarecido, la distinción entre el derecho pensional en sí mismo y los factores que determinan su valor.

La tesis de la imprescriptibilidad tampoco se acompasa con la doctrina de la Sala según la cual el derecho al bono pensional es cierto y cuantificable de manera independiente con el derecho a la pensión misma, la misma que invoca la Sala, en consideraciones previas.

La prescripción es un correlato de la exigibilidad de un derecho. No se predica de la pensión misma por cuanto este por su naturaleza vitalicia se extiende hasta el último día de la existencia de su titular, esto es, que para este en vida es un derecho *sirte die*. Desde esta perspectiva es ininteligible pretender acomodar estas razones para sustentar la imprescriptibilidad de las pensiones a los bonos pensiones.

Tomar postura por la no prescripción general de los bonos pensionales, sin matizar la aseveración, ha de conducir a equívocos; distintos son los derechos respecto a los bonos pensionales; uno es el de solicitarlos; otro el de su emisión; otro el de su expedición y otro el de su redención.



Lo que en el *sub lite* se controvierte es la prescripción sobre la emisión del bono pensional que es respecto al cual las normas prevén reclamaciones y reajustes.

Resulta que las normas que regulan los bonos pensionales —Decreto 1748 de 1995 y 1517 de 1998— (se deja por fuera de discusión que lo que corresponde es el título por cálculo actuarial) establecen un riguroso procedimiento; para efectos de certificar la información sobre la que se han de liquidar los bonos pensionales, para comunicar el emisor la liquidación provisional a los contribuyentes, a las administradoras y estas al beneficiario, para sus objeciones o reliquidaciones. La emisión del bono ha de estar precedida por la aceptación de valor por parte de su beneficiario, mediante escrito tramitado por su administradora de pensiones. Todo en las condiciones y términos fijados el artículo 52 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el Decreto 1513 de 1998.

Tal regulación de etapas que se han de surtirse quedan aniquiladas por la tesis de la Sala según la cual en cualquier tiempo procede reclamación por el bono pensional. Frente a tal tesis pierden sentido la regulación de plazos para la reliquidación u objeción de liquidaciones provisionales; quedan en el aire el concepto bonos en firme que establecen las normas en comento y la regulación de bonos complementarios cargo de los responsables en los errores en una liquidación errónea para salvar la firmeza los bonos.

Se ha de indicar que en este procedimiento queda a salvo el derecho de defensa de todas las partes concernidas en el bono pensional: las obligadas, las administradoras, los beneficiarios.

Una observación final. El término de prescripción no es una regla que juegue necesariamente en contra del acreedor; la falta de un término respecto al cual ha de juzgarse si una administradora de pensiones ha cumplido o no con el deber de tramitar en cualquiera de sus fases un bono pensional, obra en contra del afiliado acreedor; ¿qué sentido protectivo a un afiliado le ofrece el que su administrador disponga de un tiempo sin límite para gestionar un bono pensional, cuando el transcurso del tiempo atenta contra la conservación del patrimonio prenda del pago de la obligación?



CASO N° 7 – EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN. CESANTÍAS BAJO EL RÉGIMEN DE LEY 50 DE 1990

Bertulio Ceballos acude a juicio con el objeto de reclamar sus cesantías a un empleador particular. Indica que laboró desde el 20 de abril de 1995 al 15 de abril de 2005. Terminaron el vínculo en la fecha anotada por mutuo consentimiento. El empleador excepciona al contestar la demanda prescripción. El libelo introductorio se presentó a reparto el 14 de abril de 2008, notificándose oportunamente la misma al demandado, en términos del art. 90 del C.P.C. El empleador no liquidó anualmente las cesantías, para consignarlas en el fondo respectivo.

AUTOEVALUACIÓN

1. Con los datos expuestos, estaría prescrita la reclamación por concepto de cesantías? Explique.
2. Tendría alguna incidencia, para los efectos de la prescripción, el nuevo régimen de cesantías establecido en la ley 50/90?
3. En caso de responder afirmativamente el anterior interrogante, podría existir algún término prescriptivo para cada anualidad? De ser así, a partir de cuando se inicia?

DECISIONES JUDICIALES

7.1. TÉRMINOS DE PRESCRIPCIÓN EN CESANTÍAS, LEY 50 DE 1990

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS

Referencia: Expediente No.23794

(...)

I-. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En atención a que los cargos tercero y cuarto se refieren al fenómeno de la prescripción la Sala procede a su estudio y decisión d manera conjunta.



A pesar de que el cargo tercero se formula por la vía indirecta y se le atribuyen al Tribunal dos supuestos errores de hecho, en realidad el punto en discusión es determinar a partir de cuando se hace exigible el auxilio de cesantía dentro del régimen consagrado en la Ley 50 de 1.990, y en consecuencia a partir de que fecha se inicia el término de prescripción de dicho derecho, el tema es indiscutiblemente jurídico.

Es preciso recordar que a partir de la vigencia de la Ley 50 de 1.990 en Colombia en relación con el auxilio de cesantía coexisten dos (2) sistemas de liquidación diferentes y excluyentes entre sí:

- a) El sistema tradicional regulado por los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, con liquidación al terminar el contrato de trabajo.
- b) El sistema de liquidación definitiva anual y envío a los fondos de cesantías, creado por la Ley 50 de 1.990.

En el presente caso, el Tribunal dio por establecido y así lo acepta el recurrente, al formular el cuarto cargo por la vía directa, que el actor se acogió al nuevo régimen de cesantía es decir el establecido en la Ley 50 de 1.990.

Por lo tanto, las normas que regulan la forma y oportunidad de liquidación del auxilio de cesantía del demandante son las de la mencionada Ley 50 de 1.990, cuyos artículos pertinentes son del siguiente tenor:

"Artículo 99.- El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1. *El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.*
2. ...
3. *El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes de 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo."*

De lo anterior se desprende, de manera nítida, que en éste régimen de cesantía se debe efectuar la liquidación de la misma anualmente y consignar su valor antes del 15 de febrero del año siguiente, fecha a partir de la cual se hace exigible y en consecuencia se inicia el término de prescripción de la respectiva acción, de conformidad con los artículos 488 del C.S. del T y 151 del C.P. del T. y S.S.



El recurrente acude a los artículos 2º y 3º del Decreto 1176 de 1.991, reglamentario de los artículos 98 y 99 de la Ley 50 de 1.990, para sostener que la cesantía se debe pagar al terminar el contrato de trabajo.

Es cierto que en el parágrafo del artículo 3º se dice que *"La liquidación definitiva del auxilio de cesantía de que trata el presente artículo se hará en la forma prevista en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo."*

Y la forma de liquidar la cesantía, prevista en el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo, es un mes de salario por cada año de servicios, y proporcionalmente por fracciones de año.

También es cierto que en ese mismo artículo se ordena pagar el auxilio de cesantía al terminar el contrato de trabajo, pero ya se vio al inicio de estas consideraciones, que el del Código es el régimen tradicional que se aplica a los trabajadores vinculados por contrato de trabajo antes del 1 de enero de 1.991, salvo aquellos que se hubieren acogido al nuevo sistema, como sucedió con el actor, y por lo tanto en su caso se debía liquidar anualmente y consignar antes del 15 de febrero del año siguiente, salvo el saldo de cesantía a favor del trabajador que no hubiere sido entregado al fondo, esto es el correspondiente al tiempo laborado en 1995 hasta el 10 de abril cuando terminó el vínculo laboral, cesantías que el Tribunal no les aplicó el fenómeno prescriptivo. Además, el artículo citado en el cargo hace referencia a la forma de liquidar y no al momento de pagar.

Lo anterior está acorde con lo sostenido por esta Sala:

"Y se dio una modificación porque como el concepto de "obligación" es mirado desde la óptica del deudor, se deduce claramente de la regulación transcrita, que en ese nuevo régimen del auxilio de cesantía, la exigibilidad del mismo surge desde el 15 de febrero del año siguiente a aquel en que se realiza su liquidación, la que a su vez es definitiva para esa anualidad; además, si el empleador incumple con esa obligación, incurre en sanción moratoria. Estas circunstancias son las que permiten e imponen a la Sala sostener que cualquier controversia relativa a los términos en que el empleador, que es el obligado, cuantificó para el respectivo año dicha prestación social, deberá plantearse a partir de la fecha antes citada, pues el día 14 de ese mes es el límite que éste tiene para depositar la cantidad correspondiente en el fondo de cesantía escogido por el trabajador y no incurrir en la sanción anotada. Sanción que se justifica porque existe una obligación a su cargo y no se ha cumplido oportunamente." (Rad. 8202 – 19 febrero 1.997).



Finalmente, anota el censor, que al aplicar la prescripción se estaría premiando al empleador incumplido y que además ya existe la sanción de pagar un día de salario por cada día de retardo.

Al respecto, es pertinente recurrir al artículo 65 del C.S. del T., donde se consagra la indemnización por falta de pago a la terminación del contrato de trabajo, de salarios y prestaciones debidos, consistente en una suma igual al último salario diario por cada día de retardo. Con fundamento en lo anterior, no se podría afirmar que el derecho a esos salarios y prestaciones no cancelados no prescribe, en atención a que se encuentran operando los llamados "salarios caídos". Por el contrario, es claro, que el fenómeno de la prescripción tiene plena aplicación a partir del momento en que cada derecho se hizo exigible.

Resumiendo, como el actor se había acogido al nuevo sistema de cesantía, es decir, el de liquidación anual y consignación antes del 15 de febrero del año siguiente, su derecho se hizo exigible a partir de esa fecha para cada respectiva anualidad, y como la demanda se presentó el día 15 de mayo de 1.995, no se equivocó el Tribunal cuando le aplicó la prescripción a las cesantías causadas antes del 16 de mayo de 1.992.

Los cargos tercero y cuarto no prosperan.

(...)

**SALVAMENTO DE VOTO
LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ**

Con el debido respeto, debo salvar mi voto en el presente asunto, por las razones que a continuación expongo:

Es verdad de a puño que el auxilio de cesantía es una prestación social. Y cualquiera que sea su objetivo o su filosofía, su denominador común es que el trabajador solo puede disponer libremente de su importe cuando se termina el contrato de trabajo que lo liga con su empleador, pues durante la vigencia de su vínculo, es igualmente sabido, no puede acceder al mismo sino en casos especiales que están regulados por la ley, en los cuales se ejerce fundamentalmente una tutela gubernamental que procura que sea correcta la destinación de los pagos que por anticipos parciales de cesantía recibe el asalariado. En cambio, cuando el contrato de trabajo finaliza, el trabajador puede disfrutar sin cortapisas alguna de dicha prestación, pues la obligación del empleador en ese momento es la de entregarla directamente a quien fue su servidor.

Ese denominador común no varió con la expedición de la Ley 50 de 1990, que sustancialmente cambió el sistema de liquidación del auxilio de cesantía, pues si antes se liquidaba bajo el sistema conocido como de la retroactividad; ahora, desde la vigencia de dicha ley se liquida anualmente con unas características que en seguida se precisarán.

El artículo 99 de la citada Ley 50 de 1990, contiene seis numerales, de los cuales importan al presente asunto los cuatro primeros, que analizados integralmente y aun uno por uno, llevan a la indiscutible conclusión de que la prescripción del auxilio de cesantía de la forma regulada por el citado precepto, empieza a contarse desde la terminación del contrato de trabajo.

En efecto:

El numeral 1º determina que el 31 de diciembre de cada año el empleador debe hacer la liquidación del auxilio de cesantía correspondiente al año calendario respectivo o por la fracción de este, sin perjuicio de la que debe efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo. Es decir que cuando el trabajador labora todo el año calendario completo, a 31 de diciembre de ese año se le debe liquidar el auxilio, liquidación que tendrá el carácter definitivo, lo que igual ocurre cuando trabaja una fracción del año. No obstante, cuando el contrato de trabajo se termine en fecha diferente, la liquidación deberá abarcar el período comprendido entre el 1º de enero del año respectivo y el día en que el contrato de trabajo finalice.

El numeral 2º dispone que el empleador de acuerdo con \a ley debe cancelar al trabajador los intereses sobre el auxilio a la tasa del 12% anual o proporcional por fracción sobre el monto liquidado por la anualidad o por la fracción de año.

El numeral 3º establece la obligación para el empleador de consignar en un fondo antes del 15 de febrero del año siguiente al de la liquidación, el monto del auxilio de cesantía correspondiente a la anualidad anterior o a la fracción de esta. Si el empleador no efectúa la consignación, deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.

Y el numeral 4º, que tiene una absoluta claridad que emana de su propio tenor literal, preceptúa que si a la terminación del contrato de trabajo existieren saldos a favor del trabajador que el empleador no haya consignado al fondo, deberá pagarlos directamente al asalariado junto con los intereses legales respectivos.

Así las cosas, se reitera nuevamente que el nuevo sistema legal de liquidación del auxilio de cesantía no modificó la fecha de causación o de exigibilidad de la referida prestación social.

Simplemente y desde luego de manera radical, cambió la forma de su liquidación. Pero en lo demás, mantuvo la misma orientación tradicional en cuanto solo a la finalización del vínculo contractual laboral, el ex trabajador debía recibirla y usarla como a bien lo tuviera sin las limitaciones exigidas en los casos en que durante la vigencia del contrato necesitara anticipos parciales o préstamos sobre el mismo.

El hecho de que el empleador renueve a la consignación le implique el pago de un día de salario por cada día de retardo, no significa que el término de prescripción como modo de extinguir una obligación, empiece desde la fecha límite que tenía para consignar, pues no es eso lo que regula el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sino otra cosa bien diferente y que yaatrás quedó manifestado, pues de otro lado tampoco debe olvidarse que dicha sanción solo va hasta la finalización del contrato de trabajo, ya que en este momento la obligación de consignar se convierte en otra, cual es la de pagar directamente al trabajador los saldos adeudados por auxilio de cesantía, inclusive los no consignados en el fondo, sin perjuicio de que la sanción por mora que de ahí en adelante se pueda imponer sea la prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Por tanto, la obligación de consignar que tiene el empleador no supone que su omisión en ese sentido haga exigible desde entonces el auxilio de cesantía correspondiente a la anualidad o fracción de año en que se causó, pues la exigibilidad de esa prestación social, en estricto sentido lógico jurídico —y en ello debo ser reiterativo—, se inicia desde la terminación del contrato de trabajo, momento en que de acuerdo con el numeral 4º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, surge para el empleador la obligación de entregar directamente a su ex servidor los saldos de cesantía que no haya consignado en el fondo, así como los intereses legales sobre ellos que tampoco hubiere cancelado con anterioridad.

Por lo anterior, conforme a la norma en comento, la obligación de consignar para el empleador, es como se acaba de anotar, debiendo de buena fe consignarle en el respectivo fondo lo que le corresponda en forma completa al trabajador. De modo que si no lo hace, deberá someterse a la condigna sanción por la mora, sin que jamás ese incumplimiento se traduzca en un perjuicio y sanción para el trabajador, castigándolo con la prescripción extintiva cuando el operario no requiere al patrono para que consigne al fondo de cesantía, figura aquella que resultaría siendo una condena para quien por inercia en el ejercicio de las acciones para reclamar sus derechos, no las instaura en el término de los artículos 488 del C. S. del T. y 151 del C. de P. L. y de la SS, lo que no pueda ocurrir en este evento, porque se insiste, el trabajador solo puede reclamar la totalidad de su cesantía cuando termina la relación laboral, pudiendo acudir para su entrega, bien al fondo de cesantía o al empleador si no las ha consignado en todo el tiempo, lo que quiere decir que mientras esté vigente la relación laboral, no se puede hablar de prescripción de la cesantía como derecho social, lo



cual se deduce de la interpretación sistemática de los artículos 25, 53 y 58 de la Carta Política; 254, 255 y 256 del C. S. del T., 1° del Decreto 2076 de 1967, 1° a 7° del Decreto 22 de 1978; 83 de la Ley 79 de 1988; 46 de la Ley 9^a de 1989; 166 del D.L. 663 de 1993 y T D.R. 2795 de 1991.

Lamentablemente otra fue la conclusión mayoritaria de la Sala, en la que se confundió la obligación de consignar y la sanción moratoria con la exigibilidad del monto liquidado, lo que no corresponde con la correcta hermenéutica no solo de las citadas disposiciones, sino del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.



CASO N° 8 – 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 Ley 712/01, modificado por la ley 1149 de 2007).



DECISIONES JUDICIALES

8.1. 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 NADER

ACTA No. 46

RADICACIÓN No. 21975

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil cuatro (2004).

(...)

ANTECEDENTES

La demanda fue instaurada por la demandante con el propósito de obtener declaraciones referentes a que la entidad bancaria accionada le ocasionó perjuicios morales y materiales originados en un proceso penal que se llevó en su contra, la nulidad de la conciliación efectuada ante el "Juzgado 14 Laboral" y, que fue despedida sin justa causa...".

(...)

SE CONSIDERA

En los cuatro primeros cargos la acusación persigue acreditar que el juzgador de segundo grado incurrió en una equivocación jurídica al concluir que la conciliación celebrada por las partes es legal porque reúne los requisitos exigidos para su validez, pese a que el acta correspondiente a esa diligencia



fue elaborada en las oficinas de la entidad Bancaria demandada, en tanto que en los dos siguientes sostiene que la demandante estaba sometida a una fuerte presión ejercida por los dos procesos penales adelantados en su contra por denuncia del empleador; sin embargo, el ataque parte de unos supuestos fácticos que no fueron establecidos en la decisión acusada como son los concernientes a que las partes no concurrieron a la audiencia pública respectiva, que no se surtió esa actuación y que la demandante estaba sometida a una fuerte presión ejercida por los dos procesos penales que en su contra se adelantaban, pues en realidad lo que el Tribunal halló demostrado fue que las partes, previo el acuerdo que alcanzaron, llevaron el proyecto de conciliación y lo presentaron para su aprobación, lo que es una cosa completamente distinta; como también que al manifestar la demandante su consentimiento en la conciliación celebrada no fue objeto de constreñimiento mediante, el error, la fuerza y el dolo, o en otras palabras que no se dieron los supuestos de hecho que vician el consentimiento por tales circunstancias.

Como se ve, la censura parte de unos hechos distintos a los establecidos por el Tribunal, lo que es contrario a las reglas que regulan el recurso de casación laboral, que exige a quien orienta su ataque por la vía directa mostrarse conforme con los antecedentes fácticos acreditados en la decisión recurrida, toda vez que a través de esta vía solo es viable controvertir los errores jurídicos en que eventualmente haya podido incurrir el sentenciador.

A mas de lo anterior, en los cargos segundo y tercero se acusa la interpretación errónea de los artículos 1502, 1513 y 1602 del Código Civil, que en su orden se refieren a los requisitos de la voluntad, la fuerza como vicio del consentimiento y la obligatoriedad de los contratos, cuando lo cierto es que en la decisión recurrida no se hizo ninguna alusión a las dos primeras disposiciones y, obviamente, tampoco a sus alcances, pues el Tribunal simplemente concluyó que al expresar la demandante su consentimiento en la conciliación celebrada no fue objeto de constreñimiento mediante, el error, la fuerza y el dolo. En otros términos determinó que no se dieron los supuestos de hecho que vician el consentimiento por esos motivos.

En ese orden de ideas la acusación resulta en consecuencia desacertada habida consideración que la interpretación errónea es una modalidad de violación de la ley que se presenta cuando el juzgador expresa en sus consideraciones un entendimiento de la norma que no corresponde a su verdadera exégesis; luego en la sentencia debe aparecer explícita la referencia



a la norma o a las varias disposiciones que se estima fueron mal interpretada, o, al menos, debe ser indudable que en la decisión atacada se aplicaron tales disposiciones dándole una inteligencia que no corresponde a su verdadera hermenéutica.

Respecto al tercer precepto señalado anotó el sentenciador ad quem que siguiendo el principio de la autonomía de la voluntad, el acuerdo expresado en el acto de conciliación por la demandante es ley para las partes intervenientes, por haber sido libremente celebrado por éstas, de manera que se configura lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil, en punto a que no puede ser invalidado, sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, que no fueron demostradas en el proceso. De manera, que en la decisión recurrida no se asignó ninguna exégesis diferente a la que se desprende del contenido textual de la norma referida, pues ésta prevé textualmente que "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". No obstante es preciso anotar que en rigor esta norma no es aplicable tratándose del tema de la conciliación laboral porque este instituto tiene una regulación propia, sin que se asimile propiamente a un contrato; sin embargo, lo puntual en este caso es que en la sentencia recurrida se precisó que el consentimiento de la trabajadora no estuvo afectado por vicio alguno del consentimiento y que la conciliación se celebró legalmente.

Aunque las anteriores deficiencias son suficientes para la desestimación del cargo, encuentra la Sala oportuno señalar en relación con el aspecto de fondo controvertido en los dos primeros cargos, que 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 formula 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 formulas 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 una acuerdo amigable que ya las partes tienen logrado", o en cambiar sus términos con lo que se llegaría a entablar, cuando a no ponerlo en peligro, el arreglo convenido por las partes. Otra cosa es que no lo prohíbe 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 en 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 lereste 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 jueza 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.

En suma las pruebas citadas por la censura que guardan relación con la conciliación celebrada no informan que se presentaran respecto de ese acuerdo, aprobado judicialmente, las irregularidades afirmadas en los ataques.

Los cargos, conforme a lo expuesto, no prosperan; por consiguiente las costas son de cuenta de la parte recurrente.

(...)



LECTURA XI.

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 intelectiva, 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 impertinentes"*). 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.

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.

¹ Véase CALAMANDREI, *Studi*, I, pág. 213.



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: 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,

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.



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 de 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, 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

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, *Profilo*, núm. 228.

⁵ Véase CHIOVENDA, *Instituzioni*, 1, § 3; ZANZI'CCHI, *Dir. proc. civ.* I, págs. 61 y sigs.



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 (art. 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,

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.



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 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 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 inadmisible o improcedible la demanda, especificando la razón por la cual no puede proveer sobre él mérito; si el proceso

⁸ Véase REDENT!, *Profilo*, núms. 152 y 228; BETTI, *Dir. proc. do.*, § 10.

⁹ Véase CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pág. 54.

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 rechace 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 inadmisible por razones procesales, la misma podrá ser propuesta de nuevo en otro proceso regularmente constituido. Y la declaración de inadmisibilidad 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° 9 – 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

9.1. DEMANDAS QUE PROVIENEN DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA, DEBEN ADECUARSE A LOS REQUISITOS SEÑALADOR EN EL ART. 25 DEL C.P.L.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL
(RAD. 17 2007 00995 02)**

(...)

Decide la Sala el recurso de Apelación interpuesto por el señor apoderado de la parte actora, contra el auto emitido el 15 de enero de 2008 (fl. 44), mediante el cual el juzgado de conocimiento dispuso rechazar la demanda, en atención a que la parte accionante no procedió a adecuar el poder y la demanda al procedimiento laboral.

Contra dicha decisión el apoderado de la parte demandante, propuso recurso de Apelación (fl. 45 y 46), solicitando se revoque la decisión y en su lugar se prosiga con el proceso en los términos solicitados en la demanda.

Argumenta el recurrente que se impetró demanda ante los jueces administrativos; no obstante allí se consideró que el resorte exclusivo de la acción, era de la justicia ordinaria laboral, situación que se desprende de las pretensiones de la demanda, por lo que se debió avocar el conocimiento sin ordenar su adecuación, por cuanto no se cuenta con soporte legal alguno, en lo relativo a la demanda y al poder.

Para resolver se hacen las siguientes,

CONSIDERACIONES

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 Re establecimiento 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 trábarse 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 desarrollo.

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.

(...)



CASO N° 10 – 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 supérstite, 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 supérstite 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

10.1. 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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS

Referencia: Expediente No. 21501

Acta No.14

Bogotá, D.C., ocho (8) de marzo de dos mil cuatro (2004).

(...)

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Considera la censura que el tribunal incurrió en error de derecho al haber dado por demostrada, por “confesión” de la codemandada Perla Lidia Lei, su calidad de cónyuge supérstite del empleador “no empece no ser eficaz la confesión para acreditar el estado civil de cónyuge o el matrimonio, que requiere de registro civil correspondiente”.

Ahora bien: Comoquiera que en ocasiones esta Corporación ha sostenido que “... dada la específica naturaleza del juicio laboral y la clase de conflicto jurídico que mediante él se busca resolver, no resulta acorde con su finalidad la exigencia de pruebas solemnes distintas de las expresamente requeridas por la propia ley laboral ...” (sentencia del 13 de septiembre de 1991, rad.4422), se hace necesario determinar si las normas que regulan la prueba de los hechos y actos relativos al estado civil de las personas tienen aplicación dentro del proceso laboral.

Al efecto, 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 admite 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.

Para todos los demás funcionarios es perentoria la norma del Decreto 1260 de 1970 que dispone:

ARTICULO 106. <FORMALIDAD DEL REGISTRO>. *Ninguno de los hechos, actos y providencias relativos al estado civil y la capacidad de las personas, sujetos a registro, hace fe en proceso ni ante ninguna autoridad, empleado a funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva oficina, conforme a lo dispuesto en la presente ordenación, salvo en cuanto a los hechos para cuya demostración no se requiera legalmente la formalidad del registro.*

Por lo demás, 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.

"Obsérvese, 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 acudirse 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.



Dando por sentada esta aseveración, fuerza concluir que la confesión no puede ser admitida como medio probatorio del estado civil de la demandada -ni siquiera en la legislación anterior se comprendía dentro de las posibles pruebas supletorias- por cuanto, tal como lo dispone el literal c del artículo 195 del C.P.C., uno de los requisitos para que pueda tenerse como tal es precisamente que recaiga sobre hechos respecto de los cuales "*la ley no exija otro medio de prueba*".

De tal modo, resulta acertado el cargo formulado por error de derecho, por cuanto esta clase de error, de conformidad con el numeral 1º del artículo 60 del Decreto 528 de 1964, se da "*cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otro medio y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo*".

Conforme a las anteriores consideraciones prospera el cargo enderezado a demostrar el yerro en que incurrió el Tribunal al dar por demostrada la condición de cónyuge del empleador fallecido con la "confesión" que hiciera la demandada de tal calidad. En consecuencia se casará el fallo conforme lo solicita el recurrente al fijar el alcance de la impugnación extraordinaria.

Dada la prosperidad del recurso, se hace innecesario el estudio de la primera acusación, en cuanto perseguía el mismo objetivo.

Como consideraciones de instancia precisa la Sala que, 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 1992¹⁰, 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.

(...)

¹⁰ G. J. Tomo CCXVI, número 2455, pág. 236.



10.2. DEBER DE INTERPRETAR POR EL JUEZ UNA DEMANDA OSCURA, VAGA O IMPRECISA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

DR. LUIS JAVIER OSORIO LOPEZ
Magistrado Ponente

Radicación N° 22923
Acta N° 14

Bogotá D.C, catorce (14) de febrero de dos mil cinco (2005).

(...)

I. ANTECEDENTES

Ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Itagüí, Óscar de Jesús Galeano Monsalve demandó a las personas jurídicas atrás mencionadas, para que en forma solidaria, conjunta o separadamente fueran condenadas de conformidad con las siguientes pretensiones:

“1. Reintegro del trabajador por haber sido despedido en forma unilateral por parte de la empresa DISMA S. A. sin invocar causa justa legalmente establecida en nuestro ordenamiento laboral vigente para dar por terminado el contrato de trabajo.

2. Salarios dejados de percibir por parte del trabajador en forma indexada, desde la fecha que fue despedido, Abril 15 de 1.999 hasta que se produzca el reintegro del trabajador; salarios estos que amén de ser condenados a pagar en forma indexada, debe hacerse con los incrementos legales obtenidos durante toda la relación laboral del trabajador (2 incrementos de salario al año).

3. Vacaciones legales y extralegales desde la fecha en que fue desvinculado el trabajador (Abril 15 de 1.999), hasta que se produzca su reintegro; pretensión esta que debe ser condenada a pagar en forma. Condenar a la Entidad demandada, al reconocimiento y pago de la totalidad de horas extras diurnas y nocturnas laboradas; el trabajo en días sábados, dominicales y festivos y descansos compensatorios de los tres últimos años de prestación de servicios de cada uno de mis mandantes.
4. Primas de servicios de Junio y Diciembre, legales y extralegales que se causen a partir de la fecha del despido del trabajador Abril 15 de 1999, hasta que se produzca el reintegro del mismo, las cuales deben ser condenadas a pagar en forma indexada, teniendo en cuenta el último salario devengado por el trabajador y además, los incrementos de salario que había adquirido el trabajador durante toda su relación laboral (2 incrementos de salario al año).
5. La prestación extralegal de aguinaldo equivalente a treinta (30) días de salarios básico por año laborado o proporcional al tiempo laborado desde la fecha en que fue desvinculado el trabajador, Abril 15 de 1.999, hasta que se produzca su reintegro; pretensión esta que debe ser condenada a pagar en forma indexada sobre el último salario devengado por el trabajador y teniendo en cuenta los incrementos de salarios que había adquirido el trabajador durante toda su relación laboral (2 incrementos de salario al año).
6. Dotación de uniformes y calzados que se le causen al extrabajador a partir de la fecha en que fue desvinculado, 15 de abril de 1999, hasta que se produzca el reintegro del trabajador.
7. Intereses a las cesantías que se causen desde la fecha en que fue desvinculado el trabajador, 15 de Abril de 1999 hasta que se produzca el reintegro del trabajador, prestación legal que debe ser condenada a pagar en forma indexada y teniendo en cuenta que los incrementos salariales que había adquirido el trabajador durante toda su relación laboral, era de dos (2) incrementos al año.
8. Cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales por los riesgos de salud, invalidez, vejez y muerte desde la fecha en que fue desvinculado, 15 de Abril de 1.999, hasta que se produzca su reintegro, cotizaciones estas que se deben hacer teniendo en cuenta el salario promedio del trabajador.
9. Condenar a..., al reconocimiento y pago de las Costas Procesales y Agencias en Derecho a que haya lugar.

10. *La retroactividad y pago de las cesantías y que se le deben abonar al trabajador a partir de la fecha de su despido, 15 de Abril de 1.999, hasta que se produzca el reintegro del trabajador, las cuales deben ser abonadas con el último salario que presuntamente debió devengar el trabajador al momento de su reintegro.*

11. *Prima de antigüedad si se le causare al trabajador durante el trámite del proceso, desde la fecha en que fue desvinculado, 15 de abril de 1.999, hasta que se produzca el reintegro, la cual debe ser condenada a pagar en forma indexada y teniendo en cuenta los incrementos de salario que había obtenido el trabajador durante toda su relación laboral (2 incrementos de salario al año).*

12. *Todos los demás derechos legales y extralegales que se demuestren en el proceso extra y ultra petita y que gozaba el trabajador al momento de su despido, 15 de Abril de 1999, hasta que se produzca el reintegro, los cuales deben ser condenados a pagar en forma indexada y teniendo en cuenta los incrementos de salario que había obtenido el trabajador durante toda su relación laboral (2 incrementos de salario al año), entre ellos son: Auxilio y permiso por maternidad, auxilio y permiso por matrimonio y permiso por defunción, auxilio por lentes y montura, préstamos para vivienda, para vehículo, por calamidad doméstica, bancarios, etc.*

13. *Reajuste de las prestaciones legales y extralegales del trabajador de primas legales y extralegales de Junio y Diciembre, prima de vacaciones legales y extralegales, aguinaldo, prima de antigüedad, intereses a las cesantías, desde el año 1.980 hasta el 15 de abril de 1.999 en que fue despedido el trabajador, teniendo en cuenta que no se le hicieron los dos (2) incrementos salariales que había adquirido durante toda su relación laboral, año por año, los cuales deben ser condenados a pagar en forma indexada.*

14. *Reajuste de las prestaciones legales y extralegales del trabajador de primas legales y extralegales de Junio y Diciembre, primas de vacaciones legales y extralegales, aguinaldo, prima de antigüedad, intereses a las cesantías, desde el año 1.980 hasta el 15 de Abril de 1.999 en que fue despedido el trabajador, teniendo en cuenta que se no se le hicieron los dos (2) incrementos salariales que había adquirido durante toda su relación laboral, año por año, los cuales deben ser condenados a pagar en forma indexada.*

15. *Sanción moratoria por el no pago oportuno de las prestaciones sociales y salarios en su totalidad, y que ahora se demanda su reajuste, desde que se dejaron pagar estas prestaciones legales reajustadas desde Enero de 1.996.*

16. *Reajuste de las cotizaciones al Seguro Social en los riesgos de salud, pensión, invalidez y muerte, teniendo en cuenta que no se cancelaba con el salario promedio del trabajador, sino con el salario mínimo legal del gobierno durante toda la relación laboral.*

17. *Sanción indemnizatoria del pago doble de los intereses a las cesantías por el no pago oportuno en su totalidad, desde el 1º de Enero de 1.996.*

18. *Y todas las demás que se probaren en el proceso extra y ultrapetita.*

19. *Costas del proceso y agencias en derecho.*

20. *Solicito al despacho que las pretensiones enlistadas, de la No. 1 a la 17 sean condenadas a pagar con base en el principio de la indexación por mora o corrección monetaria, lo mismo las que se demuestren en el proceso extra y ultrapetita.*

(...)

II. SE CONSIDERA

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.

No se puede olvidar que en el derecho procesal la demanda como constitutiva del derecho de acción, es de gran trascendencia en la estructuración y culminación del proceso, la cual debe ajustarse en su forma y contenido de los artículos 25, 25A, 26, 70 y 76 del C.de P.L. y de la SS, modificados los tres primeros por los cánones 12,13 y 14 de la Ley 712 de 2001.

Dentro de aquella preceptiva encontramos, que las pretensiones deben solicitarse con claridad y precisión, formularse por separado debiendo tener cuidado que no se excluyan entre sí, señalando cuáles son principales y cuáles son subsidiarias o al menos que le permitan al juez identificar, sin caer en la confusión, qué es lo principal que se reclama o implora, naturalmente con el adecuado respaldo en los supuestos de hecho que le sirven de soporte, debidamente “clasicados y enumerados”.

Desde antaño, es jurisprudencia adoctrinada que cuando el juez al momento de dictar sentencia se encuentra ante una demanda que no ofrezca la precisión y claridad debidas, bien por la forma como aparecen las súplicas, ora en la exposición de los hechos, también en los fundamentos de derecho, o en las unas y en los otros, está en la obligación de interpretarla para desentrañar el verdadero alcance e intención del demandante, al formular sus súplicas, para lo cual debe tener muy presente todo el conjunto de ese libelo, sin que pueda aislar el petitum de la causa petendi, buscando siempre una afortunada integración, por cuanto los dos forman un todo jurídico; y además si es necesario para precisar su auténtico sentido y aspiración procesal, tener en cuenta las actuaciones que haya desarrollado el actor en el trámite del proceso, lo cual debe observar celosamente el instructor judicial a manera de saneamiento, a efecto de evitar una nulidad o una decisión inhibitoria con grave perjuicio para los litigantes y talanquera infranqueable para que se llegue a la norma individual constituida con la sentencia de fondo, lo que choca con el deber ser de la administración de justicia.

Pero la labor interpretativa no puede ser ni mecánica ni ilimitada, siempre deberá dirigirse a consolidar su naturaleza y los fines que se buscan con la demanda, sobre todo en casos donde se presenta de manera oscura e imprecisa, haciendo que surja lo racional y lógico de la pretensión querida por el demandante, sin ir a caer en exigencias extravagantes, bien de



datos, factores o circunstancias que no son indispensables para determinar el alcance de la pretensión deseada con amparo en la Constitución y la ley.

Es que hoy más que nunca se debe ser objetivo en la contemplación de la demanda introductoria del proceso y es cuando la labor del juez dispensador del derecho debe estar siempre dirigida a desentrañar no sólo el sentido, alcance o el propósito del precepto jurídico portador del ritual y el derecho, sino también el entendimiento cabal de la conducta del sujeto de derechos que ha venido a la jurisdicción en procura de una tutela oportuna de los mismos, que en el desarrollo de la justicia social es de trascendental importancia.

Por ello al encargado de administrar justicia, se le atribuye como misión ineludible interpretar los actos procesales y extraprocesales que se relacionen en cada litigio que se le asigne por competencia, a efecto de aplicar con acierto las disposiciones legales y constitucionales que regulen la materia puesta a su disposición, para una solución adecuada y justa.

Así las cosas, cuando la demanda no ofrece claridad y precisión en los hechos narrados como pedestal del petitum, o en la forma como quedaron impetradas las súplicas, tiene dicho tanto la jurisprudencia como la doctrina, que para no sacrificar el derecho sustancial, es deber del fallador descubrir la pretensión en tan fundamental pieza procesal y tratar de borrar las imprecisiones, lagunas o vaguedades que en principio quedan exteriorizadas. Con razón se ha dicho que “ la torpe expresión de las ideas no puede ser motivo de repudiación del derecho cuando éste alcanza a percibirse en su intención y en la exposición de ideas del demandante”, lo cual no es más que la protección de los principios que orientan la observancia del derecho sustancial por encima de las formas, dentro del marco del debido proceso a que se contraen los artículos 29, 228 y 230 de la carta mayor. (Casación Civil del 12 de Diciembre de 1936. T. XLVII. Pag. 483).

Es que de verdad, lo que hace inepta una demanda por indebida acumulación de pretensiones, es la imposibilidad o dificultad insalvable para descubrir lo que el accionante implora y fijar su verdades trascendencia jurídica como en muchas oportunidades lo ha predicado esta Corte; y lo decidido por el Tribunal como que conduce a una elaboración paradigmática cuando la ley de enjuiciamiento lo que exige es que el libelo no imposibilite definitivamente su entendimiento, como ha quedado claro en esta oportunidad

Acorde con lo dicho, el cargo se encuentra fundado, ya que no se necesitaba de un esforzado razonamiento para descubrir que la pretensión principal requerida por el actor no era otra que el derecho al reintegro y sus consecuencias jurídico-económicas, procurando con ello el restablecimiento de la estabilidad laboral.



De otro lado no está por demás reprochar la decisión oficiosa del Tribunal de dar por demostrada la falta de un presupuesto procesal, para lo cual ni siquiera tenía competencia funcional, como quiera que el único apelante contra la decisión de primer grado fue el demandante, quien a su vez había resultado beneficiado con ese pronunciamiento. Y tampoco sobra agregar que la parte demandada propuso en su oportunidad la correspondiente excepción previa de falta de los requisitos formales de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, la misma que fue rechazada por el juez de conocimiento sin que la proponente hubiera interpuesto recurso alguno contra esa decisión. No escapa a la Sala advertir, que la definición del organismo colegiado, lo que deja entrever es una desafortunada ligereza en la interpretación del libelo introductor, porque lo que consideró como indebida acumulación de pretensiones no es más que una acumulación sucesiva a continuación del éxito del reintegro como petición principal, fácil de deducir, como bien lo coligió el juzgador de primera instancia, sin necesidad de exigir palabras sacramentales.

Los anteriores elementos de juicio le habrían permitido adicionalmente al Tribunal dar por superado el escollo formal que finalmente lo llevó a proferir una sentencia inhibitoria, no muy saludable para la administración de justicia ni para la protección de los derechos fundamentales, entre ellos el derecho al trabajo, de donde surge como fruto el de la estabilidad laboral.

Siguiendo con ese derrotero, no deben olvidar los jueces la importante modificación introducida por el artículo 39 – 2 y 3 de la Ley 712 de 2001, modificatorio del artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que básicamente tiene como objetivo fundamental la aplicación de los principios de celeridad y saneamiento del rito procesal, dotando al juez de amplias facultades de dirección del proceso, que conllevan también el principio de eficacia, para que la controversia culmine con una decisión de fondo, como anhelo máximo de la Administración de Justicia.

No otra cosa se desprende del contenido del parágrafo No. 1 de la citada disposición, el cual reguló el procedimiento que debe observar el juez para cuando fracase el intento de conciliación, obligándolo a que en primer lugar, proceda a decidir las excepciones previas acorde con lo previsto en el artículo 32 del citado Estatuto Procesal, modificado por el 19 de la ley 712 de 2000 en caso de que se hubieran propuesto. En segundo, debe adoptar las medidas necesarias que eviten nulidades y sentencias inhibitorias y por último, con el requerimiento a las partes, precisar los hechos del proceso en los cuales los contradictores estén de acuerdo y que admitan la prueba de confesión, hechos que se declararán probados y que consecuencialmente implicará el rechazo de las pruebas que pretendían demostrarlos.



La nueva intención legislativa procesal pone de presente que en materia de los llamados presupuestos procesales, especialmente el denominado como la demanda en forma, ya no es un asunto que corresponde al juzgador dirimirlo en la sentencia que ponga fin a la instancia, pues para este momento procesal ya debe estar satisfecho, bien porque el juez al estudiar la demanda la inadmitió y el interesado corrigió las deficiencias formales de que adolecía, ora porque la parte demandada propuso la correspondiente excepción previa – como ocurrió en este caso y le fue resuelta desfavorablemente--, o ya porque el juez, en desarrollo de las nuevas facultades, adoptó las medidas de saneamiento pertinentes en orden a evitar las nulidades y las inhibiciones.

Cuando lo dicho antes ocurre y el proceso se encuentra para proferir sentencia, ésta, como ya se dijo, necesariamente debe ser de fondo. Y toda esa actuación, para corresponder con la actual tendencia legislativa, debe ser respetada por el Superior cuando el proceso llegue a su conocimiento por apelación o por consulta. De lo contrario, la reforma sería inocua y sin efecto práctico, contrariando el claro e inequívoco querer del legislador, sobre todo cuando se pregonó no sólo normativamente (Art.4 CPC), sino doctrinariamente que al interpretar la ley de procedimiento, el Juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial, inspiración que se consagra en el artículo 228 de la Carta Política.

Así las cosas, acorde con lo argumentado el cargo prospera y como consecuencia habrá de casarse la sentencia.

Como consideraciones de instancia, la Sala encuentra suficientes las expuestas en sede de casación. Y para corresponder al alcance de la impugnación, la sentencia de primera instancia será confirmada.

(...)



**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO
GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA**

*Magistrado Ponente: Luis Javier Osorio López
RADICACIÓN No. 22923*

Me aparto de la decisión que le dio prosperidad al primer cargo, por las razones que de manera breve expongo enseguida:

Para la mayoría, el Tribunal incurrió en un desacuerdo de hecho cuando no tomó en consideración que la pretensión principal requerida por el actor no era otra que el derecho al reintegro y sus consecuencias jurídicas, procurando con ello el restablecimiento de la estabilidad laboral, conclusión que no requería de un esforzado razonamiento. Previamente a llegar a esa inferencia, en la sentencia de la que me aparto se censura al fallador de la alzada que no interpretara la demanda a la luz de los principios generales del derecho que orientan la protección efectiva de los trabajadores; labor interpretativa que, se le dijo, no puede ser mecánica ni limitada.

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 desacuerdo 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.

Por otro lado, si para encontrar lo que en verdad dice una pieza procesal que sea oscura o confusa el juzgador debe realizar una labor de indagación para descifrar su verdadero contenido, a mi juicio es obvio que ese documento admite varias lecturas posibles, de suerte que no incurrirá en un desacuerdo de valoración, ni mucho menos uno que pueda ser calificado como ostensible, cuando de esa pieza extrae el juez lo que, a simple vista, ella acredita.

Y ello es así porque se ha dicho que por error de valoración probatoria sólo puede tenerse el que surge del simple cotejo entre el hecho que se haya dado por demostrado por el fallador y lo que claramente resulte establecido de las pruebas, esto es, que sea protuberante o como gráficamente se ha señalado por la jurisprudencia, *"brille al ojo"*.

En este caso el Tribunal sí tuvo en cuenta que el actor demandó de manera principal su reintegro, pero, precisamente por ello, al encontrar que al lado de esa aspiración había otras planteadas igualmente como principales y que eran incompatibles con aquella dada su naturaleza, consideró que se presentaba una indebida acumulación de pretensiones, conclusión jurídica que, en mi opinión, no es ostensiblemente desacertada, pues es lo cierto que mientras el reintegro supone la reanudación del vínculo laboral, otros derechos, como la sanción por mora reclamada en este caso por el actor, precisan de la terminación del contrato de trabajo.

Así las cosas, lo que de manera evidente surge al rompe de la susodicha demanda es la formulación de varias pretensiones, todas ellas principales, algunas de las cuales son incompatibles con otras. Y si eso fue lo que concluyó el Tribunal, no cometió un dislate abultado.

Estimo, entonces, que contrariamente a lo que exige ahora la mayoría de la Sala, no se equivocó ostensiblemente el juez de la alzada si se abstuvo de suplantar la voluntad del demandante para definir cuáles de sus aspiraciones debían ser estudiadas como principales y cuáles como subsidiarias, pues se ajustó a lo que sobre el particular de tiempo atrás ha explicado esta Sala de la Corte que, por ejemplo en la sentencia del 9 de octubre de 1996, radicación 8966, puntuó:

"Es claro que el mandato constitucional 228 consagra la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal o procesal; pero prevalencia no significa exclusión del extremo de menor categoría, sino su preponderancia. El derecho sustancial debe estar por encima de las formas del juicio, que no por ello desaparecen, pues de ser así otros principios que les dan contenido, como el debido proceso, desaparecerían, con grave perjuicio para la cumplida administración de justicia. A pesar del predominio del derecho sustancial sobre el formal o procesal, hay en este juicio un inconveniente insoslayable para que el primero esté por encima del segundo: al juez se le colocó en la imposibilidad de dictar una sentencia de fondo porque el demandante le propuso, al mismo tiempo, pretensiones opuestas y excluyentes. Y como la garantía constitucional del derecho sustancial no resuelve las situaciones antagónicas, el canon 228 de la CN no fue violado por el Tribunal, pues una



cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo el mismo respecto. Es cierto que según el art., 32 del CPL el juez debe decidir sobre las excepciones dilatorias en la primera audiencia de trámite; pero ello no significa que si la demanda defectuosa ha sido admitida o el proceso se adelanta sin una tal decisión previa que no propuso o no quiso proponer el demandado, el juez pueda, frente a pretensiones excluyentes, dictar una sentencia de fondo, pues no es él, dentro de nuestro sistema legislativo, quien asuma el deber de iniciar el proceso o de confeccionar la demanda, de manera que tampoco le está dado, a su arbitrio, decidir cuál es la pretensión sobre la cuál deba fallar en el fondo y sobre cuál deba adoptar una actitud de abstención. Aun cuando el juez tiene la facultad de interpretar la demanda y de orientar el proceso en la mejor forma para brindar una solución de fondo, ello no llega hasta la posibilidad de cambiar el planteamiento del demandante quien debe saber o identificar en su demanda el derecho del cual se considera titular. Por tanto el Juez no puede dictar sentencia de fondo si el proceso se adelantó a partir de una demanda con pretensiones excluyentes “.

Fecha ut supra.



CASO N° 11 – PRESUPUESTOS PROCESALES. AGOTAMIENTO DE LA VÍA 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

11.1. 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

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN LABORAL**

Radicación No. 12221

Acta No. 40

Magistrado Ponente: GERMÁN G. VALDÉS SÁNCHEZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., trece (13) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

(...)

ANTECEDENTES

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

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



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

(...)

EL RECURSO DE CASACION

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

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

(...)

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

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

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

El Código de Procedimiento Laboral dispone en su artículo 6° que "Las acciones contra una entidad de derecho público, una persona administrativa autónoma, 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 cierre.

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 si mismas, cualquier error en que hayan podido incurrir en torno a las actuaciones que originaron tales desavenencias y evitar de esta manera los traumatismos propios de una controversia judicial.

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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



De otro lado, como el fin último del agotamiento de la vía gubernativa es que la administración pública tenga la oportunidad de decidir de manera directa y autónoma si resulta procedente o no el reconocimiento de los derechos reclamados por el peticionario y de esta forma enmendar cualquier error que hubiera podido cometer sobre el particular, 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 artículo 6° del C.de P. L. sea la nulidad de todo lo actuado. Ello resulta sumamente inconveniente, no sólo para las partes, sino para la propia administración de justicia, toda vez que luego de todo un derroche de jurisdicción, tiempo y gastos no se logró resolver de manera rápida y eficaz el conflicto.

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

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

En consecuencia, no prospera el cargo.
(...)



ENSAYO

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 asidro 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 trascendentales y graves que causaren grave injusticia y (ii) las violatorias del *jus constituciones*, 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 intervenientes 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, acarreaban 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 premoderna, 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 denunciables 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 denunciables 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 resolutiva; (iv) desconozca la cosa juzgada. Ese litado 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 5^a 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 suprime 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 impugnable 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 denunciables, con tal de que igualmente se acusaran las sustanciales violadas como consecuencia del primer desacuerdo. 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 adoctrinado 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 desacuerdo 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 cobija 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 inadmisible 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.



EJECUCIÓN LABORAL

INTRODUCCIÓN

La ley 1149/07 no tocó el tema de la ejecución, no obstante si el proceso ordinario laboral tiene como una de sus características la celeridad y la concentración, no se ve como la ejecución pueda pecar en ello y atentar contra la rapidez del juicio oral citado; recuérdese que la función jurisdiccional no se agota con la declaración de derechos reconocidos en la sentencia ejecutoriada, en ocasiones el deudor debe ser compelido a cumplir forzosamente la obligación, si no accede de manera voluntaria, debiendo ser la actitud del juez proactiva, quizá sea, la oportunidad para que la “drasticidad” pregonada por los redactores del C.P.L., no se vea menguada, máxime cuando con la vigencia de la ley 1149/07 se pregoná un juicio rápido, así que atendiendo y respetando el derecho de defensa, al retirarse del ordenamiento jurídico el art. 107 del C.P.L., podría el juez, ensayar mecanismos de ajuste para evacuar las decisiones que deben tramitarse en audiencia, hasta que se solucione o se agote el objeto de la misma, apoyado en los artículos 40 y 48 del C.P.L., éste último modificado por el art. 7º de la ley 1149 de 2007.

Del mismo modo existen posturas diversas frente al punto de cómo debe surtirse la notificación al demandado, por estado ó personalmente, cuando la ejecución se sigue a continuación del ordinario dentro del término señalado en la ley, como también cuál es el lapso para que terceros intervengan, así como la remisión a las normas del Código de Procedimiento Civil, cuando se trate de fallos judiciales o laudos arbitrales, contentivas de obligaciones distintas de las de entregar sumas de dinero (num. 2º art. 100 C.P.L.), cabría preguntarse si en los otros eventos, podría acudirse al propio código de la especialidad laboral, en orden a suplir las deficiencias o lagunas procedimiento ejecutivo laboral.

Ahora bien, no es el propósito de estas líneas precisar la connotación o definiciones de los aspectos constitutivos de la ejecución laboral, sino de significar el trámite que ha de imperar en el juicio ejecutivo laboral, a través de casos en procura de desatar los nudos que agobian al operador.



DOCTRINA

LECTURA XII.

LA EJECUCIÓN FORZADA

*Piero Calamandrei.**

La individualización de la ley mediante la declaración jurisdiccional de certeza, elimina para siempre toda posibilidad legal de falta de certeza o de discusión respecto de aquello que es el derecho del caso concreto; pero, una vez declarado cierto el mandato, es todavía posible que el mismo permanezca prácticamente sin ejecutar. Resuelto, a través de la fase de la jurisdicción que se llama la *cognición*, el problema de la certeza del derecho, queda abierto el problema de la *ejecución práctica* del derecho declarado cierto. Una vez que se ha llegado a la declaración oficial de certeza, puede ocurrir que la conducta del obligado se ajuste, sin más, a tal precepto; pero puede también ocurrir que la ejecución voluntaria no sea posible, o que el obligado deliberadamente se niegue a obedecer el mandato ya indiscutible. En este caso ¿de qué modo asegura el Estado la observancia del derecho? Responde a esta pregunta aquella fase ulterior de la función jurisdiccional que se llama la *ejecución forzada*.

La denominación de jurisdicción recuerda etimológicamente (*iu-ris dictio*) la fase de declaración de certeza, a través de la cual el Estado *dicitus*, esto es, declara la certeza, mediante aquel procedimiento lógico que más arriba hemos analizado, acerca de cuál es el mandato individualizado que regula el caso concreto: incluso en un tiempo se enseñaba que la función jurisdiccional se agota en el "juzgar", esto es, en la sola fase de cognición (*iuris dictio in sola notione consistit*), y de esta preferencia dada por la doctrina al estudio de la fase de declaración de certeza, subsisten todavía huellas en la terminología usual, la cual comprende también los órganos de la ejecución, bajo la denominación, que en rigor de término sería apropiada sólo para el momento de la cognición, de *órganos judiciales*.

Actualmente, sin embargo, no obstante que algunos continúen empleando la palabra jurisdicción en su restringido significado etimológico, esto es, como limitada a indicar solamente la actividad de *juzgar*, que la misma agota en la fase de cognición¹¹, el uso común, seguido también por el nuevo código, emplea tal palabra en sentido más amplio que el

¹¹Véase CARNELUTTI. Sistema, I, niara. 38 y sígs.

originario, comprendiendo en ella no solo la declaración de certeza, sino también la ejecución forzada; en este sentido se emplea aquí tal expresión².

La función jurisdiccional comprende, pues, en el sistema de la legalidad no solo la actividad que el Estado realiza para aplicar la norma general y abstracta, ya existente, al caso concreto y para poner en claro el mandato individualizado que de ella nace, sino también la actividad ulterior que el Estado lleva a cabo para hacer que este mandato concreto sea prácticamente observado (en sí mismo, o en el precepto sancionatorio que toma su puesto), también en caso de necesidad, con el empleo de la fuerza física, dirigida a modificar el mundo exterior y a hacerlo corresponder a la voluntad de la ley.

Puede parecer que, desde el punto de vista filosófico, entre la actividad de cognición que conduce a la declaración de certeza del mandato individualizado, y la actividad de ejecución forzada, que traduce este mandato en modificaciones prácticas del mundo exterior, exista una cierta diferencia: el juez, para llegar a la declaración de certeza, debe, sobre todo, ejercer una actividad de historiador y de lógico, debe *conocer* más bien que *obrar*, y el derecho que declara cierto es para él, como se ha dicho, objeto de estudio más que regla de su obrar; mientras el ejecutor debe, sobre todo, *obrar*, poniendo en actuación los medios destinados a afirmar, incluso mediante la fuerza, el derecho contra los reacios. Y, sin embargo, tanto el conocer del juez como el obrar del ejecutor, se encuentran en la jurisdicción reunidos por la unidad del fin, de modo que el primero no es pura contemplación, sino que se puede considerar como preparación del segundo, y éste, viceversa, como continuación del primero. El fin último de la jurisdicción en toda manifestación suya es el de la observancia *práctica* del derecho: el razonamiento hecho por el juez en el proceso de cognición no vale como enunciación de verdad teórica, sino como proclamación práctica de un mandato que debe ser obedecido; y si tal proclamación no basta a hacer que el mandato sea prácticamente observado, quiere decir que la fase de cognición no ha bastado a agotar los fines de la justicia, para el logro de los cuales es necesario que la actividad jurisdiccional prosiga hasta imponer, incluso con la fuerza, aquella observancia del derecho que la simple declaración de certeza no ha logrado obtener.

La declaración de certeza aparece, pues -en todos aquellos casos en que la misma no basta para obtener, por la sola virtud de la proclamación de autoridad en ella contenida, la observancia del derecho- como premisa y como condición para poder pasar, en la fase de ejecución, al empleo práctico de la fuerza. No se debe a la casualidad el que la justicia se presente simbólicamente provista de la balanza y de la espada. La defensa del derecho que

² También el C.C., libio *De la tutela de los derechos*, comprende la ejecución forzada bajo el concepto de tutela jurisdiccional, y considera la función ejecutiva como *actividad jurisdiccional*: arte. 2907ysigs.

el Estado realiza a través de la jurisdicción, no se agota en los razonamientos del juez; y a fin de que estos puedan traducirse en realidad, es necesario que, detrás de la balanza del juzgador, vigile la espada del ejecutor. Pero, viceversa, la espada del ejecutor no puede moverse si antes el juez no ha pesado imparcialmente las razones de la justicia.

Es, por consiguiente, interesante aclarar el modo en que se encuentran y se sueldan entre sí, a mitad del recorrido, en el camino de la jurisdicción, estos dos momentos de la declaración de certeza y de la ejecución. Se puede, desde luego, observar, que, para alcanzar *los* fines de la jurisdicción, no es necesario que a toda declaración de certeza siga la ejecución forzada. Al pasar revista a los varios tipos de garantía jurisdiccional, hemos visto que la declaración de certeza que se puede obtener a través de una decisión del juez, puede servir para tres fines diversos: mientras, en ciertos casos, la declaración de certeza tiene por objeto la ya realizada transgresión del precepto primario, y la consiguiente entrada en vigor del precepto sanciona-torio determinante de los medios prácticos que el Estado se compromete a poner en práctica para restablecer la observancia del derecho, en otros casos, la declaración de certeza tiene por objeto el precepto primario no transgredido todavía, pero incierto, o bien la existencia de las condiciones jurídicas exigidas a fin de que el Estado pueda ordenar un cierto cambio jurídico. En estos dos últimos casos la garantía jurisdiccional es completa y se agota en la decisión: basta la decisión para garantizar la observancia del derecho, o sea, en el primer caso, para vencer la falta de certeza del precepto primario que constituía ya ella misma un peligro de transgresión, y, en el segundo caso, para operar aquel cambio jurídico que la ley conecta a la verificación de las condiciones cuya certeza se ha declarado. En el primer caso, en cambio, como ya se ha dicho, la decisión, la llamada "condena", no basta ella sola (salvo que el obligado, para evitar la sanción con que la misma le amenaza, se determine, sin más, a cumplir voluntariamente la obligación declarada cierta en la condena) para alcanzar los fines de la jurisdicción, y hay necesidad, a fin de que la observancia del derecho quede restablecida, de una ulterior actividad jurisdiccional, de la cual la condena, que mira al futuro, es, por decirlo así, el anuncio y la legitimación³.

Esta ulterior actividad jurisdiccional, que debe seguir a la condena a fin de que la sanción individualizada en la decisión pueda ser prácticamente puesta en obra en el mundo sensible, es la *ejecución forzada*: empleo por parte del Estado de la fuerza física, para traducir en realidad el mandato declarado cierto por medio de la decisión.

Todas las garantías jurisdiccionales de que se ha hablado hasta ahora tienen este carácter común: que las mismas producen efectos en la esfera jurídica del individuo *independientemente*,

³ REDENTI, *Profilo*, pág. 78. "Las providencias de condena... están provistas por la ley de una autoridad particularísima, que podríamos llamar de *legitimación para la ejecución*".

y aun contra su voluntad. Mientras -en tanto que se permanece en el campo del derecho sustancial- la voluntad de cada individuo es soberana en la propia esfera jurídica, la actividad jurisdiccional, en sus diversas formas, ejerce sobre el individuo una sujeción, en cuanto determina, por razón de autoridad, una invasión en la esfera jurídica individual y una modificación de ésta, obtenida sin tener en cuenta la voluntad del individuo titular. Pero esta invasión de la esfera jurídica individual y esta correspondiente sujeción, del individuo, es más o menos grave y penetrante según los casos: cuando la garantía consiste en la simple declaración de certeza, el único efecto jurídico que de ello se hace sentir en la esfera jurídica individual es la *sujeción a la cosa juzgada*, esto es, la indiscutibilidad oficial del precepto declarado cierto, que quita al individuo toda posibilidad de poner en discusión la declaración de certeza (la sentencia de declaración de mera certeza que declara existente el derecho de mi acreedor, no modifica mi esfera jurídica, porque mi obligación existía aún antes de la declaración de certeza; pero introduce en la misma, con respecto a aquella relación jurídica, un elemento de certeza oficial que antes le faltaba y que constituye, de ahora en adelante, un nuevo límite puesto a mi libertad); cuando la garantía consiste en la declaración de certeza con finalidad constitutiva, la sujeción no está limitada a la certeza jurídica derivada del fallo, sino que se extiende también al cambio jurídico ordenado por la decisión, el cual introduce así en la esfera jurídica del individuo, una modificación a la que la voluntad del individuo no puede ni resistir ni sustraerse (el pronunciamiento que anula el matrimonio, modifica la esfera jurídica del cónyuge, en cuanto, al extinguir la relación matrimonial, hace desaparecer, independientemente de su voluntad, todos los derechos y los deberes a ella inherentes); cuando, en cambio, la garantía jurisdiccional consiste en la ejecución forzada, el condenado se encuentra sujeto, por efecto de la condena, no solo a la certeza jurídica derivada del fallo, no solo a los cambios jurídicos que los órganos ejecutivos ordenarán en conformidad con la condena, sino también *a la fuerza física*, que podrá ser puesta en práctica, por los órganos ejecutivos del Estado, sobre su persona y sobre sus bienes. Veremos oportunamente cómo la actividad ejecutiva puede consistir en el cumplimiento de autoridad, sobre el patrimonio del deudor, de actos de disposición, los cuales produzcan en él, con independencia de la voluntad del individuo, cambios jurídicos *no necesariamente acompañados del uso de la fuerza física* (los muebles pignorados se hacen indisponibles en virtud del apremio contenido en la pignoración, art. 492; el deudor pierde la propiedad en virtud de la providencia por la que el juez de ejecución ordena la transferencia al adjudicatario del bien expropiado, art. 586; etc.); pero, sin embargo, el carácter esencial de la ejecución forzada es precisamente éste: que los cambios jurídicos que la misma produce sobre la esfera jurídica del deudor no quedan nunca limitados al mundo jurídico, sino que están siempre precedidos, acompañados o seguidos de variaciones en el mundo sensible, de desplazamientos de cosas o de personas para efectuar los cuales pueda resultar indispensable el uso de la fuerza física. Para llevar a cabo la pignoración, el oficial judicial puede proceder, aún contra la voluntad del deudor, a la apertura de puertas o

escondrijos; puede, para vencer la resistencia opuesta por el deudor, reclamar, si es necesaria, la asistencia de la fuerza" pública (art. 513). La venta judicial de los bienes lleva necesariamente a la desposesión material del deudor expropiado, y a poner en posesión al adjudicatario, con la posibilidad de recurrir a la fuerza (art. 608); la distribución entre los acreedores de las sumas obtenidas de la venta, da lugar necesariamente a un traslado material de dinero; y así sucesivamente.

De esta manera, mientras las decisiones pronunciadas con finalidad de simple declaración de certeza o con finalidad constitutiva agotan la función jurisdiccional y cierran el proceso, la decisión de condena cierra la fase de cognición, pero abre la de ejecución forzada. La coacción no puede ser puesta en práctica, sino en cuanto exista una declaración de certeza que la autorice (*título ejecutivo*); y la forma normal y típica de título ejecutivo está constituida precisamente (art. 474) por las sentencias de condena. A través de la condena, con la cual el juez autoriza a los órganos ejecutivos para que apliquen la coacción, se opera la que puede denominarse la *conversión de la obligación en sujeción a la fuerza física*: antes de la condena, el destinatario del precepto jurídico, era un *obligado*, a la activa y voluntaria colaboración del cual estaba confiado el cumplimiento de la obligación y, por consiguiente, la observancia del derecho; después de la condena, el mismo se convierte en un *subiectus*, pasivamente expuesto a la *fuerza*, la voluntad del cual no tiene ya relevancia alguna frente a los medios coercitivos que, quiera o no quiera, el Estado pone en obra, contra él, sin tener para nada en cuenta su autonomía y la intangibilidad de su esfera jurídica.

Hay otros casos en que nuestro ordenamiento permite al Estado introducirse coactivamente en la esfera jurídica del individuo y suprimirle, en interés público, el poder de disposición normalmente reconocido a su voluntad (se puede pensar, por ejemplo, en la expropiación por utilidad pública, o en la requisición de los bienes privados en tiempos de guerra: véanse arts. 834, 835, 838, 865 C.C.); pero la ejecución forzada jurisdiccional se distingue de todas las otras intervenciones coactivas del Estado en la esfera individual, en cuanto en ella la puesta en práctica de la coacción está dirigida al objeto de reintegrar el derecho transgredido por quien en un primer tiempo estaba obligado a observarla. Cuando el Estado expropia un campo mío porque quiere hacer pasar por él la vía del ferrocarril que sirve al interés público, las medidas coercitivas que el Estado ejerce sobre mi patrimonio no constituyen, en este caso, una reacción contra una inobservancia del derecho cometida por mí con anterioridad. Éste es, por el contrario, el carácter típico de la ejecución forzada jurisdiccional: que los actos realizados por el órgano ejecutivo sobre la esfera jurídica ajena, están dirigidos a alcanzar aquellos mismos fines prácticos que habrían sido alcanzados si la voluntad del individuo titular de aquella esfera jurídica hubiera sido conforme al derecho. Hay, pues, en la actividad ejecutiva, una directa participación práctica de los órganos ejecutivos en el desarrollo y en la creación de nuevas relaciones jurídicas, bien diversas de la



destacada construcción histórica de las relaciones jurídicas ya existentes, que es propia de la fase de cognición; pero el nexo que une estos dos momentos de la jurisdicción está determinado por la unidad del fin: el juez indaga sobre las relaciones jurídicas *ajenos* para obtener la certeza de las transgresiones del derecho ya ocurridas; el ejecutor opera sobre las relaciones jurídicas *ajenas*, para eliminar prácticamente las consecuencias de tales transgresiones*.

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



APRECIACIONES SOBRE LA EJECUCIÓN DE CONDENAS CONTRA LAS ENTIDADES DESCRITAS EN EL ART 177 DEL C.C.A.

Diego Roberto Montoya Millán
Magistrado Tribunal Superior de Bogotá

Introducción

Baste aquí transcribir el pensamiento ajeno que se identifica con la idea que más adelante se abordará:

"El legislador puede mediante la ley, ayudar a explicarnos qué es el derecho y su obligación es hacerlo, pero el derecho es algo más que la ley. No puede confundirse con la voluntad del legislador, sino que debe ser descubierto por el esfuerzo común de todos los juristas, de todos los que colaboran en la administración de justicia" (René David).

Así mismo del módulo sobre derecho constitucional I parte, interpretación constitucional publicado por la escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla y el Ministerio de Justicia, se toma el siguiente aparte:

".... Es precisamente en la dimensión del servicio público que cumple el juez que debe abordar la resolución de los conflictos puesto a su competencia y precisamente para ello está dotado de los medios jurídicos necesarios sobre los cuales debe abordar en preeminencia la Constitución. Ella otorga al juez amplias posibilidades para la resolución de conflictos comenzados por el título de la Carta donde se predica que estamos frente a un Estado Social de derecho y se le faculta para cuestionar la constitucionalidad y legalidad de las normas que debe aplicar..."

Desarrollo

Al tema vale significar que con la vigencia de la constitución de 1991, Colombia pasó, entre otras nuevas facetas, de un Estado de derecho a un Estado Social de Derecho (C.P., art. 1°), destacándose, entre otros como principio en esa norma y para el caso que nos motiva, el trabajo.



Lo anterior puede resumirse en los siguientes extractos, tomados de la sentencia T- 406 de 1992.

“....Origen y delimitación conceptual

- 1.** Lo primero que debe ser advertido es que el término "social", ahora agregado a la clásica fórmula del Estado de Derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado. Una larga historia de transformaciones institucionales en las principales democracias constitucionales del mundo, esta presente para dar testimonio de la trascendencia de este concepto.
- 2.** La incidencia del Estado social de derecho en la organización sociopolítica puede ser descrita esquemáticamente desde dos puntos de vista: cuantitativo y cualitativo. Lo primero suele tratarse bajo el tema del **Estado bienestar** (welfare State, stato del benessere, L'Etat Providence) y lo segundo bajo el tema de **Estado constitucional democrático**. La delimitación entre ambos conceptos no es tajante; cada uno de ellos hace alusión a un aspecto específico de un mismo asunto. Su complementariedad es evidente.
 - a.** El estado bienestar surgió a principios de siglo XX en Europa como respuesta a las demandas sociales; el movimiento obrero europeo, las reivindicaciones populares provenientes de las revoluciones Rusa y Mexicana y las innovaciones adoptadas durante la república de Weimar, la época del New Deal en los Estados Unidos, sirvieron para transformar el reducido Estado liberal en un complejo aparato político-administrativo jalonador de toda la dinámica social. Desde este punto de vista el Estado social puede ser definido como el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad (H.L. Wilensky, 1975).
 - b.** El Estado constitucional democrático ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política¹

¹ Manuel Aragón Reyes, Constitución y Democracia, Tecnos, Madrid, 1989

3. Estos cambios han producido en el derecho no sólo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: **pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos.** Estas características adquieren una relevancia especial en el campo del derecho constitucional, debido a la generalidad de sus textos y a la consagración que allí se hace de los principios básicos de la organización política. De aquí la enorme importancia que adquiere el juez constitucional en el Estado social de derecho.

4. La complejidad del sistema, tanto en lo que se refiere a los hechos objeto de la regulación, como a la regulación misma, hace infructuosa la pretensión racionalista que consiste en prever todos los conflictos sociales posibles para luego asignar a cada uno de ellos la solución normativa correspondiente. En el sistema jurídico del Estado social de derecho se acentúa de manera dramática el problema -planteado ya por Aristóteles- de la necesidad de adaptar, corregir, acondicionar la aplicación de la norma por medio de la intervención del juez. Pero esta **intervención no se manifiesta sólo como el mecanismo necesario para solucionar una disfunción, sino también, y sobre todo, como un elemento indispensable para mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad**, es decir, para favorecer el logro del valor justicia (de la comunicación entre derecho y realidad), así ello conlleve un detrimento de la seguridad jurídica.

5. Es justamente aquí, en esta relación entre justicia y seguridad jurídica, en donde se encuentra el salto cualitativo ya mencionado: El sistema jurídico creado por el Estado liberal tenía su centro de gravedad en el concepto de ley, de código. La norma legal, en consecuencia, tenía una enorme importancia formal y material, como principal referente de la validez y como depositaria de la justicia y de la legitimidad del sistema. **En el Estado intervencionista se desvanece buena parte de la importancia formal (validez) y de la importancia material (justicia) de la ley...**"

Ahora bien, para descender al comentario de la norma con que se titulan estas notas, bien vale consignar que se ha querido admitir la vigencia del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo. No obstante, siempre ha existido voces en desacuerdo al artículo del código citado, criterio que se desarrolla en el sentido que en tratándose de obligaciones laborales no habría lugar a restricciones para ejecuciones, entre otros vale citar lo expuesto por el profesor Jaime Arcila, ex - magistrado del Tribunal de Medellín, en su obra Lecciones de Derecho



Procesal del Trabajo, Editorial Universidad de Antioquia, 1988 haciendo alusión al artículo 366 del Código de Procedimiento Civil, norma similar al artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, por la limitante de las ejecuciones, comentaba lo siguiente:

"El artículo 336 del Código de Procedimiento Civil prohíbe que la nación sea ejecutada, y respecto de los departamentos, intendencias, comisarías o municipios dispone que la entidad gozará de seis meses para realizar el pago ordenado por una sentencia de condena.

Todos los juzgados o tribunales del país libran sin embargo diariamente ejecuciones inmediatas contra dichas entidades, teniendo en cuenta siempre, antes y después de entrar en vigencia el actual código de procedimiento Civil, que son de mayor jerarquía las normas de orden público que protegen los salarios, prestaciones e indemnizaciones concedidas por la ley sustantiva del trabajo, cuyo reconocimiento debe ser inmediato pues son vitales para el trabajador y su familia y por ello no permiten ninguna espera cualquiera que sea el deudor.

Este criterio generalizado no ha sido variado en ningún momento, ni siquiera en alguna ocasión en que el Ministerio de Justicia impartió orden a su oficina de pagaduría en el sentido de suspender el pago de los sueldos a los jueces que ordenaran el embargo de fondos de la nación y "entidades de previsión social nacional", con apoyo el ministerio en que es de mayor interés social proteger el tesoro nacional, fuente de recursos para las obras y servicios de utilidad pública, conforme a lo dispuesto por el artículo 30 de la Constitución Nacional.

Para los jueces continúa siendo de más jerarquía la satisfacción de las necesidades vitales del trabajador y su familia, ante todo en este caso en que su crédito es indiscutible".

De otro lado la Corte Constitucional en sentencia C-546/92, al estudiar el principio de la inembargabilidad contenido en la ley 38 de 1989, artículo 16, estatuto orgánico del presupuesto nacional, estimó que ello no era absoluto, y que dada la especial protección contenida en la Constitución Nacional al derecho al trabajo merecía también una especial atención respecto a la inembargabilidad del presupuesto, recabándose en ese fallo y en otros posteriores tales como el C-013/93, C-17/93 y C-103/94 que el principio de inembargabilidad de los bienes del Estado sufre una excepción de origen constitucional, cuando se trata de hacer efectivos los derechos de los trabajadores relativos al pago de sus salarios y prestaciones sociales, no siendo, como ya se dijo, absoluto este principio, pues con base en él, no puede desconocerse un derecho fundamental, según lo afirma la Corte Constitucional,

agregándose además que “la Corte considera que en materia laboral, la inembargabilidad desconoce el principio de la igualdad material al convertirse en un obstáculo para el ejercicio del derecho”.

Ello para reiterar la importancia y trascendencia que se le reconoce a las obligaciones laborales, sustrayéndolas al principio de la inembargabilidad. Sin embargo su reconocimiento efectivo, vital para el trabajador no se quiere concretar de manera inmediata, sino que se advierte que debe hacerse dentro de los 18 meses a la ejecutoria (CCA, art. 177).

En esas condiciones, la garantía ofrecida por el Estado para el derecho al pago oportuno, artículo 53 inciso 3º, Constitución Política, se quebranta, por cuanto no resulta armónico que argumentando asuntos presupuestales, no pueda coaccionarse v.gr. a un establecimiento público para el cumplimiento de una obligación constitucional, en Sentencia T -260 de 01-06-94, la Corte Constitucional respecto a la apropiación presupuestal anotó:

“... A Apropiación presupuestal:

En numerosas oportunidades la Corte ha sostenido que la protección de un derecho fundamental no puede estar condicionada por problemas de tipo administrativo o presupuestal.

Es tan importante que un trabajador reciba lo justo que una de las razones para intervenir la economía es la de asegurar el acceso efectivo a los bienes. Y son bienes patrimoniales el salario y las prestaciones. Los cuales deben programarse en el presupuesto de gastos como pagos de servicios personales...”.

Igualmente, resultaría comprometida la aplicabilidad del Convenio de 95 de 1949 de la OIT aprobado en Colombia desde el año 1962, rige desde el 7 de junio de 1963, artículo 12 y que se refiere a la protección del salario, aludiendo a que debe pagarse a intervalos regulares. Obsérvese a manera de ejemplo, el caso referido a la actitud estatal de pretender romper el contrato de trabajo, sin embargo el aparato jurisdiccional del Estado determina lo contrario, ordenando el reintegro así como el pago de los salarios dejados de percibir, aquí se cree necesaria la efectividad del derecho, derivada de las garantías constitucionales citadas por cuanto el contrato laboral continuó vigente, es decir, jurídicamente no existirá solución de continuidad entre el despido y la fecha del reintegro. Por lo tanto, es obligación constitucional del Estado garantizar el pago oportuno del salario, así como el reintegro efectivo ordenado mediante mandato judicial, máxime cuando tal y como se presenta en el ejemplo, el contrato se encuentra vigente, no percibiendo salarios de manera regular el actor de tiempo atrás, en razón de la conducta de su empleador – Estado- siendo el trabajo precisamente uno de los



principios en que funda el Estado social de derecho, gozando en todas sus modalidades de la especial protección estatal, derecho consustancial con la vida y la esencia del ser humano, que no puede ser relegado a esperar para su efectividad, a través de una ejecución, un lapso de 18 meses desde la ejecutoria del fallo, atendiendo a motivos de presupuesto; no podría en esas condiciones otorgarse al trabajador una existencia digna, con un nivel económico decoroso, cuando aun después del pleito judicial debe esperar un término fijado en una norma de alcance solo legal, para coaccionar su pago, que en ese entendido sería inoportuno, atentando así contra la propia subsistencia y el sostenimiento familiar del asalariado, adicionalmente limita el acceso a la justicia, por un segmento de tiempo que no parece razonable (C.P., art. 229), pues el momento para ejecutar y que con certeza se logre concretar de manera definitiva el derecho resulta lejano, dado que lo se deriva de ésta última norma constitucional citada es la oportunidad para que el ciudadano “cuando considere necesario y oportuno” acuda a la administración de justicia.

Desde otro ángulo, si por efectos presupuestales la administración necesitare de 18 meses, no se ve como el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo señala un término de 30 días a quienes tengan a su cargo la ejecución de un fallo judicial para que desde que tengan conocimiento de la sentencia se dicte la resolución correspondiente en la cual se adopten las medidas necesarias para el cumplimiento. Ello muestra que teóricamente se le está exigiendo a la administración el cumplimiento de las sentencias en el menor tiempo posible, sin tomarse el término de 18 meses a que se refiere el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo para la ejecución, y se dice que teóricamente, por cuanto no podrían ejecutarse antes del término indicado.

Así pues, hay consenso y armonía en torno a la tesis de que el principio de inembargabilidad no es absoluto, debiendo derivarse de allí que en virtud de principios y derechos constitucionales resulta el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo violatorio de la supremacía de las normas constitucionales, al no procurarse una finalidad constitucionalmente admisible, como es el pago oportuno de las obligaciones laborales, lo que apunta a una interpretación bajo el concepto de razonabilidad, que tal como lo ha manifestado la Corte Constitucional “hace relación a un juicio, raciocinio o idea que esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rige para el caso concreto” y que el profesor Luis Recasens Siches en su obra “Nueva filosofía de la Interpretación del derecho”¹, para destacar la aplicación de una decisión justa a un caso concreto por parte del juez, señala lo siguiente:

¹ Editorial Fondo de Cultura Económica (F.C.E.) Colección Dianoa, Edición 1956.

“...Ahora bien, cuando para lograr este resultado tenían que esquivar normas legislativas muy claras, pero que aplicadas al caso singular producirían efectos notoriamente injustos, entonces, tenía que disfrazar las razones autenticas de su sentencia, con argumentos o mejor dicho pseudo argumentos, que en apariencia las presentasen como consecuencia lógica, de lógica deductiva, del texto legal. Es decir aquellos jueces hacían lo que debían hacer; lo hacían bien, honradamente; sus sentencias eran perfectamente razonables; pero, eso bueno que hacían era cubierto por un telón que ocultaba las verdaderas razones por las cuales sus sentencias eran justas, y que desplegaba en cambio una urdimbre de ficticia deducción de los textos legales. Así, pues, aquellos jueces obraban en justicia, pero sufrían de conciencia turbia, de íntimo malestar, por saber que si eso que habían resuelto era lo justo, en cambio lo que habían dicho como fundamento de su resolución era una simulación.

Espero que las paginas de este libro puedan contribuir, al menos un poco, para que eso que hacían los buenos jueces, pero teniendo que disimularlo, puedan seguir haciéndolo a la luz de un sol de medio día, sin ambages ni rodeos, y sin menoscaba de su deber de fiel obediencia al derecho positivo...

... Esta idea es precisamente la de que, como ya he mostrado, los contenidos jurídicos (es decir, lo que las normas mandan, lo que prohíben y lo que permiten) no pertenecen al pensamiento regido por la lógica de tipo matemático, de lo racional sino a otro campo del pensamiento que está regido por otro tipo de lógica, por la lógica de lo razonable, de lo humano o de la razón vital e histórica...”.

Continúa el profesor Recasens Siches en la obra citada, con relación a la teoría de lo razonable o del logos de lo humano, así:

“...Lo que el logos de lo humano o lógica de lo razonable enseñará mejor al jurista es a conocer auténticamente cuál es el orden jurídico positivo, que es lo que el orden jurídico positivo quiere respecto de una determinada situación así como le enseñará también cual es la función, aunque limitada, importantísima, que le corresponde al órgano jurisdiccional en la elaboración de las normas individualizadas o concretas de las sentencia y de la resolución administrativa.

Le enseñará a interpretar mejor, diríamos en términos metafóricos “la autentica voluntad del orden jurídico en referencia con cada uno de los casos concretos o singulares sometidos a su conocimiento”.



En esas circunstancias, la interpretación constitucional en la búsqueda de un orden social justo debe apoyarse en los principios y valores que se enuncian en la carta, pues ello son el resultado de lo que en su momento el constituyente quiso tener como su ley fundamental, desentrañándose con base en la "lógica de lo razonable" tal como en ocasiones lo ha citado la Corte Constitucional, y se extrae de los apartes tomados del libro del profesor Luis Recasens Siches.

De otro lado, en la sentencia C-876/00 cuando se analizó por la Corte Constitucional el tema del plazo para la ejecución de una entidad pública y principio de igualdad entre particulares y entidades públicas, se apoya en que la Corporación en diversas oportunidades ha examinado el tema de la inembargabilidad del presupuesto declarando la constitucionalidad condicionada, explicando que la diferencia de trato entre el art. 336 del C.P.C. y el art. 177 C.C.A. tiene un fundamento objetivo y razonable como es el evitar que los embargos congelen recursos públicos que son necesarios para que las autoridades lleven a cabo sus funciones; ese plazo no es para permitir que las autoridades públicas incumplan sus obligaciones, empero cabría anotar que ese marco teórico allí plasmado, no se ve reflejado en el comportamiento y actitud de los entes estatales, pues debe, a pesar de ese plazo soportar la jurisdicción avalancha de ejecuciones, por incumplir el arbitramento de recursos para el pago, debiendo congelarse los dineros de los entes estatales pasado ese segmento de tiempo, lo cual distancia los propósitos y finalidades teóricas del aludido término, con lo que acontece en la praxis, sino recuérdese uno de tantos momentos, cuando funcionarios judiciales debieron embargar una cuentas del Ministerio del Interior y de la Justicia al no destinarse por el Estado "oportunamente" -18 meses-, los dineros tendientes a cumplir con sus funciones y obligaciones, de manera que el fundamento presupuestal no parecería superior al tema de los créditos laborales.

Por otra parte y desde otro punto de vista quizá podría pensarse que los efectos de cosa juzgada constitucional al proferirse el fallo C-555/93, que declaró exequible "la expresión 18 meses contenida en el artículo 177 del Decreto- Ley 01 de 1984", impedirían volver sobre el tema, sin embargo de nuevo un particular insistió en el tema, argumentándose que ese plazo -18 meses-, no era aplicable en temas de seguridad social, particularmente en asuntos relativos a pensiones, estimándose existe discriminación entre las personas a las que se les reconoce el derecho a la pensión por medio de una sentencia judicial contra el Estado, y aquellas que acceden a esa prestación por una vía distinta a la condena judicial contra entidades estatales, pues éstas últimas, no tienen que someterse al término previsto en la norma acusada, contrariando principios de favorabilidad y prevalencia del derecho sustancial ya que el régimen de seguridad social es autónomo y especial debiendo ser aplicado de manera prevalente frente a otras disposiciones, como es el caso de la norma acusada.



A ese respecto consideró la Corte Constitucional la existencia de la cosa juzgada constitucional, al fallar mediante la C-098 del 14 de febrero de 2007 éste caso, motivando su decisión en cuanto a que el punto relativo a la expresión “18 meses”, incorporado al art. 177 del Código Contencioso Administrativo, ya había sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional quien lo declaró exequible, a través de la sentencia C-555 de 1993, ordenando estar a lo resuelto en aquella decisión.

Conclusión

Como corolario, resulta hoy lamentable que en un caso concreto y particular como el citado a manera de ejemplo, persiguiendo una finalidad constitucionalmente admisible como es el pago oportuno de las obligaciones laborales, no se pueda conducir a inaplicar la norma legal comentada por parte del operador jurídico, ni aún bajo el criterio de interpretación que Recansens Siches denomina “logos de lo humano” o “lógica de lo razonable” que encuentra terreno fértil en el Estado Social de Derecho que ahora pregonan con sumo énfasis y preponderancia nuestra Carta Política, esa nueva concepción mereció aquí destacarse, e indagar si en verdad existe un desmedro a los derechos de los trabajadores, al prohijarse un plazo de 18 meses, para no ser ejecutadas las entidades citadas por el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, es decir si ese lapso constituye un término razonable, para que la administración elabore su presupuesto, condicionando un derecho fundamental a inconvenientes de orden administrativo y presupuestal, tema avalado constantemente por la Corte Constitucional, y que no deja de producir polemica entre los asociados.



CASO N° 12 – EJECUCIONES Y EMBARGOS. TÉRMINOS ART. 177 DEL C.C.A. INEMBARGABILIDAD ART. 134 NUM. 2º LEY 100 DE 1993.

Perico Ortiz trabajador oficial, obtuvo sentencia favorable en proceso ordinario laboral llevado en contra del Departamento del Meta, ordenándose su reintegro al cargo que ocupaba al momento del despido, como al pago de salarios, decisión judicial ejecutoriada el 12 de enero de 2007, sin que aún para el 28 de febrero de 2008, el citado ente hubiese cumplido con el pago.

AUTOEVALUACIÓN

1. Si Perico Ortiz hubiese iniciado la ejecución el 14 de julio de 2007; Usted como juez que conoció del ordinario, libraría mandamiento de pago?
2. Si Perico Ortiz solicita la ejecución de dicha sentencia el día 15 de julio de 2008 ante el juez que profirió la sentencia en el ordinario laboral; Usted libraría mandamiento de pago en contra del Departamento del Meta?
3. En el caso anterior, en el evento de librar mandamiento de pago, cómo debería notificarse el mandamiento de pago?
4. Sería viable embargar las cuentas corrientes del I.S.S., cuando se ejecuta para el pago de una pensión de vejez, al tenor del artículo 134 num. 2º de la Ley 100 de 1993.



DECISIONES JUDICIALES

12.1. TÉRMINO PARA LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN CONTRA DE UN ENTE TERRITORIAL

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL
(RAD 01 2005 00054 01)**

(...)

Decide la Sala el recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto proferido por el Juzgado... Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha trece (13) de octubre de 2.006 visible a folios 367 y 368 del informativo, por medio del cual declaro probada la excepción de falta de exigibilidad de la obligación, ordenando archivar las diligencias previa desanotación de los libros radicadores.

Al respecto, manifiesta el impugnante que la ejecución de providencias proferidas por la jurisdicción ordinaria laboral una vez ejecutoriadas, se rige por el código de Procedimiento Civil, aplicable en esta jurisdicción por mandato de analogía indicado por el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

Por otro lado el recurrente argumenta que las normas del Código Contencioso Administrativo son aplicables para el cobro de las sentencias proferidas por la jurisdicción de los Contencioso Administrativo y que por tanto son los Art. 335 y 336 del Código de Procedimiento Civil las encargadas de establecer el término para la ejecución de las providencias judiciales, por tanto según el recurrente las normas que regulan el caso particular son los Art. 335 y 336 de nuestra legislación procesal civil, concluyendo el recurrente en afirmar que el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá en repetidas oportunidades ha decantado su jurisprudencia de la cual transcribe una parte.

Para resolver se hacen las siguientes

CONSIDERACIONES

Asume ahora la sala el conocimiento de esta especial como consecuencia del recurso de apelación presentado por la parte actora contra el auto proferido por el Juzgado ... Laboral del Circuito de Bogotá, adicionalmente por cuanto la ponencia inicial presentada por la H.



Magistrada ..., no fue aceptada por la mayoría, presentando en consecuencia otra visión sobre el tema.

En caso similar Exp. N° 20 2001 00358 04 de JORGE ALBERTO MEDINA MARTÍNEZ contra ASAMBLEA DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, el suscrito magistrado ponente y su sala de decisión, expusieron el siguiente contenido, en lo pertinente:

"En esta perspectiva, aplicando los anteriores criterios, recogidos del procedimiento civil, aplicables al Laboral en virtud del principio de integración art.145 C.P.L., echa de menos la sala la exigibilidad del título ejecutivo en orden a la viabilidad del presente especial, obsérvese como se ha incumplido norma de orden público en cuanto al término para iniciar la ejecución, lapso que no se sanea por no alegarlo las partes, ni visualizarlo el juez, adviértase como la sentencia del Tribunal base de ejecución es de fecha 31 de marzo de 2.003, folio 181, el auto de obedecimiento a lo resuelto por el superior es del 30 de mayo de 2.003, folio 195, siendo finalmente aprobadas las costas, el 28 de julio de 2.003, folio 199, iniciándose la ejecución el 23 de enero de 2.004, folio 202, esto es, sin dejar transcurrir el término de 18 meses preceptuado en el art. 177 del C. Contencioso Administrativo para que pudiera ser ejecutable, pues en todo caso debe la administración efectuar las correspondientes apropiaciones presupuestales, lo que impide su pago inmediato, al no esperarse el fallo de condena respectivo, siendo esto el sentido del término de los 18 meses, plazo razonable para exigir coactivamente el pago de las condenas a cargo de las entidades territoriales, según el sentir de la Honorable Corte Constitucional, plasmado en la C-555 del 2 de diciembre de 1.993, al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra el art. 177 (parcial) del decreto 01 de 1.984, declarando exequible la expresión 18 meses, lo que no obstante para que la administración adelante los trámites pertinentes para el respectivo pago, atendiendo los principios que regula el art.209 de la Carta Política; de esta manera, al no haber transcurrido el término citado no era factible librar auto de mandamiento de pago, ello en virtud de lo reiterativo que sobre este tema ha sido la doctrina de la Corte Constitucional citada en la C-354 de 1.997 y que de nuevo se incorporó en la T-531 de julio 26 de 1.999, uno de cuyos apartes es el siguiente:

"...Por lo tanto, es ineludible concluir que el procedimiento que debe seguirse para el pago de los créditos que constan en sentencias judiciales, es el mismo que debe adoptarse para el pago de los demás créditos a cargo del Estado, pues si ello no fuera así, se llegaría al absurdo de que para poder hacer efectivo un crédito que consta en un título válido emanado del propio Estado es necesario tramitar un proceso de conocimiento opera que a través de una sentencia se declaré la existencia de un crédito que, evidentemente ya existe, con el pernicioso efecto de recargo innecesario de trabajo en la administración de justicia.



En conclusión la Corte estima que los créditos a cargo del Estado, bien sean que consten en sentencias o en otros títulos legalmente válidos, deben ser pagados mediante un procedimiento que indica la norma acusada y que transcurridos 18 meses después de que ellos sean exigibles, es posible adelantar ejecución, con embargo de recursos del presupuesto - en primer lugar los destinados al pago de sentencias o conciliaciones, cuando se trate de esta clase de títulos - y sobre los bienes de las entidades u órganos respectivos”.

Bajo este entendimiento, y que también se desprende de la C-188 de 1.999, claro es que solo pasados los 18 meses después de que sean exigibles las condenas consignadas en el título ejecutivo, traído como base de ejecución, podría demandarse, la inobservancia, en autos, del término aquí citado...”

“...lo que conduce a la falta de exigibilidad del título, en relación a las obligaciones que se pretenden ejecutar...”.

En autos sucede situación similar, obsérvese como a folio 165 se encuentra el auto fechado el 24 de marzo de 2004, en donde se ordena obedecer lo dispuesto por el superior, igual a folio 166 obra auto en donde se aprueba la liquidación de costas mediante el proveído del 15 de abril de 2004, presentándose la demanda ejecutiva el día 21 de octubre del año 2004 (fl. 171), esto es, no había transcurrido el término arriba citado, razón por la cual debe prosperar el medio exceptivo propuesto (fl 241), confirmándose la decisión del Juzgado.

(...)



12.2. TÉRMINO PARA LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN CONTRA DE EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL
(RAD. 01 2003 00600 01)**

(...)

CONSIDERACIONES

Asume la Sala el conocimiento de este especial, en virtud del recurso de apelación propuesto por la encartada contra el auto que dicto mandamiento de pago (fl. 59, 79), derivado de la nulidad declarada en primera instancia folios, 95, 107 de las copias, a partir del auto de julio 28 de 2.004 visible a folio 84.

En ese empeño procede la sala al examen de las motivaciones expuestas por el recurrente a folio 79, en cuanto la ejecución contra el I.S.S. solo puede adelantarse después de transcurridos 18 meses de la ejecutoria del fallo constitutivo de título base de ejecución.

En efecto, frente al tema de discusión, esto es, la procedencia o no de la ejecución de condenas antes del vencimiento de los 18 meses de ejecutoria de la sentencia condenatoria, en los términos del Artículo 177 del C.CA; debe recordarse que la entidad traída a juicio es una empresa industrial y comercial del estado. Planteada así la situación, debe anotarse que en la legislación que nos es propia, no existe norma que prohíba seguir ejecución contra entidades de naturaleza jurídica como la demandada, que por su condición de ente descentralizado, no goza de plazo alguno para ser ejecutado.

Adviértase entonces que el artículo 177 del C.C.A., no tiene operatividad cuando se involucran entes descentralizados como la demandada (artículo 38, numeral 2 de la ley 489 de 1998) solo a los entes territoriales (art. 336 del C.P.C.), incluyendo a la Nación (art.177 C.C.A.) se les debe respetar un determinado término para la ejecución, siendo el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, una de aquellas entidades, que por su naturaleza está llamada a desarrollar actividades industriales y comerciales, es decir, no comprende ni compromete para nada a un ente territorial, teniendo ánimo de lucro, siendo ejecutable. De esta manera, la limitante señalada en el artículo 177 del C.C.A., es medida de excepción para los entes allí



citados, no pudiendo hacerse extensiva analógicamente al caso de autos, se reitera, dada la calidad de la encartada.

Por otra parte, los pronunciamientos de la Corte Constitucional frente al punto tocan con la procedencia del término o plazo previsto para las ejecutorias a que alude el artículo 177 de C.C.A., frente a la exequibilidad del artículo 16 de la ley 38 de 1989, C-546/92 precisándose que cuando el acto administrativo contraiga obligaciones laborales, el beneficiario solo podrá solicitar el embargo 18 meses después de ejecutoriado, punto al que también refiere la sentencia C-555/93.

Vistas así las cosas, resultaba procedente la ejecución en los términos del Art. 335 del C.P.C, sin que por otra parte, a efectos de la ejecución ante la jurisdicción se haga necesario algún requisito de procedibilidad previo, lo que la ley le exige es el debido y oportuno cumplimiento de sentencias a la administración, concediendo un breve término tendiente a que se adopten las mediadas para su cumplimiento, so pena de incurrir en causal de mala conducta, sin que por otra parte el estatuto sobre elaboración, conformación, ejecución de los presupuestos de las empresas industriales y comerciales del Estado, así como las directrices para el manejo de los excedentes designados de esas empresas (Decretos 115/96 y 2526/00) en nada afectan el procedimiento de ejecución en los términos aquí vistos.

En otro ángulo, respecto a las cuentas bancarias, específicamente frente a la No 1351216648 en donde se afirma por el apelante que maneja recursos de las reservas de pensiones, resultando inembargable al tenor del Art. 134 de ley 100/93, se queda en una mera afirmación sin respaldo probatorio, en orden a demostrar su dicho, máxime cuando el ejecutante acudió al juzgado de conocimiento, manifestando bajo la gravedad de juramento que no procedía de malicia en la denuncia de bienes planteada en su demanda folio 58, por lo que se estima, le correspondía a la accionada acreditar fehacientemente la condición de inembargable de la cuenta referida por hallarse en una de las situaciones previstas en el Art. 134 de ley 100/93.

Finalmente, respecto al límite del embargo, atendiendo a las peticiones de la demanda ejecutiva, la cuantía impuesta por el juzgado de \$5.000.000 es ínfima acorde a las pretensiones, no siendo viable incrementar su monto, dada la condición del apelante único del I.S.S.

(...)



12.3. INEMBARGABILIDAD DEL ART. 134 NUM. 2º DE LEY 100/93, NO APLICA CUANDO SE EJECUTA AL I.S.S. Anhelando el pago de pensión, pues se desconocería el derecho al pago oportuno de la pensión.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTIAGO DE CALI
SALA LABORAL
RADICACION No. 760013105 009 200600315 01**

(...)

ANTECEDENTES:

El señor VÍCTOR MANUEL REINA SATIZABAL a través de apoderado judicial demandó por la vía ejecutiva laboral al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a efecto de obtener el pago de las sumas de dinero ordenadas en la sentencia 063 de abril 20 del 2006 proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, intereses moratorios, las costas que fueron tasadas, intereses legales y las costas de este proceso.

Se fundamentó la acción en la sentencia condenatoria de primera instancia ya mencionada, con su respectiva constancia de ejecutoria, así como la liquidación de costas con su respectivo auto aprobatorio, el cual igualmente cobro ejecutoria, prestando por lo tanto mérito ejecutivo.

A través del mandamiento de pago No. 025 del 29 de junio de 2006 se libró mandamiento de pago por las sumas ordenadas en la sentencia, costas liquidadas en primera instancia más intereses y mediante auto de 12 de julio de 2006 se decretó el embargo y secuestro de los dineros que posee la demandada en el Banco de Occidente, Oficina Vásquez Cobo de esta ciudad, limitándolo en la suma de \$56'845.350, y posteriormente este Banco informó que en cumplimiento a la orden de embargo se consignó en el Banco Agrario de Colombia la suma ya mencionada, con la aclaración de que los recursos que manejan las cuentas del Instituto de Seguros Sociales a nivel nacional, son todas por concepto de Seguridad Social.

AUTO IMPUGNADO

A través de la providencia que se revisa el juzgado de conocimiento decretó el levantamiento de las medidas previas decretadas dentro del proceso y se dispuso a devolver al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, el título judicial No. 469030000600049 de



agosto 16 del 2006, por valor de \$56.845.350, por cuanto los dineros embargados son recursos de la seguridad social y gozan del privilegio de inembargabilidad.

EL RECURSO:

Dice el apelante que la a quo no debe confundir los recursos o fondos de reparto del Instituto de los Seguros Sociales, (Art. 134 de la Ley 100 de 1993), que pertenezcan a los trabajadores para la protección de sus derechos a invalidez, vejez y muerte, con los recursos propios de la entidad y los dineros destinados por el estado. Que no se puede en harás de discusión dejar que a estas alturas por negligencia administrativa el ISS deje de cumplir con sus obligaciones.

Se procede a decidir:

DECISION DE SEGUNDA INSTANCIA::

A través de la demanda que dio origen a la acción ejecutiva solicitó el accionante se libre mandamiento de pago a su favor por las sumas contenidas en la sentencia 063 de abril 20 del 2006, costas procesales, intereses moratorios y costas del proceso ejecutivo, y pidió el embargo y secuestro de una cuenta corriente que figura a nombre de la accionada, y posteriormente la entrega del título, lo que produjo que la a quo tuviera en cuenta lo manifestado por el Banco de Occidente respecto de que todos los recursos que maneja las cuentas del Instituto de Seguros Sociales a nivel nacional, son todas por concepto de seguridad social y por ello el juez de conocimiento levantó las medidas previas decretadas al considerar que los dineros embargados y secuestrados, son recursos de la seguridad social y gozan del privilegio de inembargabilidad.

A tenor de lo previsto en el artículo 134 de la Ley 100 de 1993 son inembargables: "1.

2. Los recursos de los fondos de reparto del régimen de prima media con prestación definida y sus respectivas reservas.

Por lo tanto corresponde a esta Sala indagar sobre la naturaleza jurídica los dineros recaudados por el Instituto de los Seguros sociales bajo el concepto de pensiones, y es bajo este estudio que encontramos que dichos recursos son de naturaleza parafiscal y ello ha sido aceptado por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de febrero del año 2003 (expediente 19508), donde dijo: "Los recursos para el pago de las prestaciones que se originan en el Sistema General de Pensiones son de carácter parafiscal como lo ha enseñado la doctrina. "Uno de los elementos esenciales de la parafiscalidad es la de que esta clase de recursos constituyen un patrimonio de afectación, esto es, que los bienes que lo integran han de

destinarse a la finalidad que la ley les señala en el momento de su creación; así, los fondos constituidos con las cotizaciones o los aportes que efectúan por mandato de la ley, el Estado o los particulares, a cualquiera de los regímenes de pensiones, han de consagrarse exclusivamente a pagar las prestaciones del servicio de la seguridad social en pensiones, como lo determina el artículo 283 de la Ley 100 de 1993. "De los patrimonios de afectación no puede predicarse propiedad - sólo antitécticamente - por cuanto nadie puede ejercer el poder de libre disposición sobre ellos. Por esta razón es que las normas de la Ley 100 de 1993 que regulan el Fondo de Solidaridad Pensional (artículo 25) o el régimen de prima media con prestación definida, (artículo 52) o el de ahorro individual con solidaridad (artículo 90), sólo le otorgan el carácter de administradoras a las entidades a las que se le confía la gestión de los recursos. "Así entonces, el fondo económico del que proviene el pago de las pensiones de vejez, de invalidez o de sobrevivientes aunque esté radicado en cabeza del Instituto de los Seguros Sociales, no es propiedad suya, sino que éste es sólo administrador de aquellos.

"La Constitución Nacional señala las entidades que contribuyen a conformar el Tesoro Público: la Nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas, dentro de las que está comprendido el Instituto de Seguros Sociales, por su carácter de Empresa Industrial y Comercial del Estado, e integran el tesoro con los bienes y valores que sean propios de cada una de ellas; como las reservas pensionales con las que el Instituto cubre el valor de la pensión de vejez, no son de su propiedad, sino que son sólo administradas por él, no hacen parte del Tesoro Público".(subrayado de la Sala).

De la providencia transcrita no nos queda ninguna duda de que los recursos para pensiones que administra el ISS tienen como fin, lograr el pago de las pensiones de sus afiliados, por lo cual la inembargabilidad de los mismos para efectuar el pago de mesadas pensionales, contrarían los preceptos antes mencionados puesto que tal como reza el Decreto 111 de 1996 Estatuto del Presupuesto los ingresos que entran a éste por concepto de parafiscales tienen una destinación específica y solo podrán ser destinados a cumplir el fin para el cual fueron recaudados, en este caso en particular el pago de pensiones.

Por ello para esta Corporación, la inembargabilidad de que habla el numeral 2 del artículo 134 de la Ley 100 de 1993 no aplica en el caso subexamine por cuanto al decretarse el embargo de los recursos para el pago de pensiones que administra el ISS, lo que se busca es proteger y que se realice el pago de la pensión del ejecutante, es decir que lo que se pretende es darle aplicabilidad al párrafo 3º del artículo 53 de la Constitución Nacional que consagra: "El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales", así pues para esta Sala, negar el embargo sería como desconocer el derecho al pago oportuno de la pensión del actor y no podemos hacer eso ya que estaríamos desconociendo



un derecho constitucional que esta ligado a otro fundamental que es el del derecho al mínimo vital, para darle aplicabilidad exégetica a una norma, además de que no es extraño que esta Corporación opte por aplicar la Constitución en lugar de la Ley, ya que por mandato Constitucional los jueces estamos obligados a aplicar preferencialmente la Constitución en caso de incompatibilidad de ésta con una Ley.

Pero no es solamente criterio de esta Sala la inaplicación del No. 2 del Art. 134 de la Ley 100 de 1993, puesto que en ocasiones anteriores a sido objeto de estudio el presente tema, puesto que no existe duda que los dineros recaudados por el ISS por concepto de pensiones no hacen parte del tesoro publico de la nación; por ser esta una entidad del Estado estos si se encuentran revestidos de la calidad de bienes del Estado con destinación específica, y no en vano se encuentran protegidos por el principio de la inembargabilidad consagrado en la norma antes mencionada, pero dicho principio hasta antes de entrar en vigencia la Constitución de 1991 se tenia consagrado como absoluto, luego de la entrada en vigencia de la Constitución del 91 dicho absolutismo decae, como en efecto lo expresa la Corte en sentencia C-546 de 1992 "...Que para lograr dar cumplimiento a los nuevos fundamentos constitucionales, deben introducirse excepciones que permitan la efectividad de derechos constitucionales"; dentro de dichas excepciones al principio de inembargabilidad de los bienes del Estado se encuentra las obligaciones laborales, por lo tanto, el principio de inembargabilidad consagrado en la norma antes mencionada, no debe entenderse de carácter absoluto, sino que comporta ciertas excepciones, las cuales propenden por la preservación de los derechos fundamentales de carácter laboral consagrados en la Carta Política, puesto que en este caso en particular "...la imposibilidad de acudir al embargo para obtener "el pago" de las pensiones de jubilación hace nugatorio, además de los derechos sociales, el derecho a la propiedad y demás derechos adquiridos de los trabajadores, la no devolución de esa especie de ahorro coactivo y vitalicio denominado "pensión" equivale a una expropiación sin indemnización, esto es, a una confiscación, la cual sólo está permitida en la Constitución para casos especiales, mediante el voto de mayorías calificadas en las cámaras legislativas y, "por razones de equidad"..." Sentencia C-546 de 1992.

La Corte por tanto en la sentencia C-546 de 1992, hace un análisis especial sobre el caso de la negativa en el pago de pensiones de la ejecución de medidas cautelares que afecten las cuentas bancarias del ISS y presenta importantes argumentos que logran desvirtuar el principio de la inembargabilidad como un principio de seguridad económica nacional y que por tanto no puede ser objeto de ningún tipo de excepciones tal como lo presenta el Art. 134 No. 2 de la Ley 100 de 1991, así las cosas los argumentos que esgrime la Corte son ..." En el caso específico de los pensionados la situación descrita compromete adicionalmente la

efectividad de otros derechos que merecen ser igualmente considerados. Tienen entre ellos, los relativos al pago oportuno de las pensiones legales; a la protección especial de la tercera edad así como los resultantes de los pactos y convenios ratificados por Colombia. El pago de las pensiones, como todo pago de orden laboral, se funda en la idea de retribución por el trabajo de que tratan los artículos 25 y 53 de la Constitución.

La inembargabilidad absoluta de los recursos del Presupuesto General de la Nación afecta particularmente el derecho que tienen las personas al pago de las pensiones legales.

En este sentido el inciso tercero del artículo 53 de la Constitución establece:

"El Estado garantiza el **derecho al pago oportuno** y al reajuste periódico **de las pensiones legales**" (Subrayas y énfasis no originales).

Y en el inciso final del propio artículo 53 agrega:

"La Ley... no puede menoscabar... los derechos de los trabajadores."

Incluso los decretos con fuerza de ley dictados en los estados de excepción constitucional tampoco pueden menoscabar dichos derechos, de conformidad con el artículo 241.2 de la Carta.

Y uno de tales derechos, de orden constitucional -que es norma de normas, según el artículo 4º-, es precisamente el derecho al pago oportuno de las pensiones. En esas condiciones, es claro entonces que la Ley que viole este derecho adolece de vicio de inconstitucionalidad.

Así pues, desde sus orígenes fue claro que, al crearse la Caja y establecerse la solidaridad de la Nación con ella, lo que se buscó fue proteger al trabajador mediante la no restricción del patrimonio sobre el cual él podía hacer valer sus acreencias de orden prestacional.

La inembargabilidad de los recursos nacionales desvirtúa dicho objetivo y hace nugatoria la responsabilidad del nivel central del gobierno, pues deja al trabajador abandonado a la suerte que pueda correr ante la liquidez o iliquidez de un ente descentralizado.



Un agravante adicional resulta también de manifiesto si se considera la naturaleza jurídica de la pensión. En efecto, esta constituye un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo -20 años-.

En otras palabras, el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador.

De ahí que el pago inoportuno de una pensión y, peor aún, el no pago de la misma, sea asimilable a las conductas punibles que tipifican los delitos de al abuso de confianza y a otros tipos penales de orden patrimonial y financiero como quiera que en tal hipótesis, la Nación, deviene en una especie de banco de la seguridad social que rehusa devolver a sus legítimos propietarios las sumas que estos forzosa y penosamente han depositado.

Por lo demás, la inembargabilidad de los recursos del presupuesto frente a las demandas laborales hace particularmente inefectivos los derechos de los pensionados, por la especial circunstancia de hallarse estos en una edad en la que es difícilmente pueden proveerse de otros medios de subsistencia. De ahí que tal situación de contera comporte desconocimiento de los derechos denominados "de la tercera edad", los cuales paradójicamente, fueron muy caros al Constituyente.

Como puede verse, la Corte hizo un detenido, pormenorizado y profundo estudio del tema sentando un importante precedente jurisprudencial que la Sala encuentra perfectamente aplicable al caso debatido, y por tanto no le asiste razón al a quo de levantar el embargo de la cuenta de la demandada.

Además de lo anterior, llama la atención a la Sala que INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en su momento procesal no hiciera ningún reparo a la decisión de primera instancia que dio origen al proceso ejecutivo, ni mucho menos se haya pronunciado sobre este proceso, en este sentido el Tribunal revocará el auto apelado para en su lugar ordenar el embargo que la a quo levantó y respecto de la entrega del título no nos pronunciaremos por cuanto ello no fue objeto del recurso, debiendo por ello, el juzgado de conocimiento decidir lo que estime según la ley y su criterio sea conveniente.

(...)



CASO N° 13 – OBLIGACIÓN CLARA, EXPRESA Y EXIGIBLE PARA LIBRAR MANDAMIENTO DE PAGO.

Pedro Perez obtiene decisión favorable en ordinario laboral, en cuanto se ordenó a la demandada asumir el pago de la pensión convencional. No obstante, Pedro Perez se halla inconforme con la medida reconocida e impetra proceso ejecutivo en orden a que se libre mandamiento de pago por la diferencia.

AUTOEVALUACIÓN

1. ¿Usted como juez libraría mandamiento de pago? Cuál es la razón.
2. En el evento de librar mandamiento de pago, si no se presentaren excepciones, Usted ordenaría seguir adelante la ejecución con base en los valores estimados como diferencia por el ejecutante.
3. Estimaría, el punto debe resolverse en excepciones, dictando mandamiento de pago por las sumas solicitadas.



DECISIONES JUDICIALES

13.1. CONTROVERSIA O FALTA DE CONSONANCIA ENTRE LO CONSIGNADO EN EL TÍTULO BASE DE RECAUDO Y LA DEMANDA EJECUTIVA, OPACAN LA CLARIDAD DEL TÍTULO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C.
SALA LABORAL
(RAD 02 1999 00791 03)**

(...)

Decide la Sala el recurso de Apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la providencia proferida por el Juzgado ... Laboral del Circuito de esta ciudad, de fecha 7 de diciembre de 2006 visible a folios 669, por medio del cual rechazó la demanda, considerando el despacho que no existe consonancia entre lo pedido y la obligación contenida en el título ejecutivo consistente en la sentencia de fecha 31 de julio del 2002 confirmada por el H. Tribunal Superior de Bogotá, toda vez, que, a pesar de que en dicha providencia se contempla la obligación de la demandada de pagar pensión convencional al actor, la acción ejecutiva esta encaminada a conseguir el pago de la diferencia de lo que el actor ya reconoce como tal y lo que afirma es valor realmente debido, diferencia esta que no puede establecer el juzgado con ninguno de los elementos de juicio obrantes en el proceso, y por lo tanto la obligación que se quiere ejecutar no resulta clara ni expresa ni exigible al tenor del Art. 488 del C.P.C.

Por medio de escrito obrante a folio 670 del plenario la Doctora MARTHA MAGDALENA TORRES GONGORA, interpone recurso de apelación, argumentando que la decisión tomada por el Juzgado constituye un evidente aval al desacato en que se haya incursa la demandada, que al no proceder conforme a lo ordenado se encuentra incursa en vías de hecho, al respecto funda su recurso en distintos fallos judiciales enunciados a folios 671 a 683 del informativo.



Para resolver se hacen las siguientes,

CONSIDERACIONES

Asume la Sala el conocimiento de este especial, en orden a desatar la impugnación (fl. 670), contra el auto que es abstuvo de librar mandamiento de pago (fl. 669).

Bajo esa óptica se persigue en ejecución el reajuste de la pensión reconocida por el ente accionado, derivado de las sentencias proferidas en esta jurisdicción.

Ahora bien, debe la sala determinar si de los documentos constitutivos del título complejo emanan unas obligaciones claras, expresas y exigibles, al tenor del art. 488 del CPC.

Al tema, el Dr. Nelson R. Mora G., al hablar del proceso ejecutivo en su obra “PROCESO DE EJECUCIÓN” Tomo I, quinta edición dijo: “CLARIDAD DE LA OBLIGACIÓN”.- Concepto General “La claridad, del latín claritas, hace relación especialmente al aspecto gnoseológico y consiste en que la obligación sea fácilmente inteligible, que no sea equívoca, ni confusa, y que únicamente pueda entenderse en un sólo sentido.... las características de la claridad son las siguientes; respecto de la obligación: la inteligibilidad, es decir, que la redacción esté estructurada en forma lógica y racional; la explicación, o sea que lo expresado por cada uno de los términos consignados en el documento indiquen en forma evidente el contenido y alcance de la obligación...”.

La exigibilidad.- del latín exigere, significa que la obligación puede pedirse, cobrarse o demandarse. - La obligación es exigible cuando válidamente puede pedirse o demandarse su cumplimiento al deudor. Dos hechos impiden la exigibilidad de la obligación: el plazo y la condición...”.

“Expresa, del latín expressio, expressus, que significa declarar precisamente lo que se quiere dar a entender. - El documento debe contener una obligación expresa, es decir, debe expresarse en él, sea en el escrito donde se encuentra consignada la obligación, sea oralmente, cuando se trata de documentos que permiten esa modalidad, como la cinta magnetofónica, el video-tape, el disco, o las películas cinematográficas con sonido, el contenido y alcance de la obligación, las partes vinculadas y los términos en que la obligación se ha estipulado. No valen pues, las expresiones meramente indicativas o representativas de la existencia de la obligación, o de las características, partes y términos... Es decir, que las llamadas obligaciones implícitas, esto es, las que están incluidas en el documento (tanto en el escrito como en el



documento que contiene la declaración verbal), pero sin que estén expresamente declaradas, no pueden exigirse ejecutivamente.

Recuérdese de la misma manera, que el proceso ejecutivo tiene una naturaleza jurídica propia, distinta de los demás de su género, o del ordinario. Es un juicio sumario en que no se trata de declarar derechos dudosos y controvertidos, sino sólo de llevar a efecto lo que ya está determinado por el Juez o consta evidentemente de uno de aquellos títulos que por sí mismo hacen plena prueba y que la Ley da tanta fuerza como a la decisión judicial. En sentido estricto no se trata de un juicio, sino más bien de un modo de proceder para que se ejecuten y no queden ilusorias las obligaciones o deudas ventiladas y decididas en juicio o comprobadas por título o instrumentos tan eficaces como las sentencias judiciales; no se debate, pues, la existencia o la no existencia del derecho, lo que se procura es la exigencia, por intermedio del juez del cumplimiento de un obligación pre establecida, por parte del deudor, con el fin de que satisfaga el derecho del acreedor; obligación y derechos estos que deberán demostrarse de conformidad al derecho probatorio.

De acuerdo con nuestro ordenamiento positivo, sustancial y procedimental, para la viabilidad de la ejecución se requiere que el acreedor ejecutante presente la prueba del derecho cuya efectividad persigue en documento proveniente del deudor que preste mérito ejecutivo, o sea, que reúna las condiciones contempladas en el art. 488 del C.P.C., a saber: que se trate de una obligación expresa, clara y exigible; que conste en un documentos que provenga del deudor o de su causante y, que constituya plena prueba contra él. También puede la obligación emanar de una providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley; pues, como ya se dijo, se trata de hacer práctico un interés jurídico cierto y determinado.

Corolario de lo hasta aquí expuesto es que en estos procesos de ejecución la actividad del funcionario judicial antes que de juzgamiento, lo es de verificación, tendiente a constatar que el documento presentado como título de recaudo reúna los requisitos que hagan viable la ejecución.

En autos obsérvese como la ejecutante se muestra en desacuerdo con la cuantía reconocida por la demandada como mesada, argumentando no se tomó el salario promedio devengado en el ultimo año de servicios, sino uno inferior (fl. 643 a 644), en esas circunstancias lo que se advierte, frente a la decisión de la accionada, de reconocer la pensión sobre la base de \$1.038.002 según lo afirma la actora, genera a ésta discusión y controversia, solicitando el reajuste respectivo.

Lo expuesto lleva al entendimiento controversia que opaca la claridad propia de la obligación, no siendo el juicio ejecutivo, en el instante procesal, en que se encuentra la



presente acción, terreno fértil para dilucidar debates en torno a si debe operar o no el reajuste anhelado, frente a lo ya resuelto sobre ese tópico por la accionada, considerándose que la **discusión** impide liquidar bajo los parámetros del art. 491 del C.P.C., siéndole por otra parte al juez de este especial vedado evaluar, estableciendo juicios de valor sobre aspectos en discusión, ello no le está permitido, su labor es la de verificar lo que es claro, exigible y expreso en la obligación que se demanda, es mas, si se aprecia el fallo de primera instancia (fl. 425), se le asigna al Señor MIGUEL PARRA un jornal de \$12.415, valor que en todo caso resultaría inferior al promedio con que según la parte actora, se le tuvo en cuenta para liquidar la pensión, aspectos que desde luego conducen a debatir, cuál es el promedio con que se debe liquidar la mesada pensional, tema que no resulta propio de esta ejecución, tal como ya se consignó.

Así las cosas, lo que se sigue es la confirmación del auto impugnado.

(...)



CASO N° 14 – EXCEPCIONES DE OFICIO EN EL EJECUTIVO LABORAL.

Un trabajador oficial resulta beneficiario de la pensión sanción, según decisión judicial, la cual se hará exigible cuando cumple los 60 años de edad. Al cumplir los 55 años de edad, la entidad oficial diputada para el pago le reconoce pensión de jubilación legal. Se inicia proceso ejecutivo, tendiente a que se reconozca la pensión sanción, librándose mandamiento de pago, conforme lo pedido.

AUTOEVALUACIÓN

1. En el evento de no presentarse excepciones, cabría en el proceso ejecutivo, declarar de oficio aquellas que se evidencien, o carece el juez laboral de las facultades consagradas en el art. 306 del C.P.C., pues únicamente procedería en los procesos declarativos, y no en los especiales.
2. ¿Podría el juez declarar probadas excepciones distintas a las nominadas por el ejecutado?



DECISIONES JUDICIALES

14.1. SE PERMITE EN EL PROCESO EJECUTIVO LA APLICACIÓN DEL ART. 306 DEL C.P.C., EN CUANTO EL JUEZ PUEDE DECLARAR DE OFICIO LAS EXCEPCIONES QUE ENCUENTRE PROBADAS

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL
(RAD. 04 2004 01001 01)**

(...)

Decide la Sala el recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto proferido por el Juzgado ... Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha veinticinco (25) de agosto de 2.006 visible a folios 137 a 139 del informativo, por medio del cual declaró probada la excepción de compensación, y dio por terminado el proceso, al considerar que la pensión de jubilación no puede concurrir simultáneamente con la pensión sanción, pues esta se reconoce a falta de aquella, adicionalmente fundamenta su decisión en que existe una razón supralegal toda vez que el artículo 128 constitucional prohíbe recibir mas de una asignación proveniente del tesoro público. Al respecto, manifiesta el impugnante que los elementos legales que tuvo el juzgado para condenar a la demandada al pago de la pensión restringida tienen plena validez, por lo cual no puede perder eficacia legal, adicionalmente afirma que no existe en el caso sub lite tipificación del Artículo 128 de la Constitución Política, por cuanto dicha norma se refiere a asignación en el desempeño de 2 cargos y el asunto en estudio se trata de una sanción judicial frente a un acto administrativo de reconocimiento pensional de diferente causa y diferente fin.

Para resolver se hacen las siguientes

CONSIDERACIONES

Asume la sala el conocimiento de este especial, en virtud del recurso de apelación, presentado por el apoderado del actor contra el auto que declaró probada la excepción de compensación.



En efecto, la historia procesal da cuenta que al actor a través de sentencia se le ordenó reconocer pensión restringida de jubilación una vez acredite los 60 años (Fl. 4 a 13 vto.), edad a la que accedió el día 15 de agosto de 2.002 (Fl. 16), dictándose mandamiento de pago en consonancia con la petición (Fls. 25, 28, 30 – 31), replicando la accionada a folio 48 con excepciones, entre otras la de compensación, la cual corresponde dilucidar en apelación a la Sala, argumentando la ejecutada que mediante resolución No. 4055 del 21 de octubre de 1.997 y 924 del 17 de julio de 1.998 se le reconoció al actor una pensión vitalicia de jubilación, a partir del 16 de agosto de 1.997 (Fl. 50, 74, 77, 80 a 88, 103 a 106), en cuantía de \$210.321.00.

Planteadas así las cosas, lo que se advierte en que la encartada reconoció a los 55 años de edad la pensión legal de jubilación, es decir con anterioridad a la época en que se haría exigible la llamada pensión sanción, y cuya sentencia sirve de título ejecutivo.

Conviene recordar un poco la historia de la pensión restringida, precisándose que el advenimiento de la edad en relación a la pensión sanción es apenas un requisito para su exigibilidad, pues el derecho cierto nace, con el tiempo de servicios señalado en la Ley 171 de 1.961 Artículo 8º, y el despido injusto, de la misma manera es pertinente recordar que para 1.968 se sostenía jurisprudencialmente la concurrencia de la pensión sanción con la de vejez que otorga el ISS, toda vez, entre otras razones, por cuanto la pensión sanción derivaba de la Ley 171 de 1.961, no derogada, y no del Decreto 3041 de 1.966, esto es el ISS. no había asumido su pago.

Posteriormente la posición Jurisprudencial puntualizaba desde el fallo del 13 de agosto de 1.986 Magistrado Ponente Humberto de la Calle L, que la pensión sanción no tiene carácter indemnizatorio sino prestacional, quedando subsumida la pensión sanción en la pensión de vejez que reconociera el ISS., todo ello derivado de la interpretación que se le asignó al Decreto 2879 de 1.985 el cual modificó el Artículo 61 del Decreto 3041 de 1.966, ello desde luego para el contingente de trabajadores despedidos después del 17 de octubre de 1985, fecha de vigencia del Decreto 2879 de 1.985 atrás citado, pues para los despidos con anterioridad a esa fecha continuaba incólume la concurrencia de la pensión sanción con la de vejez, reconocida por el ISS.

Mas adelante la jurisprudencia, años 1988, 1989 estimó que el empleador debía seguir cotizando al ISS. hasta cuando el afiliado cumpla el requisito mínimo de la edad establecida en los reglamentos del ISS., acorde, se reitera a la hermenéutica derivada del Decreto 2879 de 1.985 siendo factible, que el empleador continuara cotizando al ISS. hasta que el afiliado cumpliera con los requisitos mínimos exigidos para acceder a la pensión de vejez, "siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el



Instituto y la que venía cubriendo al ensionado”, entendimiento consagrado posteriormente en el Decreto 758 de 1.990 Artículo 17.

De otro lado, es claro que el demandante era trabajador oficial, siendo que para la época del retiro, según se infiere de la sentencia base recaudo, ya se hallaba en vigencia la Ley 100 de 1.993, esto es que para el momento en que se reunieron los presupuestos de la pensión restringida, resultaba aplicable la ley vigente a ese momento como lo era el Artículo 133 de la Ley 100 de 1.993, no obstante el entendimiento jurisprudencial ha sido para entonces contundente en cuanto no pueden brillar en el firmamento jurídico, la pensión restringida y la legal de jubilación pues justamente aquella procede cuando el despido impide adquirir el derecho a la pensión plena, aspecto que no resulta evidenciado en autos, pues incluso antes de que se hiciera exigible la pensión restringida, ya se le había otorgado la pensión vitalicia de jubilación a través de FAVIDI entidad que tiene a su cargo el manejo del Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C., de manera que la exigibilidad de la pensión restringida, en los términos del Artículo 133 de la Ley 100 de 1.993 se aplicaría únicamente al trabajador que no reúne los requisitos para acceder a la pensión de vejez, siendo la finalidad de la pensión sanción impedir que con el despido sin justa causa, después de un lapso de servicio, se le extirpe al trabajador la posibilidad o el derecho la pensión de jubilación, aspecto que no ocurrió en autos, ya que tal como se ha consignado, le ha sido reconocida su pensión vitalicia de jubilación, situación y hechos que le restan exigibilidad al título ejecutivo, precisando con ello la Sala, que no es la denominación de la excepción lo que conduce a demostrarla probada, sino la debida acreditación de los hechos, y que producen, por las razones vistas, que el título ejecutivo pierda una de sus características, como lo es la exigibilidad, generándose con ello la inexigibilidad del título, adicionalmente la situación fáctica demuestra – de bulto – que de seguir adelante la ejecución, se estaría violentando el Artículo 128 de la Constitución Política, al recibir más de una asignación del tesoro público don **PEDRO PABLO CASTRO VELASQUEZ**, así que bajo estas circunstancias al tenor de lo dispuesto en el Artículo 306 del C.P.L., dado que no puede el juzgador de turno aislar ante lo evidente de los hechos acreditados, no existiendo suma alguna para compensar, lo que se aprecia es la inexigibilidad del título conforme a las motivaciones anotadas en este proveído, razón por la cual se modificara el auto apelado, precisándose que los hechos citados por el A – quo, así como los fundamentos del recurso, apuntan a considerar finalmente la inexigibilidad del título para este particular caso, y no la denominación o titulación que se le asignó a la excepción; sin que nada impida al fallador revisar la historia procesal para declarar probada una excepción al tenor del artículo 306 del C.P.C., en el momento procesal adecuado, así lo ha establecido la jurisprudencia de vieja data, y que ahora se reitera en decisión del Consejo de Estado, sección tercera, sentencia de agosto 12 de 2.004, M.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra:

“...Frente a los argumentos que fundamentan la prohibición para que el juez declare oficiosamente la existencia de una excepción de mérito dentro del proceso ejecutivo, la Sala considera:

a. *Si bien es cierto que algunas de las excepciones propuestas dentro de un proceso ejecutivo se dirigen a atacar el derecho u obligación ejecutada, también es cierto que el objeto fundamental del proceso ejecutivo radica en el cumplimiento forzado de una obligación, y no en la declaración o constitución de dicha obligación; sin embargo, las excepciones que se pueden presentar en el proceso de ejecución, se pueden referir tanto al derecho ejecutado, como a la solicitud de ejecución en sí.*

Bajo el anterior razonamiento, se advierte que dentro del proceso ejecutivo también cabe excepcionar la pretensión del demandante referente a la ejecución pretendida, puesto que este es el objeto de todo proceso ejecutivo. Al ser el asunto central del proceso, la ejecución se torna materia de debate a lo largo del proceso, por lo que desde la presentación de la demanda, el derecho del demandante a recibir la tutela del Estado para que use su poder coercitivo en la ejecución de la obligación, también se encuentra en análisis y puede ser objeto de demostración o desvirtuación. En este orden de ideas, en el transcurso del proceso puede surgir o evidenciarse algún hecho que afecte la ejecución, hecho que puede ser percibido por las partes o por el Juez, por lo que procede, si es un hecho que desvirtúa la ejecución, convertirse en una excepción a la misma.

Si bien el objetivo del proceso ejecutivo se refiere al cumplimiento, mediante la fuerza del Estado, de un derecho que ha sido desconocido por el sujeto llamado a cumplirlo u observarlo, se debe anotar que no todos los procesos que se originan en una ejecución, conducen a que el Juez conductor del proceso se limite a la ejecución propiamente, ya que si se ataca el derecho ejecutado, el proceso pasa a ser un proceso de conocimiento. Esta dualidad del proceso ejecutivo instituido en el ordenamiento procesal civil, ha sido expuesta por la doctrina así:

“En el sistema colombiano es innegable que el proceso ejecutivo, no se limita a hacer efectiva la obligación contenida en el título ejecutivo de acuerdo con lo solicitado por el demandante, sino que, si se formulan excepciones su naturaleza será la de un proceso de cognición, un ordinario al revés como lo señalaba con afortunada frase el profesor HERNANDO MORALES, pues la sentencia que las resuelve puede tener un contenido idéntico a la que se profiere en un proceso ordinario”.

Sin embargo, esta posible mutación del proceso ejecutivo en proceso de conocimiento, no obvia el objeto principal del proceso, que es el obtener la tutela del Estado para que se obligue al deudor incumplido a cumplir el derecho del ejecutante. De esta manera, si bien el proceso instaurado inicialmente como ejecutivo, se transforma en proceso de conocimiento en virtud de la proposición de una excepción, el Juez debe resolver todos los extremos de la litis, bien para declarar o negar la excepción, o para aceptar o negar usar el poder de ejecución del Estado.

De esta manera, la Sala estima que el juez de ejecución analiza, al momento de dictar sentencia, la existencia de dos tipos de derechos: i) en el evento de proposición de excepciones, el juez estudia la existencia y titularidad del derecho que se pretende ejecutar; y ii) aún en la ausencia de un ataque directo al derecho que se pretende ejecutar, el juez de la ejecución debe tener certeza sobre los requisitos de existencia del título, de tal manera que no exista equivoco en que se trate de una obligación clara, expresa y exigible, que permita el cumplimiento del derecho mediante la fuerza del Estado.

Una vez han sido establecidos los puntos sobre los cuales el juez del proceso ejecutivo puede ejercer su función jurisdiccional, la Sala se referirá a la capacidad oficiosa del juez para pronunciarse sobre hechos que afecten las situaciones sometidas a su consideración.

- b. *No existe en el ordenamiento procesal actual, ni en el Código Judicial que se esgrimió como fundamento legal para prohibir la declaratoria oficiosa de excepciones en un proceso ejecutivo, norma que impida la declaratoria oficiosa de excepciones en un proceso ejecutivo.*

Al respecto, se observa que la congruencia de las sentencias se define en los artículos 305 y 306 del Código de Procedimiento Civil, así:

ART. 305.—Modificado. D.E. 2282/89, art. 1º, num. 135. Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

(...)

(negrillas y subraya fuera de texto)

ART. 306. —Resolución sobre excepciones. Cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente, en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.

(...)

(negrillas fuera de texto)

Disposición similar se encuentra contenida en el Código Contencioso Administrativo, que respecto de la facultad de declarar excepciones de fondo dentro de los procesos adelantados en esta jurisdicción, dispone:

ARTICULO 164. EXCEPCIONES DE FONDO. En todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos.

En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada.

Son excepciones de fondo las que se oponen a la prosperidad de la pretensión.

El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas la excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la "reformatio in pejus."
(negrilla y subraya fuera de texto)

La lectura de las normas citadas permite a la Sala concluir que el principio general de congruencia faculta al juez para declarar excepciones en los siguientes eventos:

- *Cuando el demandado las alega, en aquellos eventos en que así lo exige la ley.*
- *Y de oficio, cuando encuentre que los hechos, en que se fundan las mismas, están probados.*



Se observa que el enunciado es expreso respecto del poder oficioso del juez para la declaratoria oficiosa de excepciones, enunciación que también es expresa respecto de los casos en que la Ley exija que las excepciones tengan que ser alegadas, para ser declaradas. De este modo, se observa que frente al caso de la procedencia de la declaratoria de excepciones por parte del Juez, siempre y cuando hayan sido alegadas, el ordenamiento procesal indica que:

- *El poder oficioso del Juez para el reconocimiento y declaratoria de excepciones, es la regla general para todo tipo de proceso, ya que es un enunciado expreso de los artículos 305, 306 del C.P.C. y 164 C.C.A.*
- *La excepción a este poder oficioso es previsto por la propia norma general, sometiendo su ocurrencia a reserva legal.*

Los razonamientos expuestos permiten concluir que la excepción al poder oficioso para el reconocimiento de hechos exceptivos, debe ser establecida y limitada expresamente por el legislador, pues la excepción a dicha regla quedó sometida a reserva legal. Por lo anterior, la excepción a la regla general no puede provenir de una interpretación restrictiva y equivocada, sobre el alcance de los poderes oficiosos del Juez.

En consecuencia, si del debate del proceso ejecutivo, se llega a la demostración de un hecho que afecte el derecho que se pretende, o que indique la falta de los requisitos de existencia y validez del título de recaudo ejecutivo, la declaratoria de dicha situación no atenta contra el principio de congruencia exigido en las providencias judiciales, porque el fundamento de la declaratoria oficiosa, es el resultado de los hechos demostrados en el debate procesal, situación que le da al Juez la certeza necesaria para proferir un fallo que obedezca a la realidad probatoria..."

(...)



CASO N° 15 – PRIMERAS COPIAS PARA LIBRAR MANDAMIENTO DE PAGO.

Carlos Ruiz tiene un acto administrativo en su favor, expedido por una entidad oficial – Cajanal, en donde se reconoce pensión de vejez; lo allega en copias al carbón, las cuales se suscriben en original. Sigue la solicitud de libre mandamiento de pago.

AUTOEVALUACIÓN

1. ¿Se hace necesario, en tratándose de actos administrativos, exigir la constancia de ser la primera copia, para librar mandamiento de pago? (Ver numeral 2º art. 115 del C.P.C.), o solo procede cuando se trate de la ejecución, cuyo título es una sentencia?



DECISIONES JUDICIALES

15.1. LA EXIGENCIA DE SER LA PRIMERA COPIA, PROcede CUANDO SE PRETENDAN EJECUTAR ACTOS ADMINISTRATIVOS

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C.
SALA LABORAL
(RAD. 11 2007 00538 01)**

(...)

Decide la Sala el recurso de Apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la providencia proferida por el Juzgado.... Laboral del Circuito de esta ciudad, de fecha 9 de julio/2007 visible a folios 21 a 23, por medio del cual se abstuvo de librar orden de pago y se ordena la devolución de las diligencias, teniendo en cuenta que los documentos allegados como títulos ejecutivos, no reúnen los requisitos exigidos para tal fin en el artículo 100 del CPT y SS y 488 del CPC.

Por medio de escrito obrante a folio 24 a 31 del plenario la apoderada de la parte demandante, interpone recurso de apelación, argumentando que la resolución 63480 del 21 de diciembre de 2006 proferida por CAJANAL es un título ejecutivo que contiene una obligación clara, expresa y exigible de conformidad con los artículos 2 (num 5), 100 y ss del CPT y de la SS. De igual manera sostiene que no es aplicable al caso concreto el exigir por parte del juzgado la constancia de que trata el artículo 115 del CPC, sobre la resolución 63480, pues no se está solicitando el pago de ejecutivo de una sentencia o providencia judicial, ni tampoco la copia de un título valor, solo se solicita la ejecución de una resolución administrativa que posee las características propias de un documento público. Posteriormente hace una descripción de algunos artículos del CPT y SS y transcribe lo que dispone el CCA sobre la firmeza y el carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos, concluyendo que la citada resolución se encuentra en firme, destacando que la entidad demandada no concede recurso alguno contra el acto y que la resolución mencionada es susceptible de ser demandada ante cualquier jurisdicción. Adicionalmente manifiesta que el hecho de que el sello impuesto por la entidad en la última página de la resolución diga ser "fiel copia del original que posa en los archivos de la entidad, y no "primera copia del original", no es un impedimento jurídico para que el juez deniegue la administración de justicia. Finalmente solicita que se admita la demanda toda vez que el



juzgado de conocimiento tiene competencia para conocer de ella y proferir mandamiento de pago.

Para resolver se hacen las siguientes,

CONSIDERACIONES

Asume la Sala el conocimiento de este especial, en razón del recurso de apelación presentado por la parte actora contra el auto que denegó librar el mandamiento de pago.

Revisadas las diligencias, en particular el documento que se trae como base de recaudo, se aprecia acto administrativo expedido por Cajanal, identificado con el número 63480 del 21 de diciembre de 2006 folio 11, no obstante no existe certificación alguna de que se trate de primera copia, tendiente a que preste mérito ejecutivo en orden a que produzca la certeza absoluta al operador judicial acerca de su procedencia y exigibilidad, por razones apenas obvias, extendiéndose a los actos administrativos la exigencia dispuesta por el a-quo, incluso la accionada agrega a folio 17 que tal copia no presta mérito ejecutivo, aun cuando, si bien, no es la autoridad para determinar si se reúnen las reglas del artículo 488 del CPC, si es motivo adicional para exigir la primera copia, aspecto que impide ingresar en otras consideraciones respecto al contenido del documento.

Adicionalmente, conviene recordar providencia de la sala de casación penal del 8 de abril de 1994 radicación 8900 MP Dr. Jorge Carreño Luengas y que para mejor comprensión del tema, se citan los siguientes extractos, así:

“... En este orden de ideas, las resoluciones de la Caja Nacional de Previsión Social que se aportaron en copia a los dos procesos ejecutivos laborales son verdaderos actos administrativos en virtud de los cuales se reconocían derechos pensionales en unas, y reajustes de mesadas, en otras, y por lo mismo sus originales conforman el archivo oficial de la entidad, no pudiéndose llevar estos al proceso ejecutivo sino en copia o fotocopia autentica.

Por tal motivo, así no exista norma que regule de manera expresa que solo la primera copia de aquellos actos administrativos presta mérito ejecutivo, y que de manera excepcional haya preceptos que contemplan esta situación para casos distintos al aquí tratado, es lo cierto que la lógica y la razón natural enseñan, al igual que la experiencia, que únicamente la primera copia de estos actos administrativos prestan

mérito ejecutivo, pues de lo contrario se harían interminables las demandas ejecutivas que sucesivamente pudieran establecerse contra el ente oficial.

Es así como la corte encuentra razonable que frente a la inexistencia de norma positiva se establezcan controles que como el que implantó la entonces jefe de la sección de archivo de la oficina de prestaciones económicas de la Caja Nacional de previsión social, F..., buscaba restringir el uso de las copias de sus actos administrativos, estampándole sellos que indicaran que se trataba de una segunda copia, o que no prestaba mérito ejecutivo, o acompañadas de la constancia de que ya habían sido cancelados por vía ejecutiva en otros despachos judiciales, con la sana finalidad de impedir que personas inescrupulosas acudieran al fácil y lucrativo expediente de la doble ejecución.

Tal manera de defender los intereses patrimoniales de una entidad oficial que como la Caja Nacional de Previsión Social le corresponde reconocer y ordenar el pago de cuantiosas sumas de dinero por concepto de derechos pensionales y reajustes de mesadas, en modo alguno traduce indebida aplicación de la analogía o suplantación al legislador, como lo alega el libelista.

La corte también comparte el criterio del *a quo*, en el sentido de que el artículo 253 del Código de procedimiento Civil - en el cual el recurrente se apoya para alegar que la segunda copia vale tanto como el original y por ende halla válida la segunda copia de aquellas resoluciones como título ejecutivo - pertenece al gran grupo de disposiciones generales que constituye el régimen de pruebas, siendo aquel ajeno a la problemática que aquí se discute, ya que en parte alguna se ha desconocido que las copias autenticas del original valen tanto como éste y cuya eficacia depende del evento en que el original del documento no pueda ser llevado al proceso.

Así las cosas, débese concluir, como lo hizo el juez colegiado de primera instancia, que el ex juez C... profirió sendas resoluciones manifiestamente contrarias a la ley, vale decir sin parar mientes a los requisitos intrínsecos y extrínsecos del art. 488 del Código de Procedimiento Civil, al cual remite el artículo 100 del Código de Procedimiento laboral para la aceptación del título ejecutivo que sí cita el sentenciador, a diferencia de lo que manifiesta el censor, cuando dictó los mandamientos de pago contra Cajanal, con fundamento en copias autenticas de resoluciones administrativas que como títulos ejecutivos se acompañaron a las demandas, no obstante que las primeras presentaban sellos o constancias de la entidad que las expidió, en el sentido de que se trataba de segundas copias o que no



prestaban mérito ejecutivo o que los derechos en ellas reconocidos ya habían sido pagados judicialmente...”.

Así las cosas, lo que se sigue es la confirmación del auto impugnado...”.

(...)



CASO N° 16 – EXCEPCIÓN DE NULIDAD EN EL PROCESO EJECUTIVO.

Mario Medina fue indebidamente notificado en el proceso ordinario laboral seguido en su contra, produciéndose sentencia condenatoria. Se inició proceso ejecutivo, librándose mandamiento de pago por las sumas referidas en la sentencia del ordinario, existe embargo de bienes, al notificársele al ejecutado se sorprende de dichas condenas por cuanto nunca fue llamado a juicio ordinario. Su abogado propone dentro de la ejecución excepción de nulidad, aspirando se rehaga totalmente la actuación surtida en el proceso ordinario.

AUTOEVALUACIÓN

1. Existiendo una falencia de tal dimensión, como es violentar el derecho de defensa del demandado en el proceso ordinario, ¿podría decretarse la nulidad de éste, a través de la excepción de nulidad propuesta en el proceso ejecutivo?
2. ¿Solo podría decretarse la nulidad en el proceso ejecutivo?



DECISIONES JUDICIALES

16.1. DENTRO DEL PROCESO EJECUTIVO, BAJO NINGÚN ASPECTO, PUEDE DECRETARSE LA NULIDAD DE LO ACTUADO EN EL PROCESO ORDINARIO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL
(RAD. 11 2006 00255 01)**

(...)

Decide la Sala el recurso de Apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto proferido por el Juzgado (...) Laboral del Circuito de esta ciudad, de fecha veinticuatro (24) de julio de 2007 visible a folios 164 y siguientes del plenario, por medio del cual decretó la nulidad de todo lo actuado a partir de la diligencia de notificación del auto admisorio de la demanda ordinaria, proceso esgrimido para el recaudo ejecutivo por indebida notificación en legal forma a GILBERTO BERNAL NIETO fundamentándolo en que por equivocación en el suministro de direcciones se envió notificaciones al lugar de residencia de la demandante, error que inmediatamente se subsanó, posteriormente la misma demandante suministró nueva dirección donde el demandado en alguna oportunidad tuvo un negocio, pero ya no residía allí, luego se envió notificación a la Carrera 74 No. 36-40 sur de Bogotá, donde es recibida por un pariente del demandado quien manifestó que el señor si residía, por lo cual transcurrido el término necesario se envió notificación de conformidad con el art. 320 del C.P.C., en la cual se manifestó que el demandado si residía allí.

Afirma que se obtuvo certificado de cámara y comercio, comprobando que el demandado no era representante legal ni socio, por lo cual debía averiguarse dirección diferente pues la alegada por el apoderado no corresponde a la persona natural. Así mismo se envió notificación a través de empresa de correo autorizada para esto y se notificó en debida forma.

Para resolver se hacen las siguientes

CONSIDERACIONES

Asume la Sala el conocimiento de este especial, en orden a desatar el recurso de apelación propuesto por el apoderado de la ejecutante señora MARÍA DE LOS ANGELES RAMIREZ MARTINEZ (fl. 169), ante la decisión vertida por el a- quo en donde estimó declarar la



nulidad de todo lo actuado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda ordinaria.

Al punto, conviene recordar que el art. 142 del C.P.C. dispone en su inciso 1 que "las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias, antes de que se dicte sentencia, o durante la actuación posterior a ésta si ocurrieron en ella".

Es procedente alegar la nulidad después de proferido el fallo respectivo, cuando se apeló de aquél o cuando debe ser surtida la consulta, para que el superior, con base en la facultad del art. 357 del C.P.C., por remisión del art. 145 del C.P.L., la estudie, así no verse la apelación sobre la nulidad. Sino se interpuso recurso, o si la sentencia no lo admite y además no es procedente la consulta, la sentencia queda ejecutoriada y únicamente se puede alegar la nulidad dentro de las oportunidades que establece el art. 142 ibidem, es decir, si se trata de la causal indebida representación, falta de notificación o emplazamiento en legal forma, es viable alegarla como excepción en el proceso que se adelanta para la ejecución de la sentencia.

Al respecto la Sala de Casación Laboral de la CSJ en fallo del 9 de julio/93, radicación 5930 indicó:

"...Por otra parte, no resultaba posible que dentro del proceso ejecutivo se anulará lo actuado en el proceso ordinario que ya había concluido por sentencia ejecutoriada. Una cosa es que se autorice alegar la nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma como excepción en el proceso que se adelante para la ejecución de la sentencia, y otra diferente que en el juicio ejecutivo se pueda anular un proceso de conocimiento ya concluido y sobre el que recayó una sentencia.

La circunstancia de que por economía procesal la ley haya permitido la ejecución de la sentencia a continuación del juicio ordinario y dentro del mismo expediente, no significa que en modo alguno pueda confundirse un proceso con otro ni que cada uno pierda la autonomía que le es propia. Esa posibilidad de adelantar el juicio ejecutivo a continuación del ordinario, que conlleva evidentes ventajas de tipo práctico, no autoriza a considerar los dos procesos, refundiéndolos, como uno solo, ... pues cada juicio conserva su diferente naturaleza y estructura, sus objetivos y características particulares y autónomas y aún, para algunos efectos, sus propias causales de nulidad.

De ahí que no sea admisible, como equivocadamente lo decidieron ambos falladores de instancia, que dentro del trámite del juicio de ejecución pueda anularse lo actuado en el proceso cognoscitivo. Lo contrario equivaldría a permitir, contra toda lógica, que un juez de primera instancia pudiera anular no solo su propia sentencia definitiva, después de haberla declarado en firme, sino también la sentencia ejecutoriada de su superior, o inclusive la de un juez distinto en el evento de que la ejecución se llevará a cabo ante uno diferente al que dictó la providencia que sirve de base del recaudo ejecutivo.

(....)

Lo procedente, entonces, cuando se adelanta un juicio ejecutivo laboral con base en una sentencia dictada en otro proceso en el cual se haya efectivamente incurrido en causal de nulidad por indebida notificación o emplazamiento del demandado, será declarar probada la excepción correspondiente, que hará inejecutable la sentencia contra el excepcionante y sólo contra él".

Como se aprecia que la parte demandada en la presente ejecución, pretende con el escrito de folio 143 y siguientes, la nulidad de lo actuado dentro del proceso ordinario base de la ejecución folio 149 entre otros aspectos, ello acorde a lo ya argumentado, es improcedente, pues se reitera, que tan solo es viable alegar en el proceso de ejecución de la sentencia la causal de nulidad de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, pero como excepción, ya que no es factible que dentro del ejecutivo laboral se anule la actuación de un proceso ordinario ya concluido y cuya decisión está ejecutoriada, sin embargo, una visión ortodoxa del tema permite inferir que evidentemente el accionado excepcionó, aquella que se configure en el proceso ejecutivo (Fl.149), pecando en cuanto solicita la nulidad del proceso ordinario, entendiendo la Sala, acorde a lo expuesto al inicio de éste proveído, art.142 inc.3º C.P.C., así como a lo dispuesto en el art. 509 inc. 2º de esta normatividad, la viabilidad de la excepción, por permitirlo la Ley, pero no en orden de nulificar el proceso ordinario, sino a la inoponibilidad de la sentencia frente al excepcionante, además por cuanto la excepción no se determina por su denominación, sino por la debida demostración de los hechos.

En ésta perspectiva, se obliga la Sala a revisar si evidentemente en el trámite del ordinario se incurrió en los defectos anotados por el señor GILBERTO BERNAL NIETO, referido a que no se notificó en la dirección señalada, para notificaciones, según certificado de Cámara de Comercio (Fl. 149).

Examinando el punto aprecia la Sala que el libelo genitor se inició contra el señor Gilberto Bernal Nieto, hoy excepcionante, en su condición de propietario del establecimiento de comercio denominado “comercialización electrodomésticos comercialización muebles para el hogar” (Fl.2), señalándose como lugar de notificaciones para el demandado la calle 57 F sur No. 80-11 de esta ciudad (Fl.6).

El trámite para la notificación fue el siguiente:

1. A folio 71 a 76 se aporta diligencia de notificación, remitidas a la calle 57 F No. 80-11 sur.
2. A folio 77 el gestor profesional de la parte actora señala nueva dirección en donde debe ser notificado el señor GILBERTO BERNAL, carrera 17 G No. 65-18, diligencias vistas a folio 80 a 81.
3. Posteriormente el apoderado de la actora señala como nueva dirección para surtir la notificación la carrera 74 No. 36-40 folio 83, diligencias obrantes a folios 85 a 90, la empresa de mensajería consigna que los documentos los entregó inicialmente a Gabriel Nieto folio 85, y luego a Fernando Carvajal folio 88 que el destinatario “si vive ahí” (Sic).

El Juzgado finalmente, en proveído del 27 de julio de 2004 (Fl.91), tuvo por no contestada la demanda.

Esa, la situación fáctica que interesa para los efectos de la excepción propuesta en este especial, observándose a folio 42, certificado de Cámara de Comercio, en donde se aprecia que la persona natural traída a juicio tiene inscrita como dirección para notificación la Calle 9 B No. 69-63, esto es, que la debida notificación al señor GILBERTO BERNAL NIETO, no se surtió en legal forma acorde a los mandamientos del art. 320 parágrafo del C.P.C. modificado por el Decreto 2282 de 1989 y por el artículo 29, parágrafo de la Ley 794/03, pues era en la dirección registrada en donde debía fijarse el aviso, en orden a que se surtiera la notificación personal para la persona natural, comerciante inscrito en el registro mercantil.

Lo hasta aquí expuesto, evidentemente genera concluir que no se notificó en legal forma al accionado durante el trámite del ordinario lo que conduce indudablemente a declarar probada la excepción alegada por el excepcionante en cuanto no se notificó en legal forma del proceso ordinario modificándose, el auto impugnado en este sentido, con las consiguientes consecuencias procesales que ello amerite, como levantamiento de medidas cautelares, caución, etc.

(...)



CASO N° 17 – OBLIGACIÓN DE HACER, SUPRESIÓN DE CARGO.

Un trabajador oficial pretende ejecutar una obligación de hacer –reintegro- plasmada en una sentencia, con su consiguiente pago de salarios dejados de percibir, obligación de dar; no solicita los perjuicios compensatorios, de manera subsidiaria (art. 495 del C.P.C.). El cargo ya ha sido suprimido de la planta de personal.

AUTOEVALUACIÓN

1. ¿En el caso planteado procedería dictar mandamiento de pago atendiendo al título ejecutivo, o se desvanecería la obligación de reintegrar a cargo del ente oficial, dada la supresión del mismo, o éste último hecho sería materia de excepción?
2. ¿Si el trabajador recibe los emolumentos derivados de la obligación de dar, así como los perjuicios moratorios (art. 493C.P.C., art. 1617 Num. 2º Código Civil), por el lapso comprendido entre el momento en que la obligación se hizo exigible y el pago efectivo de la obligación de dar, incluyendo los perjuicios por no cumplirse con la obligación de hacer, antes de solicitar por vía judicial el reintegro, podría entenderse que la obligación de hacer, dada la mora, pudo tornarse por la indemnización de perjuicios, y por tanto no habría lugar a librar mandamiento de pago?
3. ¿Al no solicitar perjuicios compensatorios (art. 495, 211C.P.C.), y en el evento que se ordenara librar mandamiento de pago por la obligación de hacer – reintegro-, y no se cumpliera con esa obligación dentro del plazo fijado por el juez (art. 500 C.P.C.), se podría dar por terminado el proceso ejecutivo, en desmedro de la obligación del reintegro, plasmada en título ejecutivo?



DECISIONES JUDICIALES

17.1. CUANDO SE DETERIORA LA COSA DEBIDA: IMPOSIBILIDAD FÍSICA DEL REINTEGRO, ES POSIBLE OPTAR POR LA INDEMNIZACIÓN

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL
(RAD. 20 2005 00799 01)**

(...)

Decide la Sala el recurso de Apelación interpuesto por la parte ejecutante contra el auto proferido por el Juzgado ... Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha cinco (05) de octubre de 2.006 visible a folios 474 a 478 del informativo, por medio del cual declaró probadas las excepciones de imposibilidad del reintegro y pago, al considerar que de acuerdo a la certificación expedida por el presidente de la Asamblea de Cundinamarca, no existe planta de personal en dicha asamblea (Fl. 464), por lo tanto no existe el cargo al que aspira ser reintegrado el actor, lo que hace imposible su reintegro; en cuanto a la excepción de pago el A – quo tuvo en cuenta los pagos efectuados por la ejecutada en las resoluciones No. 001517 de diciembre 26 de 2.003 y 005114 de diciembre 23 de 2.004. Al respecto, manifiesta el impugnante que la sentencia base de ejecución, no condena al Departamento de Cundinamarca a reintegrar al actor en la planta de personal de la Asamblea, de tal manera que el reintegro puede efectuarse en cualquier otra dependencia del departamento.

Para resolver se hacen las siguientes

CONSIDERACIONES

Asume la sala el conocimiento de este especial, en virtud del recurso de apelación, presentado por la parte actora contra el auto que decidió excepciones.

En esa perspectiva, sea lo primero recordar que el actor estuvo vinculado en la Asamblea Departamental en el cargo de celador código 615 grado 03, siendo esa la actividad desempeñada al momento de la supresión del cargo, tal como se extrae de las sentencias que hoy constituyen base de recaudo, de igual forma se advierte que aún para el 19 de julio de 2.006, no hay planta de personal en la Asamblea de Cundinamarca "y por tanto no existe el cargo de celador grado 03 código 615" (Fl. 464).



Del mismo modo obran en este especial, resolución no. 409 del 21 de julio de 2.003 (Fls. 373 a 376), resolución No. 1517 del 26 de diciembre de 2.003 (Fls. 377 a 382), resolución No. 005114 del 23 de diciembre de 2.004 (Fl. 405), con sus respectivos pagos certificados a folio 471.

La situación fáctica descrita permite concluir que es un hecho irrefutable la imposibilidad física del reintegro, por cuanto como ha quedado visto, incluso desde el mismo título ejecutivo, el cargo fue suprimido, sobre el tema ha sido abundante la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras Rad. 20200 del 18 de junio de 2.003, Rad. 22593 del 22 de julio de 2.004, como del Consejo de Estado en concepto Rad. No. 735 del 30 de octubre de 1.995; nadie está obligado a lo imposible, no puede existir empleo público sin funciones, además para proveerlo debe estar contemplado en la respectiva planta Artículo 122 Constitución Política, precisese además que el demandante prestaba sus servicios a la Asamblea departamental, tal como se anotó al inicio de este proveído, ese es el contenido del título ejecutivo, sin que pueda escindirse su texto, debe existir correspondencia entre la parte motiva y resolutiva, lo contrario atentaría contra la congruencia, debiendo comprenderse que como la asamblea carece de personería, el ente territorial es el llamado.

De otro lado obsérvese como los pagos ocurrieron en febrero de 2.004 (Fls. 470 – 471), antes de que legalmente se hubiese solicitado la ejecución 17 de junio de 2.005 (Fl. 346), esto es que los salarios y prestaciones recibidas antes de la ejecución tienen el carácter indemnizatorio, siendo viable que ante la desaparición del cargo, o lo que es lo mismo, cuando ha sido deteriorada la cosa debida, se faculta al acreedor para optar por la indemnización Artículo 1648, 1610 C.C., evidenciándose que el actor antes de presentar legalmente la demanda ejecutiva ya había optado por la indemnización, lo que razonablemente conduce al entendimiento su aceptación, desecharlo la obligación de hacer, a pesar de la demanda ejecutiva, por lo que tampoco proceden perjuicios compensatorios.

Lo expuesto conduce a confirmar el auto recurrido.

(...)



CASO N° 18 - EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA A CUÁL JUEZ IE CORRESPONDE. NOTIFICACIÓN EN EJECUTIVOS SEGUIDOS AL ORDINARIO. APLICA ART. 108 C.P.L. ó 335 C.P.C.

El Juzgado Laboral dicta sentencia en un proceso ordinario a favor de Carlos Jiménez, su ejecutoria data de 24 de abril de 2008. Solicita la ejecución el 25 de mayo de esa anualidad ante el mismo despacho. El juez libra mandamiento de pago, ordenando la notificación por estado de ese proveído.

El ejecutado presenta incidente de nulidad argumentando que no fue notificado en debida forma, señalando que el código de la materia art. 108, indica que en éstos especiales, la notificación debe efectuarse de manera personal, ello en comunión con lo dispuesto en el art. 41 num. 1º de la misma obra.

AUTOEVALUACIÓN

1. ¿Sería viable decretar la nulidad argumentando que la existencia de norma especial y propia en el procedimiento laboral, en orden a surtir la primera notificación, prevalece?.
2. Por asuntos de economía, celeridad, y, sobre la base de que el deudor ha tenido pleno conocimiento de la controversia que en su momento se adelantó, además de no regularse en el C.P.L., el punto de ¿Cómo notificar si se presenta solicitud de ejecución, dentro de los 60 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia o a la del auto de obedecimiento del superior, Usted negaría la solicitud de nulidad?
3. ¿Bastaría para iniciar la ejecución, presentar en casos como el planteado, una solicitud al respecto, en los términos del art. 335 del C.P.C., o deberá presentarse ante el mismo juez del conocimiento, con las formalidades propias de una demanda?



DECISIONES JUDICIALES

18.1. NOTIFICACIÓN DEL AUTO DE MANDAMIENTO DE PAGO, CUANDO LA EJECUCIÓN SE INICIA DENTRO DE LOS 60 DÍAS SIGUIENTES A LA EJECUTORIA DE LA SENTENCIA

JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTA DC., DICIEMBRE CUATRO (4) DE DOS MIL SIETE (2007)

Rad. 2007 – 00243.

En atención al informe secretarial que antecede se observa que el apoderado de la parte actora, solicita notificar el mandamiento ejecutivo a la demandada ECOPETROL, por estado, como lo establece el Art.335 del CPC, ya que la iniciación de este proceso se dio dentro de los 60 días a la notificación del auto de obedecimiento a lo resuelto por el superior.

En este caso, mediante auto de fecha abril 17 de 2007 (FL 452), se libró mandamiento ejecutivo a favor de REINALDO DÍAZ PINTO contra ECOPETROL y en el numeral 2 de la parte resolutiva se ordenó lo siguiente:

“RESUELVE:

(...)

SEGUNDO: Notifíquese este proveído a la parte ejecutada en forma personal conforme lo ordenada en el Art. 108 del CPT Y SS y al demandante mediante anotación en el estado, tal y como lo dispone el Art. 335 del CPC., reformado por el Art. 35 de la Ley 794/2003... “

Señala el Art. 108 del CPT:

“ART. 108.—Notificación y apelación. Las providencias que se dicten en el curso de este juicio se notificarán por estados, salvo la primera, que lo será personalmente al ejecutado, y sólo serán apelables en el efecto devolutivo.” (subrayado fuera del texto)



Como quiera que, el auto por medio del cual se libra mandamiento ejecutivo es la primera providencia que se profiere dentro este proceso y que existe norma expresa del procedimiento laboral que así lo dispone, este debe ser notificado personalmente a la ejecutada; por lo tanto, no es posible hacer uso de la analogía, y aplicar el Art. 335 del CPC, como lo pretende el apoderado de la parte actora, por lo tanto se le ordena estarse a lo dispuesto en el numeral segundo del auto de fecha abril 17 de 2007 (FL 452) e intentar la notificación de la demandada, para así continuar con la presente ejecución.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(...)

18.2. - CORRESPONDE AL JUEZ QUE CONOCÍÓ EL PROCESO EN PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA.

- LA NOTIFICACIÓN DEL MANDAMIENTO DE PAGO SE HARÁ POR ESTADO, SI LA EJECUCIÓN SE PRESENTA DENTRO DE LOS 60 DÍAS SIGUIENTES A LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA.

AUTO del 1º de Diciembre de 2004,
Radicación **25491**
Magistrado Ponente: **Dr. Carlos Isaac Nader**

EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

EXTRACTOS: "La controversia entre los despachos judiciales mencionados subyace exclusivamente, en el alcance y aplicación que cada uno hace del artículo 335 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el 35 de la Ley 794 de 2003, para determinar en cabeza de cuál recae la competencia de conocer de un proceso ejecutivo cuyo título base de recaudo consiste en la sentencia condenatoria que profirió el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Villavicencio el 2 de abril del presente año, pues el actor presentó la demanda ejecutiva el 13 de agosto último ante el Juez Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C.

El artículo 335 del Código de Procedimiento Civil, antes de la expedición de la Ley 794 de 2003, aplicable en materia laboral por la remisión expresa del artículo 145 de Código Procesal



de Trabajo y Seguridad Social, señalaba que el demandante tenía la posibilidad de presentar la demanda ejecutiva ante el mismo despacho que profirió la sentencia condenatoria, dentro de los sesenta días siguientes a la ejecutoria de esta o la del auto de obedecimiento a lo resuelto por el superior, evento en el cual el mandamiento ejecutivo se notificaba por estado.

Vencido el término anterior, la ejecución solo podía adelantarse en proceso separado ante el juez competente, conforme a las reglas generales.

Ahora, con la expedición de la Ley 794 de 2003 mediante la cual se modificó el Código de Procedimiento Civil, su artículo 335 que regula lo concerniente a los denominados por la doctrina como procesos ejecutivos impropios, es decir, aquellos en donde el título base de recaudo siempre será una condena proferida en sentencia judicial o la obligaciones provenientes de decisiones judiciales, sufrió importantes reformas, como las siguientes:

1. El juez competente para conocer de estos procesos ejecutivos, siempre será el del conocimiento, es decir, aquel que profirió la sentencia en primera instancia.
2. No se requiere de formulación de demanda para cobrar ejecutivamente las condenas impuestas a través de estas providencias, pues basta la petición que en este sentido se haga para que se libre el respectivo mandamiento de pago.
3. El término de los sesenta días únicamente determina la clase de notificación que debe hacerse del mandamiento aludido, esto es, por estado si es dentro de dicho término que se hace por la solicitud aludida o, en la forma prevista en los artículos 315 a 320 y 330 del código de Procedimiento Civil si la petición se hace por fuera del mismo.

La teleología de esta norma así lo enseña, pues en uno u otro evento el juez competente siempre será el del conocimiento, es decir, aquel que conoció del proceso ordinario en primera o única instancia, sin que, además, sea necesario presentar nueva demanda, pudiéndose hacer tal solicitud en cualquier tiempo puesto que tal y como quedó dicho atrás, el término que trae consigo el artículo 335 citado (60 días) solo determina la forma de llevarse a cabo la notificación del mandamiento de pago, mas no impone al ejecutante un plazo máximo para hacer efectivo el cobro ejecutivo ante el funcionario judicial como mal lo entendió el juez de Villavicencio.



Así se dejó consignado en el informe de ponencia para debate al proyecto de ley 284 de 2002 Cámara, convertido posteriormente en la Ley 794 de 2003, en donde se introdujo este artículo. Esto dijo:

“La propuesta de modificación se basa en la manifiesta inconveniencia de la alternativa que presenta hoy el artículo 335, originada en el hecho de permitir la ejecución de la sentencia ante el mismo juez o ante otro diferente. Lo anterior, además de auspiciar la litigiosidad con la posibilidad de formular nuevas demandas, desconoce la regulación que orienta el proceso civil colombiano acerca de que el juez del conocimiento será el de la ejecución” (Gaceta del Congreso. Año XI, N° 468, nov. 5/2002, pág. 7).

En este orden de ideas, en casos como el presente el fuero general al que alude el Juez Primero Laboral del Circuito de Villavicencio no cobra vigencia, pues en esta materia el competente para conocer de un proceso ejecutivo a continuación de un ordinario, siempre será el juez del conocimiento, con independencia de si la solicitud se hace dentro o por fuera del término de los sesenta días consagrados en norma bajo estudio, con lo cual, y contrariando a lo afirmado por ese mismo funcionario, se garantiza la observancia de los principios de celeridad y economía procesal, tan caros en la administración de justicia, como claramente quedó expuesto en los antecedentes de la Ley 794 de 2003.

En el caso *sub examine*, el juez del conocimiento lo fue el primero laboral de Villavicencio, pues mediante sentencia de 2 de abril de 2004, puso fin al proceso ordinario laboral que José Guillermo Juez Rodríguez instauró contra la Empresa Royal de Colombia Cundinamarca Ltda. profiriendo condena a favor del primero y en contra de la segunda, luego, este mismo funcionario según lo previsto en el artículo 335 estudiado y, de conformidad con lo expuesto por la Sala, es el competente para conocer del proceso ejecutivo laboral de marras.

(...)



CASO N° 19 – NOTIFICACIONES POR ESTRADO EN PROCESOS EJECUTIVOS. TUTELAS CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES.

En vigencia de la ley 712/01, se ha señalado la fecha del 15 de enero de 2006 para celebrar audiencia en donde se resolverán las excepciones correspondientes al proceso ejecutivo iniciado por Ramiro Vélez en contra de Oscar González. El juez decide declarar no probadas las excepciones. A la audiencia únicamente asiste la parte actora, el demandado no asiste. El juez estimó que como la decisión se tomó en audiencia, debió notificarse en estrados a las partes. El demandado al enterarse dos días después en secretaría que el proceso continuaba su curso, presentó recurso de apelación, el cual no fue admitido, rechazándose por extemporáneo.

AUTOEVALUACIÓN

1. ¿Es correcta la decisión de rechazar el recurso por extemporáneo? ¿Cabría acción de tutela contra esa providencia, en caso de considerarse incorrecta la decisión del juez?
2. Si una de las partes no acude a la audiencia pública, ¿cómo debería notificarse la decisión?



DECISIONES JUDICIALES

MP. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Sentencia T-1237/04

19.1. ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia excepcional

El carácter excepcional de la acción de tutela frente a la actividad jurisdiccional, tal y como se manifestó en la sentencia T-200 de 2004, encuentra su sustento en una interpretación armónica de la función del amparo constitucional, con los principios, derechos y garantías consagrados en la Constitución, de forma particular, con lo dispuesto en el artículo 2º Superior, que impone la obligación de garantizar la efectividad de los mismos. No obstante, ese deber de garantía no puede llegar hasta el punto de desconocer principios constitucionales como la autonomía del juez y la seguridad jurídica. Es por ello, que la Corte ha sido cuidadosa al momento de construir toda esta doctrina que permite la procedencia de la acción de tutela ante una vía de hecho. En tal sentido, ha reiterado la exigencia en el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela –especialmente, inmediatez y subsidiariedad– y ha delimitado expresamente el concepto de “vía de hecho”.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Causales de procedencia

NOTIFICACION POR ESTRADO EN PROCESO EJECUTIVO LABORAL-Decisiones en audiencias publicas

Uno de los efectos jurídicos de las audiencias públicas lo constituye la notificación de las providencias en estrados, es decir, en el lugar donde se realice la audiencia. Se infiere que el proceso ejecutivo laboral se adelanta, en principio, de manera escrita y sus providencias se notifican por estado. La excepción a la regla general son los actos procesales relacionados con la práctica de pruebas y la decisión de excepciones, pues como quedó establecido, se realizan en audiencia pública, lo que supone su notificación en estrado. Sin embargo, la notificación en estrado de la providencia por medio de la cual se resuelven las excepciones no excluye la notificación por estado, en ciertos casos



NOTIFICACION POR ESTRADO EN PROCESO EJECUTIVO LABORAL Excepciones en decisiones de audiencias públicas

De todo lo anterior se puede concluir que la providencia por medio de la cual se resuelven las excepciones en el proceso ejecutivo laboral, en principio, por tratarse de una decisión adoptada en audiencia pública, su notificación es en estrados. Excepcionalmente, tal providencia puede notificarse también por estado a las partes cuando no se hubiere hecho en audiencia o faltare una de ellas.

(...)

I. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA CORTE

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar el fallo mencionado, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en las demás disposiciones pertinentes.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico

El apoderado judicial del Ministerio de Educación considera que a esta entidad le fueron vulnerados sus derechos al debido proceso, de defensa y a la doble instancia, en el trámite del proceso ejecutivo laboral que se adelantó en su contra ante el Juzgado Laboral del Circuito de Arauca. En su sentir el hecho de que se haya notificado en estrado la providencia que declaró no probadas las excepciones y que ordenó el pago de unas acreencias laborales en la audiencia pública del 4 de mayo de 2004, pese a no estar presente, desconoció su derecho de defensa. Lo mismo predica de la providencia que le negó los recursos de reposición, apelación y de hecho, pues no se le garantizó la doble instancia. En virtud de lo anterior presenta acción de tutela contra el juzgado en mención por haber incurrido en vías de hecho.

Por su parte el Juzgado Laboral del Circuito de Arauca, en el trámite de la presente acción, manifestó en primer término, que el señor Octavio Villamil Aranguren carece de legitimación por activa, al no haber presentado poder para actuar. En relación con la providencia que resolvió declarar no probadas las excepciones, respondió que de conformidad con la ley laboral su notificación se hace por estrados y sus efectos se surten inmediatamente, por lo que los recursos debieron presentarse en la misma audiencia. En virtud de lo anterior afirma que la apelación presentada fue extemporánea.



El juez de primera instancia, resolvió conceder la tutela y por ende proteger los derechos al debido proceso, defensa y la garantía de la doble instancia de la entidad accionante, por considerar que debió tramitarse el recurso de queja y garantizársele la segunda instancia. En consecuencia declaró la nulidad de todo lo actuado con posterioridad a la providencia que negó el mencionado recurso. Ordenó que se le diera trámite al mismo, de conformidad con lo previsto en el artículo 378 del Código de Procedimiento Civil.

Finalmente el juez de segunda instancia decidió revocar la decisión del a quo y negar la acción de tutela. Al respecto señaló que no le estaba permitido al juez de tutela pronunciarse sobre las actuaciones judiciales.

Con base en lo anterior a la Sala le corresponde, en primer término, determinar si el señor Jaime Octavio Villamil Aranguren estaba legitimado para interponer la acción de tutela en representación del Ministerio de Educación.

Posteriormente, y únicamente de ser resuelto favorablemente el anterior punto, la Sala estudiará: (i) si el Juzgado del Circuito Laboral de Arauca incurrió en una vía de hecho al notificar en estrado la providencia por medio de la cual resolvió declarar no probadas las excepciones presentadas por el Ministerio de Educación, y omitir su notificación por estado, habida cuenta de que esta entidad no estuvo presente el día de la audiencia, (ii) si la decisión de negar los recursos interpuestos por el Ministerio de Educación contra la decisión de declarar no probadas las excepciones, desconoció la garantía constitucional de la doble instancia al interior del referido proceso ejecutivo laboral y (iii) de comprobarse lo anterior, verificar si en el presente caso, es procedente proteger los derechos fundamentales de la entidad pública accionante por vía de la acción de tutela.

Para tal efecto, se hará referencia a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, al derecho al debido proceso de las entidades públicas, a la notificación de la providencia que resuelve las excepciones en el proceso ejecutivo laboral y al principio de la doble instancia.

(...)

3. Acción de Tutela contra providencias judiciales

El fallo de tutela de segunda instancia que se revisa proviene de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que se abstiene de conocer de la tutela argumentando que la autonomía funcional e interpretativa de los jueces se vería quebrantada si se permitiera que por la figura de la acción de tutela se revisaran las decisiones de las autoridades judiciales.

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional no puede aceptar los argumentos expuestos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues como se explicará a continuación, sí es posible acudir al amparo constitucional contra providencias judiciales cuando se configura vía de hecho o cuando existe violación al debido proceso.¹²

Al respecto, esta Corporación ha sostenido que, a pesar de que en la sentencia C-543 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, se declararon inexequibles los artículo 11 y 40 del decreto 2591 de 1991, referentes a la acción de tutela contra providencias judiciales, en esta misma providencia, la Corte previó la procedencia excepcional de este mecanismo judicial bajo ciertas circunstancias precisas que se han venido desarrollando por vía jurisprudencial. Así, la Corte ha considerado que la acción de tutela es viable en los casos en que la autoridad judicial ha incurrido en una vía de hecho que afecte derechos constitucionales fundamentales, siempre y cuando se cumplan los requisitos de procedibilidad consagrados en el artículo 86 Superior. En tal sentido, en la Sentencia T-083 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte precisó los siguientes: *“la tutela sólo habrá de proceder contra una vía de hecho judicial si no existe ningún mecanismo ordinario de defensa o, si éste existe, a condición de que el amparo constitucional resulte necesario para evitar la consumación de un perjuicio irremediable que afecte los derechos fundamentales del solicitante.”¹³*

El carácter excepcional de la acción de tutela frente a la actividad jurisdiccional, tal y como se manifestó en la sentencia T-200 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, encuentra su sustento en una interpretación armónica de la función del amparo constitucional, con los principios, derechos y garantías consagrados en la Constitución, de forma particular, con lo dispuesto en el artículo 2º Superior, que impone la obligación de garantizar la efectividad de los mismos. No obstante, ese deber de garantía no puede llegar hasta el punto de desconocer principios constitucionales como la autonomía del juez y la seguridad jurídica. Es por ello, que la Corte ha sido cuidadosa al momento de construir toda esta doctrina que permite la procedencia de la acción de tutela ante una vía de hecho.

En tal sentido, ha reiterado la exigencia en el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela –especialmente, inmediatez y subsidiariedad– y ha delimitado expresamente el concepto de “vía de hecho”. Lo anterior, precisamente, con el fin de *“armonizar la necesidad de proteger los intereses constitucionales que involucran la autonomía de la actividad jurisdiccional y la seguridad jurídica, sin que estos valores puedan desbordar su ámbito de irradiación y cerrar las puertas a la necesidad de proteger los derechos fundamentales que pueden verse*

¹² Sentencias T-639 y T-996 de 2003 y T-080 de 2004, MP Clara Inés Vargas Hernández

¹³ ST-008/98 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

afectados eventualmente con ocasión de la actividad jurisdiccional del Estado.”¹⁴ Al respecto, en la sentencia T-698 de 2004 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, la Corte indicó:

“[l]a jurisprudencia de esta Corporación ha estructurado con mayor detenimiento los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias, a fin de consolidar la doctrina sobre el tema y clarificar las exigencias de esta acción. En este sentido, se han establecido dos requisitos de procedibilidad específicos: los generales y los especiales¹⁵, que abarcan muchas de las categorías que previamente había establecido la doctrina constitucional en materia de vía de hecho. En todo caso, los primeros, es decir los requisitos de procedibilidad generales, hacen referencia al deber de asegurar, para la procedencia de la tutela contra providencias, que se de: a) la inexistencia de otro o de otros medios de defensa judiciales (recursos ordinarios o extraordinarios) como se ha visto, y b) la verificación de una relación de inmediatez entre la solicitud de amparo y el hecho vulnerador de los derechos fundamentales, bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad¹⁶. En este segundo caso, se ha establecido que no procede la acción de tutela contra sentencias judiciales, cuando el paso del tiempo es tan significativo que resulta claramente desproporcionado un control constitucional de la actividad judicial, por la vía de la acción de tutela¹⁷.

Los requisitos de procedibilidad especiales, por su parte, están asociados directamente al control excepcional por vía de tutela de la actividad judicial, y tienen que ver específicamente con el concepto de vía de hecho. En efecto, esta Corporación redefinió la teoría de los defectos que tradicionalmente había aglutinado los elementos de la vía de hecho frente a decisiones judiciales, y los consolidó dentro de los requisitos especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales”

Así las cosas, esta Corporación se ha preocupado por precisar cuáles son los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, por considerarse que con esas actuaciones han sido afectados derechos de rango fundamental. En la mencionada sentencia T-200 de 2004, se hizo referencia al cumplimiento también de los requisitos especiales. En tal sentido, se hizo un esfuerzo por sintetizar y clasificar las hipótesis que representan la existencia de una vía de hecho¹⁸:

¹⁴ Sentencia T - 462 de 2003. T – 949 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁵ Esta clasificación se estableció a partir de la sentencia T-441 de 2003, reiterada en las sentencias T-461, T-462, T-589, T-685 de 2003 y T- 606 de 2004.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-606 de 2004. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

¹⁷ Ibídem.

¹⁸ Cf. Sentencia T-949 de 2003. A nivel doctrinario, puede consultarse la obra del tratadista Manuel Fernando Quinche Ramírez, *las vías de hecho*, Bogotá: 2004.

- i) Defecto sustantivo, orgánico o procedimental: La acción de tutela procede, cuando puede probarse que una decisión judicial desconoce normas de rango legal, ya sea por aplicación indebida, error grave en su interpretación, desconocimiento de sentencias con efectos erga omnes, o cuando se actúa por fuera del procedimiento establecido¹⁹.
- ii) Defecto fáctico: Cuando en el curso de un proceso se omite la práctica o decreto de pruebas o estas no son valoradas debidamente, con lo cual variaría drásticamente el sentido del fallo proferido²⁰.
- iii) Error inducido o por consecuencia: En la cual, si bien el defecto no es atribuible al funcionario judicial, este actuó equivocadamente como consecuencia de la actividad inconstitucional de un órgano estatal generalmente vinculado a la estructura de la administración de justicia²¹.
- iv) Decisión sin motivación: Cuando la autoridad judicial profiere su decisión sin sustento argumentativo o los motivos para dictar la sentencia no son relevantes en el caso concreto, de suerte que puede predicarse que la decisión no tiene fundamentos jurídicos o fácticos²².
- v) Desconocimiento del precedente: En aquellos casos en los cuales la autoridad judicial se aparta de los precedentes jurisprudenciales, sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, de forma tal que la decisión tomada variaría, si hubiera atendido a la jurisprudencia²³.
- vi) Vulneración directa de la Constitución: Cuando una decisión judicial desconoce el contenido de los derechos fundamentales de alguna de las partes, realiza interpretaciones inconstitucionales o no utiliza la excepción

¹⁹ Sobre defecto sustantivo pueden consultarse las sentencias T-260/99, T-814/99, T-784/00, T-1334/01, SU.159/02, T-405/02, T-408/02, T-546/02, T-868/02, T-901/02, T - 008 de 1998, T - 567 de 1998, T - 654 de 1998, T-231 de 1994, entre otras.

²⁰ Sobre defecto fáctico, pueden consultarse las siguientes sentencias: T-260/99, T-488/99, T-814/99, T-408/02, T-550/02, T-054/03

²¹ Al respecto, las sentencias SU.014/01, T-407/01, T-759/01, T-1180/01, T-349/02, T-852/02, T-705/02

²² Sobre defecto sustantivo, pueden consultarse las sentencias: T-260/99, T-814/99, T-784/00, T-1334/01, SU.159/02, T-405/02, T-408/02, T-546/02, T-868/02, T-901/02

²³ En la sentencia T - 123 de 1995, esta Corporación señaló: "Es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad (CP art.13). A través de los recursos que se contemplan en cada jurisdicción, normalmente puede ventilarse este evento de infracción a la Constitución". Sobre este tema, también la sentencia T - 949 de 2003.

de inconstitucionalidad ante vulneraciones protuberantes de la Carta, siempre y cuando haya sido presentada solicitud expresa al respecto²⁴

Es necesario precisar que estas causales de procedibilidad tiene un carácter excepcional, que no suplanta la carga de acudir a las vías judiciales ordinarias, cuando están a la mano del presunto perjudicado.

(...)

4. La notificación de la providencia que decide las excepciones en el proceso ejecutivo laboral.

Los procesos laborales se caracterizan por ser orales y públicos, toda vez que la mayoría de las actuaciones se llevan a cabo en audiencias que permite la presencia de terceros, salvo la excepción consagrada en el artículo 43 del C.P.L., que prevé la audiencia en privado por razones de orden público o de buenas costumbres. Los principios de oralidad y publicidad están consagrados en el artículo 42 del Código Procedimiento Laboral modificado por el artículo 21 de la Ley 712 de 2001, que reza:

“Artículo 42. Principios de oralidad y publicidad. Las actuaciones judiciales en las instancias se efectuarán 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 decretan pruebas en segunda instancia.

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 podrá limitar la duración de las intervenciones de las partes y de sus apoderados. *“(subrayado fuera del texto)”*

²⁴ Sentencias T – 522 de 2001 y T – 462 de 2003.



Uno de los efectos jurídicos de las audiencias públicas lo constituye la notificación de las providencias en estrados, es decir, en el lugar donde se realice la audiencia. Ello, en virtud a lo dispuesto por el artículo 41 del C.P.L., modificado por el artículo 20 de la Ley 712 de 2001, que al regular las formas de las notificaciones, en el literal b) dispone que será *"En estrados, oralmente, las de las providencias que se dicten en las audiencias públicas. Se entenderán surtidos los efectos de estas notificaciones desde su pronunciamiento"*.²⁵

Sin embargo, del contenido del mismo artículo 42, se observa que en el caso del proceso ejecutivo laboral, la oralidad y publicidad son la excepción, pues de acuerdo con el párrafo 1º de esta disposición, únicamente se realizan en audiencia pública las actuaciones relacionadas con las prácticas de las pruebas y la decisión de excepciones. De ahí que la mayoría de sus providencias se notifiquen por estado, es decir, mediante un escrito que se fija en un lugar visible de la secretaría de los despachos judiciales, al día siguiente en que se adopta la decisión. En efecto, el artículo 108 del C.P.L., que se refiere al proceso ejecutivo laboral, establece claramente lo siguiente:

"Artículo 108- Notificación y apelación: Las providencias que se dicten en el curso de este juicio se notificarán por estados, salvo la primera, que lo será personalmente al ejecutado, y sólo serán apelables en el efecto devolutivo".

²⁵ 2. Las de los autos que se dicten fuera de audiencia.

Los estados se fijarán al día siguiente al del pronunciamiento del auto respectivo y permanecerán fijados un día, vencido el cual se entenderán surtidos sus efectos. D. Por edicto: 1. La de la sentencia que resuelve el recurso de casación. 2. La de la sentencia que decide el recurso de anulación. 3. La de la sentencia de segunda instancia dictada en los procesos de fuero sindical. 4. La de la sentencia que resuelve el recurso de revisión. E. Por conducta concluyente. Parágrafo. Notificación de las Entidades Públicas. Cuando en un proceso intervengan Entidades Públicas, el auto admisorio de la demanda se debe notificar personalmente a sus representantes legales o a quien éstos hayan delegado la facultad de recibir notificaciones. Sin embargo, si la persona a quien deba hacerse la notificación, o su delegado, no se encuentre o no pudiere, por cualquier motivo recibir la notificación, ésta se practicará 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. 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.



De lo anterior se infiere entonces que el proceso ejecutivo laboral se adelanta, en principio, de manera escrita y sus providencias se notifican por estado. La excepción a la regla general son los actos procesales relacionados con la práctica de pruebas y la decisión de excepciones, pues como quedó establecido, se realizan en audiencia pública, lo que supone su notificación en estrado. Sin embargo, la notificación en estrado de la providencia por medio de la cual se resuelven las excepciones no excluye la notificación por estado, en ciertos casos, como pasa a explicarse.

El artículo 65 del C.P.L., modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001, que establece lo siguiente: *"Son apelables los siguientes autos proferidos en primera instancia: (...) 9. El que resuelve las excepciones en el proceso ejecutivo"*. Así del contenido de este artículo, se infiere que la providencia por medio da la cual se resuelven las excepciones es un auto interlocutorio. Lo anterior, ha sido avalado por la doctrina, pues se ha considerado que, particularmente, en los procesos ejecutivos de carácter laboral, la providencia judicial que pone fin al trámite de las excepciones, en primera instancia, es, a diferencia del procedimiento civil, un auto interlocutorio y no una sentencia.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la providencia por medio de la cual se resuelven las excepciones es un auto interlocutorio, le es aplicable también la regla consagrada en el artículo 41 del C.P.L. que dispone la notificación por estado de los autos interlocutorios y de sustanciación, *"cuando no se hubieren efectuado en estrados a las partes o alguna de ellas"*. El texto de la parte correspondiente del artículo 41 del C.P.L., es el siguiente:

"Artículo 41, modificado por el artículo 20 de la Ley 712 de 2001. Forma de las notificaciones:

(...)

C. Por estados.

1. Las de los autos interlocutorios y de sustanciación, cuando no se hubieren efectuado en estrados a las partes o alguna de ellas, y (...)" (subrayado fuera del texto).

De todo lo anterior se puede concluir que la providencia por medio de la cual se resuelven las excepciones en el proceso ejecutivo laboral, en principio, por tratarse de una decisión adoptada en audiencia pública, su notificación es en estrados. Excepcionalmente, tal providencia puede notificarse también por estado a las partes cuando no se hubiere hecho en audiencia o faltare una de ellas.

Sobre la excepción prevista en el mencionado artículo, la Corte se pronunció en la Sentencia C-803 de 2000, con ocasión a una demanda de inconstitucionalidad presentada contra el literal a) del numeral 3º del artículo 41 del Código de Procedimiento Laboral, dictado mediante el decreto legislativo 2158 de 1948 y adoptado como legislación permanente por el decreto 4133 de 1948, antes de las modificaciones introducidas por la Ley 712 de 2001. Teniendo en cuenta que el texto del numeral 1º del literal c) del actual artículo 41 del C.P.L. no ha variado, la Sala considera pertinente hacer referencia a las consideraciones de la citada sentencia.

En aquella oportunidad la Corte declaró la exequibilidad del literal a) del numeral 3 del artículo 41, en la parte que contemplaba que las notificaciones de los autos interlocutorios y de sustanciación se harán por estado cuando no se hubieren hecho por estrado a las partes o a alguna de ellas. Al respecto anotó lo siguiente:

"(...) Así, el legislador extraordinario decidió que cuando una parte o las dos partes no acudía(n) a la audiencia debía notificárseles por estado las decisiones tomadas dentro de la diligencia, con el objeto de que tuvieran oportunidad de impugnarlas. Esta definición implica, obviamente, que el proceso puede dilatarse algún tiempo más, pero no encuentra la Corte que ello acarree una violación de la Constitución, tal como lo afirma el demandante.

El artículo 209 de la Constitución Política establece que la función administrativa debe desarrollarse "con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad..." Estos principios son aplicables a la administración de justicia, y sobre los de la celeridad y la eficacia hace énfasis la misma Constitución, cuando en el artículo 228 prescribe que en la administración de justicia, "[l]os términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado." Asimismo, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia contempla la celeridad (art. 4) como uno de los principios que rigen la labor de impartir justicia.

En atención a que en los procesos laborales se trata sobre los conflictos originados en las relaciones de trabajo y en la aplicación del sistema de seguridad social, materias que se encuentran bajo la protección especial del Estado (arts. 25, 39, 48, 53, entre otros), el Código de Procedimiento Laboral, en desarrollo del criterio de que los procesos deben adelantarse rápidamente, señala que en los procesos laborales "[l]as actuaciones y diligencias judiciales, la práctica de pruebas y la sustanciación se efectuarán oralmente en audiencia pública, salvo los casos exceptuados en este decreto." (artículo 42).



A pesar de que, muy especialmente, los procesos laborales deben adelantarse siguiendo los principios de la celeridad y la eficiencia, lo cierto es que en todos los procesos - independientemente de la jurisdicción ante la que se surtan - estos principios deben encontrar un equilibrio con el derecho al debido proceso, es decir con el derecho de las partes a defenderse y a impugnar las decisiones. Ese equilibrio puede ser diseñado de muy distintas formas, y en este caso el legislador extraordinario consideró que debía dársele alguna prelación al derecho de defensa, sin que ello implicara una renuncia definitiva a la vigencia de los otros dos principios. Por eso, determinó que también podían notificarse por estados las decisiones tomadas en las audiencias, cuando una de las partes o las dos partes no habían estado presentes en la diligencia o se habían retirado antes de pronunciarse las resoluciones. El legislador tiene en esta materia un marco de libertad de configuración normativa, el cual puede ser controlado por el juez constitucional con el objeto de impedir excesos o la violación de los derechos fundamentales. Sin embargo, en la situación bajo análisis no se observa nada distinto de una armonización especial entre los principios de celeridad y eficiencia y el derecho al debido proceso, y, en consecuencia, la Corte habrá de respetar la decisión del legislador.”

Con fundamento en las anteriores consideraciones, se concluye que, si bien la providencia por medio de la cual se resuelven las excepciones en el proceso ejecutivo laboral se adopta en audiencia pública y por ende, su notificación se surte en estrado, ello no es óbice, para que en los casos en que faltare una de las partes, se realice también por estado.

5. Principio de la doble instancia e importancia del recurso de apelación en el proceso ejecutivo laboral.

El artículo 31 de la Constitución Política establece:

“Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagra la ley.

El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”.

Así, la doble instancia se convierte en una garantía procesal para las partes en el proceso en la medida en que las decisiones adoptadas que les sean adversas o estén incompletas pueden ser revisadas. La Corte ha señalado que dicho principio es fundamental en un estado de



derecho. Así fue explicado en la sentencia T-083 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, en los siguientes términos:

“La Corte ha estimado que el principio de la doble instancia constituye ‘una piedra angular dentro del Estado de derecho’, como quiera que garantiza, en forma plena y eficaz, el derecho fundamental de defensa al permitir que el superior jerárquico del funcionario encargado de tomar una decisión en primera instancia, pueda libremente estudiar y evaluar las argumentaciones expuestas y llegar, por tanto, al convencimiento de que la determinación adoptada se fundamentó en suficientes bases fácticas y legales o que, por el contrario, desconoció pruebas, hechos o consideraciones jurídicas que ameritaban un razonamiento y un juicio diferente.”²⁶

Particularmente, refiriéndose al recurso de apelación, en la misma providencia la Corte precisó:

“...la procedencia del recurso de apelación contra una determinada providencia es un asunto que establece el legislador, en los estatutos procesales específicos, atendiendo a la naturaleza propia de cada proceso, el tipo de pronunciamiento judicial y la clase de error o perjuicio cuya corrección se persigue.²⁷ Sin embargo, una vez que el recurso de apelación ha sido consagrado en la legislación, como mecanismo de defensa frente a las decisiones contenidas en una determinada providencia, su negación injustificada o la abstención del funcionario judicial en su trámite constituyen una vulneración del derecho fundamental al debido proceso, susceptible de ser amparada a través de la acción de tutela.²⁸”

En armonía con la anterior disposición Superior, el Legislador, para el caso del proceso ejecutivo laboral, consagró de manera expresa el recurso de apelación en el artículo 108 del C.P.L. Así mismo, se estableció en el artículo 65 del C.P.L., modificado por el artículo 29 de la

²⁶ SC-037/96 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa). Véanse, en el mismo sentido, las ST-158/93 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa); ST-212/95 (MP. Fabio Morón Díaz) y SC-017/96 (MP. Alejandro Martínez Caballero).

²⁷ SC-153/95 (MP. Antonio Barrera Carbonell); SC-054/97 (MP. Antonio Barrera Carbonell).

²⁸ ST-158/93 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa); ST-212/95 (MP. Fabio Morón Díaz); ST-523/96 (MP. Antonio Barrera Carbonell); ST-204/97 (MP. Antonio Barrera Carbonell).



Ley 712 de 2001²⁹, que señala en el numeral 9, que es apelable el auto *"que resuelva las excepciones en el proceso ejecutivo."*

Sin embargo, según lo expuesto a lo largo de esta providencia, teniendo en cuenta que el auto que resuelve las excepciones, de acuerdo con el artículo 42 del C.P.L., se notifica por estrado en la audiencia pública y excepcionalmente, de conformidad con el artículo 41 del mismo estatuto, se notifica por estado, cuando no se hubiere efectuado en estrados a las partes o alguna de ellas, la oportunidad para presentar el recurso en esta última hipótesis, será dentro de los 5 días siguientes a la providencia.³⁰

²⁹ Ley 712 de 2001- Artículo 29. El artículo 65 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social quedará así:

Artículo 65. Procedencia del recurso de apelación. Son apelables los siguientes autos proferidos en primera instancia:

1. El que rechace la demanda o su reforma y el que las dé por no contestada.
2. El que rechace la representación de una de las partes o la intervención de terceros.
3. El que decida sobre excepciones previas.
4. El que niegue el decreto o la práctica de una prueba.
5. El que deniegue el trámite de un incidente o el que lo decida.
6. El que decida sobre nulidades procesales.
7. El que decida sobre medidas cautelares.
8. El que decida sobre el mandamiento de pago.
9. El que resuelva las excepciones en el proceso ejecutivo.
10. El que resuelva sobre la liquidación del crédito en el proceso ejecutivo.
11. El que resuelva la objeción a la liquidación de las costas respecto de las agencias en derecho.
12. Los demás que señale la ley.

El recurso de apelación se interpondrá:

1. Oralmente, en la audiencia en que fue proferido el auto y allí mismo se concederá si es procedente.
2. Por escrito, dentro de los cinco (5) días siguientes cuando la providencia se notifique por estado. El juez resolverá dentro de los dos (2) días siguientes.

Este recurso se concederá en el efecto devolutivo enviando al superior copia de las piezas del proceso que fueren necesarias, salvo que la providencia recurrida impida la continuación del proceso o implique su terminación, caso en el cual se concederá en el efecto suspensivo.

El recurrente deberá proveer lo necesario para la obtención de las copias dentro de los cinco (5) días siguientes al auto que concedió el recurso. En caso contrario se declarará desierto.

Las copias se autenticarán gratuitamente por el secretario. Cumplido lo anterior deberán enviarse al superior dentro de los tres (3) días siguientes.

La sentencia definitiva no se pronunciará mientras esté pendiente la decisión del superior, cuando esta pueda influir en el resultado de aquella.

³⁰ Artículo 65 del C.P.L., modificado por el artículo 20 de la Ley 712 de 2001. (...) El recurso de apelación se interpondrá:

1. Oralmente, en la audiencia en que fue proferido el auto y allí mismo se concederá si es procedente.



II. CASO CONCRETO

El apoderado judicial del Ministerio de Educación considera que el hecho de que se haya realizado la audiencia de fallo de excepciones, a la cual únicamente asistió la parte demandante, a pesar de que solicitó fijar la audiencia para la fecha en que estaba comisionado para Arauca, es decir dos días después de la diligencia, no le permitió ejercer su derecho de contradicción, desconociéndose de esta forma el derecho al debido proceso y la garantía de la doble instancia. Así mismo, argumenta que el juez demandado incurrió en una vía de hecho al disponer que la providencia que resolvió no probadas las excepciones se notificara en estrados y al rechazar los recursos interpuestos contra la misma.

En tal sentido sostiene la parte actora que, *“Al no asistir las partes demandadas a la audiencia del fallo de excepciones era deber del funcionario judicial notificar por estado dicha providencia para que surtiera su ejecutoria dentro de los tres días (Art. 108 del Código Procesal del Trabajo), se entiende que la providencia que pone fin al trámite de excepciones en los procesos ejecutivos de carácter laboral es a diferencia del procedimiento civil, un auto interlocutorio y no una sentencia, así las cosas nos dan mayor claridad, es por ello que recurro en vía de tutela para que cese la vulneración de los derechos citados”*.

Por su parte, el Juzgado Laboral del Circuito de Arauca advierte que el señor Villamil Aranguren no está facultado para presentar esta acción de tutela. No obstante, en ejercicio de su derecho de defensa, afirma que no ha incurrido en vía de hecho alguna, ni tampoco ha vulnerado los derechos invocados por la entidad accionante. Afirma que por tratarse de un auto interlocutorio, la notificación de la providencia que resuelve las excepciones se efectúa en la audiencia, lo que significa que surte efectos de manera inmediata. En virtud de tal interpretación de la ley procesal, argumenta que el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Ministerio de Educación fue extemporáneo.

El juez de primera instancia resolvió tutelar los derechos de la entidad demandante, por considerar que debió tramitarse el recurso de “queja” y garantizársele la segunda instancia. Por lo anterior, decidió declarar la nulidad de todo lo actuado con posterioridad a la providencia que negó el mencionado recurso. Ordenó que se le diera trámite al mismo, de conformidad con lo previsto en el

2. Por escrito, dentro de los cinco (5) días siguientes cuando la providencia se notifique por estado. El juez resolverá dentro de los dos (2) días siguientes.”



artículo 378 del Código de Procedimiento Civil. Por su parte, el juez de segunda instancia decidió revocar la decisión del a quo y negar la acción de tutela, pues, a su juicio no le es permitido al juez de tutela pronunciarse sobre las actuaciones de las demás autoridades judiciales.

Así pues, con fundamento en lo expuesto en las consideraciones generales de esta providencia, la Sala pasará analizar si, en el caso concreto, se presenta alguna vulneración del derecho al debido proceso del Ministerio de Educación. Así, se verificará si la providencia que resolvió no probadas las excepciones en el proceso ejecutivo laboral que se adelantó contra el Ministerio de Educación además de haberse notificado en estrado, debió notificarse por estado ante la ausencia de una de las partes en el referido proceso. Así mismo, si el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio debió tramitarse.

La Sala advierte que el Juzgado Laboral del Circuito de Arauca incurrió en una vía de hecho al no darle aplicación al artículo 41 del C.P.L. que dispone la notificación por estado de los autos interlocutorios, cuando no se hubiere efectuado, en estrados, a las partes o a una de ellas.

En el presente caso, se fijó el 4 de mayo de 2004, como fecha para la audiencia en la cual se resolverían las excepciones de fondo interpuestas por el Ministerio de Educación en el proceso ejecutivo adelantado en su contra ante el Juzgado demandado. Llegada la fecha de la audiencia, sólo se hizo presente la parte actora del referido proceso. El Juzgado Laboral accionado, al tiempo que resolvió declarar no probadas las excepciones, dispuso lo siguiente: "ESTA PROVIDENCIA SE NOTIFICA A LAS PARTES POR ESTRADOS". (énfasis originales)

Con posterioridad, dentro de los tres días siguientes a la notificación, el Ministerio de Educación presentó recurso de apelación contra la referida providencia, sin embargo, aquél fue rechazado por extemporáneo.

Al respecto, considera la Sala que con tales actuaciones el juzgado demandado desconoció los derechos al debido proceso y de defensa que le asisten a la entidad accionante. Así, cabe señalar que si bien le asiste razón al juzgado accionado en cuanto a que la providencia por medio de la cual se resuelven las excepciones en un proceso ejecutivo laboral es un auto interlocutorio y no una sentencia, no le asiste razón en cuanto a que su notificación únicamente es procedente en estrados.

Como se indicó en líneas precedentes, de acuerdo con el parágrafo 1º del artículo 42 del C.P.L., en el ejecutivo laboral sólo se lleva a cabo en audiencias públicas la práctica de pruebas y la decisión de excepciones. Y, en consecuencia, su notificación se efectúa en estrado y los recursos contra la misma deben interponerse en la audiencia. Sin embargo, tal y como se deduce del artículo 41 del C.P.L., lo anterior no excluye la notificación por estado cuando no fue posible notificar a ambas partes o a una de ellas.

De esta manera, con el fin de garantizar los derechos de defensa y contradicción, así como el principio de la doble instancia, cuando haya lugar a la notificación por estado, la parte que no fue notificada de la providencia que decidió las excepciones, podrá interponer el recurso de apelación, *"2. Por escrito, dentro de los cinco (5) días siguientes cuando la providencia se notifique por estado. El juez resolverá dentro de los dos (2) días siguientes."* (Artículo 65 del C.P.L.)

En este orden de ideas, teniendo en cuenta que la providencia proferida en la audiencia del 4 de mayo de 2004, si bien, ante la presencia de la parte accionante dentro del referido proceso ejecutivo laboral, debía notificarse en la audiencia, el juez no podía obviar la notificación por estado, ante la ausencia de la parte vencida en dicho proceso.

Así pues, contrario a lo que sostiene el juez demandado, la notificación al Ministerio de Educación de la providencia del 4 de mayo, debió efectuarse por estado, con el fin de garantizarle los derechos al debido proceso y de defensa que le asiste. Razón por la cual, con el fin de restablecer los derechos invocados, el juez de tutela, en principio, debería acceder a la pretensión del presentante del Ministerio, en cuanto a que se ordene la notificación por estado del auto que declaró no probadas las excepciones.

No obstante, teniendo en cuenta que la entidad actora presentó recurso de apelación contra la referida providencia, la Sala advierte que operó la figura de la notificación por conducta concluyente, razón por la cual no tiene sentido ordenar que la mencionada providencia se notifique nuevamente.

Ahora bien, la Sala considera que la decisión del 18 de mayo de 2004, en la cual el Juzgado demandado rechazó el recurso de apelación por extemporáneo, bajo el sustento de que la decisión por medio de la cual se declararon no probadas las excepciones se notifica por estrado y no tiene término de ejecutoria, desconoció los derechos fundamentales de la entidad accionante. Lo anterior, por cuanto dicho auto es apelable y la oportunidad para presentar y resolverse el recurso varía dependiendo de la forma como se efectúe la notificación. En el presente caso, teniendo en cuenta que la providencia del 4 de mayo de 2004 debió notificarse por estado, la entidad accionante contaba con 5 días para interponer el mencionado recurso, es decir hasta el día 11 del mismo mes y año. De las pruebas que reposan en el expediente, se advierte el recurso de apelación fue interpuesto el 7 de mayo de 2004, es decir dentro del término legal, razón por la cual no podía el juez rechazarlo por "extemporáneo".

Así las cosas, considera la Sala que la anterior decisión del Juez Laboral del Circuito de Arauca es una vía de hecho, pues se apartó de lo dispuesto en la ley, por lo cual desconoció



obviamente los derechos al debido proceso y defensa del Ministerio de Educación, así como el principio de la doble instancia.

En virtud de lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia de tutela de primera instancia, concederá la protección de los derechos de la mencionada entidad pública y declarará la nulidad de todo lo actuado a partir de la providencia del 18 de mayo de 2004, por medio de la cual se rechazó el recurso de apelación por extemporáneo y se ordenará darle trámite, en procura del restablecimiento de los derechos fundamentales que le fueron conculcados al Ministerio de Educación en el curso del proceso ejecutivo laboral que se adelantó en su contra.

(...)



CASO N° 20 – PROVIDENCIA QUE DECIDE EN EL FONDO LAS EXCEPCIONES EN EL EJECUTIVO LABORAL, NO ADMITE CASACIÓN.

Al decidir las excepciones dentro de un proceso ejecutivo, el Tribunal Superior denomina el proveído “sentencia”, de conformidad a lo dispuesto en los art. 507 y 510 del C.P.C.

Ante esa situación, el afectado con la decisión recurre en casación.

AUTOEVALUACIÓN.

1. ¿La decisión de excepciones en un proceso ejecutivo, se decide a través de un auto o de sentencia? - Explique.
2. ¿Al no consagrarse para los procesos especiales la casación, independientemente de la denominación que se le asigna al proveído, auto o sentencia, se desestimaría el recurso de casación?



DECISIONES JUDICIALES

20.1. EN EL PROCESO EJECUTIVO LABORAL NO ES VIABLE EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA
Radicación No. 33036
Acta No. 75
Bogotá, D.C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil siete (2007).

(...)

I. ANTECEDENTES

El Tribunal negó el recurso de casación interpuesto contra el auto que profirió el 31 de mayo de 2007, al estimar que conforme al artículo 366 del Código de Procedimiento Civil, procede exclusivamente contra las sentencias proferidas en segunda instancia por los Tribunales Superiores, de conformidad con una cuantía determinada. Agregó que en este caso el proceso llegó para conocer de la apelación contra un auto, el cual fue revocado y notificado mediante estado del 4 de junio de 2007, providencia que al tenor del artículo 59 del Decreto 528 de 1964 no es susceptible de casación, pues no está dirigido contra una sentencia que resuelva de fondo el asunto materia del proceso.

Inconforme con esa decisión, el apoderado del demandante pidió la reposición, pero el Tribunal la negó, por estimar que era improcedente de acuerdo con el artículo 59 del Decreto 528 de 1964, y ordenó se expedieran las copias solicitadas, después de concluir con los mismos argumentos, que el recurso de casación es improcedente por no dirigirse contra una sentencia que resuelva de fondo el asunto materia del proceso.



Aduce el recurrente en el escrito que presenta ante la Corte que la providencia del Tribunal mediante de la cual revocó la decisión de primer grado y resolvió las excepciones, tiene el carácter de sentencia de acuerdo con los artículos 507 y 510 del Código de Procedimiento Civil.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El artículo 59 del Decreto 528 de 1964 determinó que en materia laboral procede el recurso de casación contra las sentencias proferidas en los juicios ordinarios por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, o en primera instancia por los jueces municipales, en la actualidad del circuito, en los casos del recurso de casación *per saltum*, siempre que la cuantía del interés para recurrir fuera o excediera la suma de \$30.000, monto referido que se ha venido actualizando, primero con la Ley 22 de 1977 artículo 6° y posteriormente con la Ley 11 de 1984 artículo 26, el Decreto 719 de 1989 artículo 1° y la Ley 712 de 2001 artículo 43, sin que en ninguna de estas oportunidades se haya extendido este recurso extraordinario a los procesos especiales.

En conclusión, el recurso de casación sólo procede contra las sentencias dictadas en segunda instancia en los procesos ordinarios o contra las mismas decisiones proferidas por los Jueces del Circuito cuando tiene lugar el recurso *per saltum*. Luego, no existe en el procedimiento del trabajo norma que permita interponer aquella impugnación contra las providencias que se proferían en los procesos especiales, entre ellos el ejecutivo, así con ellas se ponga fin al proceso e independientemente de que se trate de sentencias o autos, como lo admite el recurrente.

Por consiguiente, habrá de declararse bien denegado el recurso de casación por parte del Tribunal de Bogotá por las razones expuestas.

(...)



CASO N° 21 – TÉRMINO PARA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL PROCESO EJECUTIVO LABORAL.

Dentro de la ejecución seguida por Carlos Buitrago en contra de la sociedad Cacharrería Júpiter Ltda., se han embargado y secuestrado bienes que se denunciaron, como de propiedad de la sociedad ejecutada; justo un día antes del remate un tercero solicita el levantamiento del secuestro, pues afirma tenía la posesión de los bienes.

AUTOEVALUACIÓN

1. Admitiría como juez esa petición, dándole trámite al incidente de desembargo, o se consideraría extemporánea?.



DECISIONES JUDICIALES

21.1. TÉRMINO PARA LA PRESENTACIÓN DE INCIDENTES PARA EL LEVANTAMIENTO DEL SECUESTRO POR UN TERCERO POSEEDOR EN EL EJECUTIVO LABORAL

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL
(RAD. 14 2000 00027 01)**

(...)

Decide la Sala el recurso de Apelación interpuesto por el apoderado de la parte incidentante contra el auto proferido por el Juzgado (...) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha seis (6) de julio de dos mil cinco (2.005) folio 94 del informativo, por medio del cual se rechaza de plano el incidente de desembargo propuesto por la parte actora, por cuanto no se reúnen los requisitos preceptuados por el Artículo 687 numeral 8º del C.P.C.

Contra dicha Decisión, el apoderado de la parte ejecutante interpuso recurso de Reposición y en subsidio el de Apelación folios 104 - 105, por las siguientes razones: Si bien es cierto art. 687 numeral 8º del C.P.C., nos enseña que para que el incidente pueda iniciarse es indispensable que el peticionario preste caución que garantice el pago de las costas.

De lo anterior, debo manifestar que son los Despachos Judiciales que deben decretar una vez se presenta un incidente de desacato la caución correspondiente, ya que tanto al incidentante como a su apoderado le es totalmente difícil conocer el monto de la caución y por ello como enseña el art. 678 del C.P.C. que las cauciones que ordena prestar este Código debe ser a través de providencia que ordene prestar la caución y en ella se indicará que cuantía y el plazo en que debe constituirse y por otro lado en caso de tratarse de la presentación del incidente que el numeral 8º del art. 687 del C.P.C. establece que dentro de los 20 días siguientes estos se cuentan una vez el Despacho comisorio original es agregado al Expediente original y por ello el incidente de desembargo se presentó dentro del término de ley.



Para resolver se hacen las siguientes

CONSIDERACIONES

Asume la Sala, el conocimiento de este especial en virtud del recurso de apelación propuesto por el doctor JORGE VEGA OSPINA, en relación al rechazo que de los incidentes de desembargo efectúo el a quo a folio 87, 92, 99.

Al tema y revisadas las copias anexadas, encuentra la Sala que obra la incorporación de dos escritos contentivos de incidente de desembargo presentado por Nancy Stella Castaño y Jerzy Luis Jiménez, y seguidamente se halla decisión del a quo rechazándola de plano por cuanto no reúnen los requisitos del art. 687 numeral 8º del C.P.C.

Así planteado el asunto, no encuentra la Sala razones que avalen la decisión del a quo, por cuanto la norma que debe aplicarse es la especial para casos como el presente, esto es, el art. 103 del C.P.L., siendo el término previsto todo el tránsito del ejecutivo, desde luego hasta antes del remate, pues la norma procesal laboral no trae el límite temporal aludido en código distinto al de la materia, de manera que para efectos del punto en discusión, acorde al principio de consonancia, deberá la Sala revocar la decisión del a quo, en su lugar, se señalará el respeto a la norma especial que regula el procedimiento laboral, la cual, tal como se anota faculta a solicitar “en cualquier tiempo” y para nada establece limitación en cuanto a términos en orden a presentar un incidente de desembargo por terceros, hasta antes del remate, procediendo la fijación de la Caución por el Juez del conocimiento en los términos del art. 103 del C.P.L

(...)



CASO N° 22 – SOLIDARIDAD DEL ART. 36 DEL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO EN EL PROCESO EJECUTIVO LABORAL. EJECUCIÓN PARA COBRO DE APORTES, COTIZACIONES.

Pedro Gutiérrez labora para la sociedad limitada “El Osito”, se halla afiliado al fondo de pensiones “Vejez Segura”, empero el empleador no consigna los aportes al citado fondo, después de efectuar los requerimientos legales al empleador, para constituir el título ejecutivo, decide ejecutar a la sociedad limitada, la cual se halla en precarias condiciones económicas, por lo cual decide también demandar ejecutivamente a los socios, invocando la solidaridad consagrada en el art. 36 del C.S. del T.

AUTOEVALUACIÓN

1. ¿Usted como juez, encuentra acertado, a efectos de salvaguardar derechos pensionales del trabajador, demandar ejecutivamente solo a los socios, dada la precaria condición económica de la empresa?



DECISIONES JUDICIALES

22.1. EN EL PROCESO EJECUTIVO PARA QUE OPERE EJECUCIÓN CONTRA UN SOCIO DE UNA SOCIEDAD DE PERSONAS, NO APLICA AUTOMÁTICAMENTE EL ART. 36 DEL C.S. DEL T., SE HACE NECESARIO QUE CONTRA ESE SOCIO EXISTA EN SU CONTRA TÍTULO EJECUTIVO.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL
(RAD. 08 2005 00386 01)**

(...)

Decide la Sala el Recurso de Apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto proferido por el Juzgado (...) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha seis (06) de mayo de dos mil cinco (2005), folio 52 a 54 del informativo, por medio del cual se negó el mandamiento de pago solicitado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.

Decisión apelada por el demandante, folio 55 a 60, manifestando que se considera importante mencionar que la característica principal más generalizada de las sociedades limitadas es la que se refiere a la responsabilidad de sus socios, la cual consiste precisamente en responder hasta el monto de sus aportes de las obligaciones adquiridas por la sociedad, como se desprende de nuestro ordenamiento jurídico, consagrado en el artículo 353 del Código de Comercio.

De lo anterior se desprende que el fundamento para dirigir la demanda no solo contra la sociedad sino contra sus socios, es la misma ley, pues esta es la que nos faculta para hacer exigible ejecutivamente el crédito consistente en las cotizaciones obligatorias por concepto de pensiones dejadas de cancelar, es decir la acción puede dirigirse tanto en contra de la sociedad, MULTIMODAL DE TRANSPORTES LTDA –MULTITRANS LTDA, como en contra de los socios que la componen, se reitera, la misma naturaleza de la sociedad lo permite, teniendo en cuenta la responsabilidad solidaria de sus socios como lo determina el artículo en mención.

De otro lado, lo que se quiere dejar en claro es que no sólo se reconocen como títulos ejecutivos los documentos que cumplen con los presupuestos señalados en el artículo 488 del



C.P.C., sino que también existen otros a los que la ley les da el carácter de tal, siendo este el caso nuestro, y cuyos documentos aportados como título ejecutivo cumplen las exigencias de claridad, expresibilidad y exigibilidad consagradas en los artículos mencionados.

En virtud de lo anterior, es claro que se equivoca el despacho en sus argumentos para negar el mandamiento de pago, argumentos que impiden el ejercicio de las acciones de cobro que por ley estamos obligados a adelantar, pues es evidente que todas las acciones que en este sentido se instauran, se dirigen a empleadores en mora en el pago de sus aportes.

Para resolver se hacen las siguientes,

CONSIDERACIONES

No escapa a la Sala, que una de las obligaciones de un empleador, es la de consignar oportunamente los aportes correspondientes de sus trabajadores a una entidad del régimen previsto en la ley 100 de 1993.

Los arts. 24 y 57 de la citada ley preceptúan que las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantaran las respectivas acciones de cobro, en el evento de incumplimiento del empleador, siendo la liquidación que elabore la administradora el título base que prestará mérito ejecutivo, según se infiere del inciso 2 del literal H del art. 14 del decreto 656/94.

Ahora bien, el decreto 2633/94 art. 5, que reglamento los arts. 24, 57 de la ley 100 de 1993, estableció que:

"Vencidos los plazos señalados para efectuar las consignaciones respectivas por parte de los empleadores, la entidad administradora, mediante comunicación dirigida al empleador moroso lo requerirá. Si dentro de los 15 días siguientes a dicho requerimiento el empleador no se ha pronunciado, se procederá a elaborar la liquidación, la cual prestará mérito ejecutivo de conformidad con lo establecido en el art. 24 de la ley 100/93."

Expuesto lo precedente, en autos no solo se trae como ejecutada a la accionada, sociedad de responsabilidad limitada, sino a uno de sus socios, individualmente considerado, y que por supuesto no es el empleador obligado al pago de las cotizaciones, y adicionalmente no ha sido requerido en los términos señalados al inicio de este proveído, lo que desde luego



impide se configure título ejecutivo en contra del socio de la persona jurídica también ejecutada.

Recuérdese que la solidaridad anhelada en autos, a los socios, en este caso de la sociedad LTDA., deriva, en virtud de la Ley, artículo 36 del C.S. de T., pero desde luego para que opere condena o ejecución en contra del socio demandado, calidad que se acredita con el certificado de cámara de comercio (fl 36), se hace indispensable que se reúna en su contra título ejecutivo o medie condena en un proceso declarativo en donde hubiese sido citado como parte en ese proceso; de otro lado, precisese que no es característico de las obligaciones solidarias que el título constituido contra la persona jurídica obligada se haga extensiva, per-se a otros eventuales deudores, echándose de menos en autos la configuración del título ejecutivo en contra de la persona natural, socio de Multimodal de Transportes Ltda., señor Jorge Ignacio Ortiz Burgos, a quien incluso no se cita como empleador, sino, se reitera, en la condición de socio (fl 44), consideraciones que conducen a confirmar la decisión del a quo en cuanto negó librar mandamiento en contra del señor JORGE IGNACIO ORTIZ BURGOS, y de otra parte para no "romper con la unidad procesal planteada por el ejecutante", en términos del juzgado, éste se abstuvo librar mandamiento de pago en contra de la persona jurídica, decisión esta última no recurrida, lo que impide a la Sala, en virtud del principio de consonancia, abordar su estudio.

En suma, deberá la accionante configurar en debida forma el título ejecutivo en orden a iniciar la ejecución, en contra del empleador moroso, conforme las disposiciones citadas al inicio.

(...)



CASO N° 23 – LOS TÉRMINOS DE PRESCRIPCIÓN EN EL PROCESO EJECUTIVO LABORAL.

En un proceso ejecutivo, se trae como título una obligación cuya fecha de exigibilidad es el 11 de enero de 2000; la demanda se presentó a reparto el 12 de enero de 2004, notificándose oportunamente al demandado. Al excepcionar se presenta prescripción, el juez de primer grado la declara probada. En su recurso de reposición el ejecutante argumenta que los términos en ésta clase de acciones están referidos por lo dispuesto en las normas del Código Civil, no aplicando lo dispuesto en el art. 151 del C.P.L. ni 488 del C. S. del T.

AUTOEVALUACIÓN

1. ¿En el momento procesal oportuno, usted como juez de primera instancia, revocaría o mantendría su decisión?.



DECISIONES JUDICIALES

23.1. TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN EN EJECUTIVOS LABORALES

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL
(RAD. 04 2001 00557 01)**

(...)

Decide la Sala el Recurso de Apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra el auto proferido por el Juzgado (...) Laboral del Circuito de esta ciudad, el día tres (03) de marzo de 2006, visible a folio (72) del informativo, mediante el cual el Juzgado decide declarar probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada y en el cual se dispuso además la terminación de este proceso y su archivo.

Contra dicha Decisión el apoderado de la parte demandante, propuso recurso de Apelación, folios 74,75; argumentando el recurso así: consiste en que es cierto que las acreencias laborales prescriben en tres años y que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, pero también es igualmente cierto que esta norma del Código Sustantivo del Trabajo no menciona en modo alguno que dicho término se haga extensivo a las acciones ejecutivas en materia laboral, sino que hace alusión a la exigencia de derechos contemplados en dicho Código, tales como cesantías, primas, vacaciones, salarios etc y por lo tanto no es aplicable a este proceso de ejecución; en consecuencia se considera que se debe dar aplicación a la norma general sobre prescripción de la acción ejecutiva, la cual por ser raigambre sustancial, se encuentra en el Código Civil, lo cual resulta claro que no es aplicable ni el Código Sustantivo del Trabajo en su art. 488, ni el Código Procesal Laboral, ni la Ley 640 de 2001, pues en ninguno de dichos estatutos se estableció un término especial de prescripción para los ejecutivos laborales, siendo procedente, en consecuencia, aplicar la norma general sobre prescripción establecida en el art. 2536 del Código Civil.



Para resolver se hacen las siguientes

CONSIDERACIONES

Son las excepciones un medio de "oponer al derecho un mejor derecho. Es desestimar la demanda porque, a.) No le asiste derecho al demandante porque nunca lo tuvo. b.) Porque si tuvo ese derecho, se pidió protección jurídica sin el lleno de los requisitos legales.

La excepción tiende a purificar la acción y el procedimiento para que el fallo proferido tenga fundamento legal. No puede haber pronunciamiento justo, si la acción no es clara y el procedimiento recto, la excepción es el contraderecho de la acción.

Evaluadas por el Juez la acción y la excepción, proveerá en favor del mejor derecho. Si no prospera la excepción se continuará el proceso. Si prospera, se archivarán las diligencias o se suspende el trámite para mejorarlo." (De las excepciones previas y de mérito.- J. Ramón Ortega R.- Pag. 6a. Editorial Temis 1.984).

De esta manera, se procederá en esta audiencia a resolver la excepción de PRESCRIPCION propuesta, viable para este tipo de procesos al tenor del art. 509 del C.P.C., numeral 2o., aplicable en estos casos en virtud del principio de integración.

Al tema de la prescripción bien vale citar al profesor Guillermo González Charry, en su obra "Derecho Individual del Trabajo" 7a. Edición, 1.991, así:

"En lo atinente a las acciones para el reclamo de prestaciones propiamente dichas, ante la inexistencia de norma expresa que se refiera a la generalidad de ellas, la jurisprudencia aplicó los principios del Código Civil, con excepción de lo referente a la indemnización por accidentes de trabajo, la cual se fijó primeramente en un año por la Ley 57 de 1.915 (art. 17), y luego en cuatro por la Ley 165 de 1.941, ya mencionada.

"Esos principios señalan un término de veinte años para las acciones ordinarias y de diez para las ejecutivas, y su aplicación se mantuvo hasta la expedición del Código Procesal del Trabajo, en 1.948, cuando en razón de los términos del artículo 151, ya analizado, se concluyó que, concordando esa norma con el Art. 2o. del mismo estatuto, la prescripción cobija tanto las acciones ordinarias como a las ejecutivas. Puede, pues, afirmarse que, en la actualidad, las normas de los dos



Códigos laborales, el Sustantivo y el Procesal, unifican el término de la prescripción para las dos clases de acciones, afirmando en esta forma el principio aceptado de que en materias sociales la prescripción debe ser de corto tiempo.”

Como se aprecia, el tratadista citado, en argumentación que la Sala acoge, estima que el término de prescripción para intentar la acción ejecutiva es de tres años, agregándose por el Tribunal que dicho término también cabe para casos como el hoy a exámen, toda vez que se trata de un proceso ejecutivo laboral cuyo título base de recaudo obedece a un acta de conciliación celebrada ante la inspección del trabajo el día 11 de mayo de 2000, obligándose al pago el 17 de julio de 2000, folio 9, presentándose la demanda a Reparto el 30 de octubre de 2001 fl 12, librándose mandamiento de pago el 1 de marzo de 2002 fl 15, notificado por estado el 05 de marzo de 2002 fl 16 vto, notificando personalmente al demandado de dicho auto el 22 de abril de 05 fl 53, esto es superado con creces el término concedido en el art. 90 del C.P.C, lo que permite considerar que la eventual interrupción de la prescripción operaria en la fecha en que se notificó personalmente al ejecutado fl 53, no existiendo prueba acerca de interrupción anterior, pues como el sabe, ello procede por una sola vez.

De esta manera, si el título base de ejecución data del 11 de mayo de 2000, y su exigibilidad del 17 de julio de ese año, es claro que para el 22 de abril de 2005 estaba más que vencido el término trienal de la prescripción, lapso que tal como se consigne es el aceptado para los efectos de casos como hoy en estudio, y no el señalado por el impugnante.

(...)



CASO N° 24 – 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

24.1. 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

Acta No. 43

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil seis (2006).

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado judicial del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** contra la sentencia proferida por la Sala Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar el 29 de noviembre de 2004 aclarada el 10 de febrero de 2005, en el proceso promovido contra la entidad recurrente por **ALFONSO ELÍAS PÉREZ PARODY**.

(...)

I.- CONSIDERACIONES DE LA CORTE.-

El Tribunal entendió que como fallador de segundo grado tenía facultad plena para pronunciarse en el *sub lite*, en virtud de que ambas partes habían apelado del fallo de primer grado, y en su razonamiento dio aplicación al artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el Decreto 2282 de 1989.

Para la Sala yerra el Tribunal al asumir competencia funcional completa de revisión de la totalidad del objeto del litigio, desbordando la que le corresponde según las reglas que gobiernan el recurso de apelación en la jurisdicción laboral, que son precisas en circunscribirla a las materias respecto de las cuales el apelante o los apelantes hayan manifestado inconformidad y cumplido con la carga procesal de fundamentar sus reparos.



La Sala ha asentado la tesis según la cual:

"Con la expedición de la Ley 712 de 2001, varió sustancialmente la situación, pues de acuerdo con el nuevo texto, es a las parte 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.

En el *sub lite* el demandante había reclamado por 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 2^a 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.

Por lo dicho, el cargo prospera y el fallo del Tribunal será parcialmente casado en cuanto modificó y adicionó los literales c) y d) del numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia del Juzgado, y en cuanto la adicionó fulminado condena por cotizaciones por pensión, corrección monetaria por ese concepto, cotizaciones por salud y la corrección monetaria de ese valor.

Dadas las resultas de esta acusación, la Corte queda eximida de abordar el estudio de los cargos segundo y tercero que perseguían el propósito alcanzado.

En instancia bastan las consideraciones expuestas con ocasión del recurso extraordinario para confirmar la decisión de primer grado en su integridad.

(...)

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO
GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA**

**Magistrado Ponente: EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS
Radicación N° 26936**

Aunque comarto la decisión adoptada en ese caso, me separo del razonamiento expuesto en la sentencia según el cual respecto de una condena por indexación e intereses debe haber una formulación expresa en la sustentación del recurso de apelación.

No comarto el anterior discernimiento porque cuando el recurrente en apelación ataca la condena principal, tal actuación es suficiente para que en segunda instancia se estudie las que les son accesorias, pues en el evento de ser aquella revocada, ello trae consigo también la pérdida de sustento jurídico de las condenas consecuenciales.

Estimo por lo tanto que el criterio del que me separo supone una inteligencia equivocada del principio consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal del



Trabajo y de la Seguridad Social, pues si bien es cierto que la cabal utilización de ese principio exige que la sentencia de segundo grado se halle en consonancia con la materia objeto del recurso de apelación, no puede llevar a extremos tan rigurosos como el de exigir que, aparte de solicitarse la revocatoria de una condena, se deba hacer lo mismo de manera independiente respecto de las que le son accesorias, pues esa es una distorsión de la regla contenida en la aludida disposición que hace en exceso formalista la apelación de las sentencias de primer grado.

Por considerar que el entendimiento jurídico acertado sobre el tema es el expuesto por la Sala en la sentencia del 28 de abril de 2000, radicación 13644, trascibo 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 2^a 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 escapan 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 disentimiento, 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".

Fecha ut supra.

SALVAMENTO DE VOTO
DRA. ISAURA VARGAS DIAZ

Radicación No. 26936

Ref: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES VS. ALFONSO ELIAS PEREZ PARODY.

Con mi acostumbrado respeto, y de acuerdo con lo expresado al momento de debatir en Sala el presente asunto, me permito disentir de la posición adoptada en el fallo al resolver el primer cargo de la demanda de casación del Instituto de Seguros Sociales, en cuanto concluyó que el Tribunal incurrió en el error que imputa la censura, al haber asumido pronunciamiento de conocer sobre la totalidad de pretensiones objeto de litigio, al haber asentado *"Para la Sala yerra el Tribunal al asumir competencia funcional completa de revisión de la totalidad del objeto del litigio, desbordando la que le corresponde según las reglas que gobiernan el recurso de apelación en la jurisdicción laboral, que son precisas en circunscribirla a las materias respecto de las cuales el apelante hayan manifestado inconformidad y cumplido con la carga procesal de fundamentar sus reparos. (...) En el sub lite el demandante había reclamado por 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 (...) 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 ..."*; dado que, en mi sentir, tal y como lo afirmé en el debate, no asiste razón al recurrente al atribuir el error jurídico de los preceptos enunciados en la proposición jurídica, por ser indiscutible que si bien no fue objeto individualizado del recurso de apelación de la sentencia del *a quo*, en mí criterio considero que ello no impedía abordar su estudio por el Tribunal, por cuanto el recurrente de manera amplia y contundente impugnó la condena por la naturaleza jurídica otorgada al vínculo que unió a las partes, como génesis o matriz del todo, que en tales condiciones, en el evento de haber perdido su vigencia la categoría dada por el juez de primer grado de contrato de trabajo, por lógica tanto la indexación como los intereses, por tener íntima conexión y derivar su suerte de lo principal deberían haber corrido la misma suerte.



Sobre esta temática, relacionada con las facultades del superior al conocer del recurso de apelación y del entendimiento de la “*consonancia*”, del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, consigné mi criterio de disentimiento al pensamiento de la mayoría de la Sala en asunto de similares características (Rad. 24621 del 31-05-2006), así:

“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 accesoria 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 2^a 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 escapan 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 disentimiento, 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 'subjetiva' 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”

Por lo tanto, como ya precisé, no era indispensable que el instituto demandado individualizara argumentación y sustentación en el recurso de alzada, sobre los conceptos de indexación e intereses, por estar ellos comprendidos dentro de la impugnación de lo pretendido como principal -- la existencia de contrato de trabajo y las consecuencias obligacionales derivadas de él --, y por ende, el ataque en casación sí era viable.

Fecha ut supra.



24.2. DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL ARTÍCULO 35 (PARCIAL) DE LA LEY 712 DE 2001, "POR LA CUAL SE REFORMA EL CÓDIGO PROCESAL DEL TRABAJO"

Sentencia C-968/03 MP Dra CLARA INES VARGAS

(...)

I.TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

Se transcribe a continuación el texto de la norma acusada, artículo 35 de la Ley 712 de 2001, conforme a su publicación en el Diario Oficial N° 44.640 de 8 de diciembre de 2000, subrayando el segmento normativo impugnado:

LEY 712 DE 2001
(Diciembre 5)

Por la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

Artículo 35. *El artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social quedará así:*

Artículo 66 A. 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.

(...)

II. CONSIDERACIONES

(...)

2. Apelación y consulta en materia laboral.

En términos generales se ha dicho que el recurso de apelación forma parte de la garantía general y universal de impugnación que se reconoce a quienes han intervenido o están legitimados para intervenir en la causa para obtener la tutela de un interés jurídico propio, con el fin de que el juez de grado superior -ad quem- estudie la cuestión decidida y corrija los defectos, vicios o errores jurídicos del procedimiento o de la sentencia en que hubiere podido incurrir el a quo. Sentencia C-153 de 1995. MP Antonio Barrera Carbonell.

La apelación siempre se entiende interpuesta en lo desfavorable al recurrente. Sentencia C-583 de 1997. MP Carlos Gaviria Díaz, quien a través de este medio de impugnación, delimita el ámbito sobre el cual puede resolver el superior, (*tantum devolutum quantum appellatum*), quien se encuentra con una mayor restricción además, cuando se trata del caso de apelante único, pues no podrá desmejorar su situación. Además, el recurso debe ser sustentado por quien padece un perjuicio o invoca un agravio, ya que de lo contrario el juez tendría que declararlo desierto por falta de interés para recurrir.

Entonces, si la pretensión del apelante fija, en principio, el ámbito de competencia material del superior, es preciso que la providencia que desate dicho recurso sea congruente con ella; en otras palabras, la sentencia de segunda instancia deberá estar en *consonancia* con las materias objeto del recurso de apelación.

El Código Procesal del Trabajo consagra el recurso de apelación con la finalidad de que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o reforme. Según el artículo 66 de dicho Código, son 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, con arreglo al procedimiento allí establecido.

Conforme a lo dispuesto en la Ley 2^a de 1984, art. 57. Quien interponga el recurso de apelación en proceso civil, penal o laboral deberá sustentarlo por escrito ante el juez que haya proferido la decisión correspondiente, antes de que se venza el término para resolver la petición de apelación. Si el recurrente no sustenta la apelación en el término legal, el juez mediante auto que solo admite el recurso de reposición, lo declarará desierto. No obstante la parte interesada podrá recurrir de hecho. Sustentado oportunamente, se concederá el recurso y se enviará el proceso al superior para su conocimiento. Quien interpone el recurso de apelación en materia laboral debe sustentarlo por escrito, o verbalmente cuando la providencia se notifica en estrados, y por ende, la apelación haya de interponerse y concederse en el acto. Así lo ha considerado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Sent. Mar. 19/87, ante el juez que haya proferido la decisión correspondiente, antes de que se

venza el término para resolver la petición de apelación so pena de ser declarado desierto, obligación que tiene por finalidad que el juez de la alzada circunscriba su decisión a las materias sobre las cuales los litigantes estén inconformes, sustentación que no requiere ser especial por cuanto se trata de un recurso ordinario.

A diferencia de la apelación, la consulta no es un medio de impugnación sino una institución procesal en virtud de la cual el superior jerárquico del juez que ha dictado una providencia, en ejercicio de la competencia funcional de que está dotado, se encuentra habilitado para revisar o examinar oficiosamente, esto es, sin que medie petición o instancia de parte, la decisión adoptada en primera instancia, y de este modo corregir o enmendar los errores jurídicos de que ésta adolezca, con miras a lograr la certeza jurídica y el juzgamiento justo, lo cual significa que la competencia funcional del superior que conoce de la consulta es automática, porque no requiere para que pueda conocer de la revisión del asunto de una petición o de un acto procesal de la parte en cuyo favor ha sido instituida Sentencia C-153 de 1995 MP Antonio Barrera Carbonel.

La consulta es un mecanismo *ope legis*, esto es, opera por ministerio de la ley y, por tanto, suple la inactividad de la parte en cuyo favor ha sido instituida cuando no se interpone por ésta el recurso de apelación, aunque en materia laboral el estatuto procesal respectivo la hace obligatoria tratándose de entidades públicas. Además, la consulta está consagrada en los estatutos procesales generalmente con base en motivos de interés público con el objeto de proteger a la parte más débil en la relación jurídica que se trató Sentencia C-055 de 1993 MP José Gregorio Hernández Galindo.

La jurisprudencia constitucional ha expresado que la consulta no es un auténtico recurso sino un *grado jurisdiccional* que habilita al superior jerárquico para revisar la legalidad de algunas providencias, por mandato de la ley y sin que medie impugnación por parte del sujeto procesal que se considere agravado Sentencia C-449 de 1996 MP Vladimiro Naranjo Mesa. Por tal razón, el juez que conoce de la consulta cuenta con amplia competencia para examinar la actuación, no estando sujeto, por tanto, a límites como el de la *non reformatio in peju* Sentencias C-055 de 1993 MP José Gregorio Hernández y C-583 de 1997 MP Carlos Gaviria Díaz. Además ha precisado que aún cuando la consulta tiene un vínculo especial con el debido proceso y el derecho de defensa, este no es de carácter necesario e inescindible, por lo cual su ausencia no acarrea indefectiblemente la vulneración de tales derechos, como tampoco vulnera la Carta el señalamiento de diversos requisitos de procedibilidad y las distintas finalidades con las cuales haya sido instituida la consulta, siempre y cuando respondan a supuestos de hecho disímiles y puedan ser justificados objetivamente Sentencia C-090 de 2002 MP Eduardo Montealegre Lynett.



En materia laboral, la consulta se encuentra regulada en el artículo 69 del CPT en los siguientes términos:

"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, 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.

Como puede apreciarse, la consulta se halla instituida para la protección de los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles del trabajador que, a manera de principios básicos, contiene el artículo 53 de la Carta Política, pues este grado jurisdiccional opera cuando las sentencias de primera instancia *"fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador"*, siempre y cuando dichas providencias no hayan sido apeladas. Así mismo, la consulta persigue la defensa de los bienes públicos ya que procede frente a esas mismas providencias cuando fueren adversas, total o parcialmente, a la Nación, al departamento y al municipio, evento en el cual no está condicionada a que se haya interpuesto el recurso de apelación.

Así regulada la consulta en materia laboral, se erige como un instituto procesal independiente de los recursos propiamente dichos, tanto que puede llegar a afirmarse que representa algo más que un factor de competencia, ya que propende por la realización de objetivos superiores como son la consecución de un orden justo y la prevalencia del derecho sustancial. Así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional al afirmar que *"si la consulta la ubica el legislador dentro de la jurisdicción y no dentro de la competencia, quiere decir eso que la integra como elemento esencial de la administración de justicia, de la potestad de juzgar, con los elementos propios de la jurisdicción uno de los cuales es la NOTIO, es decir la flexibilidad necesaria para ordenar y dirigir la actuación, "ordenatio judicii". Dentro de la actual Constitución Política, ello significa la búsqueda de un orden justo y la prevalencia de lo sustancial sobre lo simplemente procesal. Se puede afirmar también que al quedar ubicada la consulta en materia laboral dentro de la jurisdicción, eso implica un verdadero amparo para determinadas entidades de derecho público y para el trabajador a quien la decisión de un juez de primera instancia le desconoce la totalidad de la "causa petendi"...* Sentencia T-473 de 1996 MP Alejandro Martínez Caballero

3. Análisis de los cargos

Las acusaciones que proponen los demandantes se refieren al presunto desconocimiento, por parte de la preceptiva acusada, de la garantía de irrenunciabilidad del mínimo de derechos establecidos en favor de los trabajadores (CP art. 53), y del principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades consagradas en la ley procesal (CP art. 228). Respecto a la primera de estas acusaciones, sostienen los accionantes que la exigencia de que el fallo de segunda instancia esté en consonancia con las materias que fueron objeto de la apelación impide que el superior se pueda pronunciar sobre derechos laborales que aún cuando no fueron ventilados en el recurso el trabajador tiene derecho a ellos en virtud de su carácter irrenunciable. Y en cuanto hace a la segunda, estiman que en virtud del principio procesal de la consonancia se sacrifican los derechos sustanciales de los trabajadores representados en el mínimo de garantías irrenunciables.

Aducen los accionantes también que el artículo 35 de la Ley 712, en lo acusado, vulnera el principio de igualdad, ya que al exigir que la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, impide que el superior que conoce del recurso de alzada pueda proferir fallos ultra y extrapetita, colocando en situación de desigualdad procesal al apelante respecto del trabajador en cuyo favor se tramita una consulta, pues en éste último evento el juez puede pronunciarse sobre todos los aspectos que conforman la demanda, sin limitación alguna.

La Constitución Política consagra en el artículo 53, como garantía mínima fundamental en materia laboral, el principio de *irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales* que, en opinión de la Corte, “refleja el sentido reivindicatorio y proteccionista que para el empleado tiene el derecho laboral. De suerte que los logros alcanzados en su favor, no pueden ni voluntaria, ni forzosamente, por mandato legal, ser objeto de renuncia obligatoria” *Sentencia C-356 de 1994 MP Fabio Morón Díaz*. En efecto, dicho principio se inspira en el carácter esencialmente tuitivo de la normatividad laboral, orientada como ninguna otra, a proteger al trabajador de los eventuales abusos de que pueda ser objeto, para lo cual lo rodea de una serie de derechos y garantías que se consideran indispensables a fin de asegurarle un mínimo de bienestar individual y familiar que consulte la dignidad humana. De ahí que las disposiciones legales que regulan el trabajo humano sean de orden público, y que los derechos y prerrogativas en ellas reconocidos estén sustraídos a la autonomía de la voluntad privada, por lo que no son disponibles salvo los casos exceptuados por la ley (C.S.T, art. 14). En razón de lo anterior, la efectividad de este principio no es un asunto que sólo concierne al trabajador, sino que también compromete a los empleadores, al legislador y demás autoridades, incluyendo las encargadas de impartir justicia en materia laboral.

Por su parte, el artículo 228 Superior establece el principio de la prevalencia del derecho sustancial con el cual se está reconociendo *“que el fin de la actividad estatal en general, y de los procedimientos judiciales en particular, es la realización de los derechos consagrados en abstracto por el derecho objetivo. En esa medida, dicha prevalencia del derecho sustancial significa que el proceso es un medio y que, por lo mismo, las normas procesales deben aplicarse con un fin, consistente en la realización de los derechos reconocidos en la ley sustancial”* *Sentencia C-646 de 2002 MP Alvaro Tafur Gálvis.*

Estas dos garantías a las que se ha hecho mención están sujetas en su desarrollo a las previsiones que adopte el legislador, como aquella posibilidad extraordinaria que otorgó al juez laboral respecto a las pretensiones formuladas, para ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezcan que estas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, siempre y cuando no hayan sido pagadas, según así claramente lo dispone el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo.

La Corte Constitucional, en sentencia C-662 de 1998, al estudiar la constitucionalidad de dicho artículo 50, lo encontró ajustado a la Constitución, salvo en cuanto le otorgaba dicha facultad solo al juez de primera instancia y no al de única, y por ello declaró inexistente la expresión *“de primera instancia”*. Lo anterior con fundamento en que *la norma acusada hace vigente el fin esencial del Estado tendiente a garantizar la efectividad de los principios y derechos consagrados constitucional y legalmente a las personas (C.P., art. 2), como sería el de la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales (C.P., art. 53), así como los derechos que de ahí se derivan, con garantía al acceso a la administración de justicia (C.P., art. 229), bajo una perspectiva de decisión judicial que a todas luces está en consonancia con la normatividad constitucional vigente. Además por cuanto, respecto de los derechos laborales, las prerrogativas y beneficios mínimos con carácter irrenunciable, derivados de una relación de trabajo (C.S.T., art. 14), en virtud del carácter de orden público que representan de acuerdo con los principios constitucionales, significa que el juez que resuelve esa clase de conflictos, cuenta con cierta libertad para asegurar su reconocimiento, mediante el ejercicio de una atribución que le permite hacer efectiva la protección especial de la cual gozan los trabajadores, frente a sus propias pretensiones y a la realidad procesal.*

Más sin embargo la Corte aclaró en la citada providencia, que el ejercicio de la mencionada potestad que tienen los jueces laborales no es absoluta, pues presenta como límites el cumplimiento de las siguientes condiciones: i) que los hechos en que se sustenta se hayan



debatido dentro del proceso con la plenitud de las formas legales, ii) que los mismos estén debidamente probados.

En el segmento normativo bajo revisión, el legislador determinó que la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las materias que hayan sido objeto del recurso de apelación. A primera vista tal determinación parecería que no desconoce los principios superiores antes enunciados pues, como ya lo ha precisado esta Corte, la consonancia es un efecto propio y particular de las decisiones que resuelven la apelación, en el sentido que ellas deben ser acordes con las materias que son objeto del recurso dado que éste ha sido instituido para favorecer el interés del recurrente, que tratándose del trabajador, se supone que lo interpone precisamente para propugnar por la vigencia y efectividad de sus derechos y garantías laborales mínimas e irrenunciables que considera conculcadas por el sentenciador de primer grado. En este sentido, también es de suponer que el trámite procesal que se le imprime al recurso está orientado a hacer efectivos esos derechos y garantías.

Pero qué sucedería en el evento en que el juez de primera instancia deje de reconocer beneficios mínimos irrenunciables a que tiene derecho el trabajador, debatidos dentro del proceso con la plenitud de las formas legales y debidamente probados, y el recurrente al interponer el recurso de apelación no repara en ellos y no lo sustenta debidamente de modo que deja de reclamar ante el superior sobre tales derechos laborales. ¿En tal hipótesis debe el juez laboral que dicta sentencia de segunda instancia ceñirse al mandato de la norma acusada que le exige guardar consonancia con la materia objeto del recurso?

Indudablemente en la situación que se plantea el sentenciador de segundo grado podría abstenerse de pronunciarse sobre derechos y garantías mínimas del trabajador que no le fueron reconocidos por la sentencia apelada, ya que la exégesis del precepto bajo revisión lo obliga a ceñirse a *la materia* del recurso de apelación, impidiéndole extender su decisión a aspectos diferentes. Además el juez puede argüir que en tal situación el apelante está indicando tácitamente su conformidad con los aspectos no apelados de la sentencia de primer grado.

Sin embargo, para la Corte tal interpretación no se aviene con el Ordenamiento Superior, pues evidentemente comporta no sólo un flagrante desconocimiento del principio de irrenunciabledad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales que consagra el artículo 53 Superior, sino también del principio de la prevalencia del derecho sustancial que, según se explicó, le impone al juez laboral, como director del proceso, el deber de aplicar las normas procesales para hacer efectivos los derechos de quienes intervienen en el proceso, especialmente los derechos de los trabajadores.



Por lo tanto el principio 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. 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 Sentencia C-128 de 2002 MP Eduardo Montealegre Lynett.

Lo anterior no significa que el juez de segunda instancia pueda adicionar o extender un fallo en el cual ya ha utilizado el a-quo la facultad extra o ultra petita. Por lo tanto, cuando un fallo de primera instancia, sea revisado por el superior, en virtud del recurso de apelación, éste *puede confirmar una decisión extra petita de la primera instancia, si ella es acertada, o revocarla en caso contrario, o modificarla reduciéndola si el yerro del inferior así lo impone, decisión que no puede ser aumentada ya que, de lo contrario, sería superar el ejercicio de la facultad, llevarla más allá de donde la ejercitó el a-quo y esto no le está permitido al ad-quem, ni tampoco agravarla en vigencia del principio procesal de la no reformatio in pejus, garantía constitucional que hace parte del derecho fundamental al debido proceso (C.P., arts. 29 y 31) Sentencia C-662 de 1998 MP Hernando Herrera Vergara..*

Debe tenerse en cuenta, que si bien tanto la consulta como la apelación son figuras jurídicas diferentes, pues el grado jurisdiccional de consulta no opera a iniciativa de la parte afectada sino automáticamente por mandato legal, con el fin de evitar fallos que puedan afectar los derechos de los trabajadores o el patrimonio público, lo cual justifica que el superior cuente con un amplio margen para resolver, y tratándose del recurso de apelación éste un medio de impugnación establecido en favor de quien se considera afectado por una resolución judicial a fin de que el superior jerárquico la modifique, aclare o revoque, correspondiéndolo a éste determinar las pretensiones de su recurso, materias éstas que delimitan la competencia del superior quien no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, “salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla” (CPC art. 357), y por lo tanto, en apariencia no se vulneraría el derecho a la igualdad, no es menos cierto que, la facultad del reconocimiento de beneficios mínimos irrenunciables del trabajador no concedidos en primera instancia no puede ser una facultad exclusiva de la consulta, según la cual, el superior adquiere plena

competencia para revisar íntegramente la actuación con el fin de reparar los posibles yerros en los que ha incurrido el a quo, y por lo tanto debe emitir un pronunciamiento como si fuese el juez de primera instancia pudiendo en consecuencia ejercer la atribución que al sentenciador del primer grado confiere el artículo 50 del CPArtículo 50.-Extra y ultra petita. El juez (de primera instancia) podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas". Nota: mediante Sentencia C-662 del 12 de noviembre de 1998 la Corte Constitucional declaró inexistente la frase entre paréntesis.

para fallar extra y ultra petita, bajo las condiciones allí establecidas que consisten en que los hechos en que se sustenta se hayan debatido dentro del proceso con la plenitud de las formas legales y que los mismos estén debidamente probados.

La interposición del recurso de apelación en materia laboral y su delimitación a las materias que perjudican al trabajador, no puede entenderse excluyente de aquellos derechos mínimos irrenunciables no concedidos en la primera instancia, pues a través de este mecanismo no puede el trabajador de manera voluntaria renunciar a ellos, pues por esta vía perdería efectividad la protección especial de la cual gozan todos los trabajadores.

En consecuencia, para la Corte las expresiones "*la sentencia de segunda instancia*", "*deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*" del artículo 35 de la Ley 712 de 2002, se ajustan a la Constitución, en el entendido que las materias objeto del recurso de apelación incluyen siempre los derechos laborales mínimos irrenunciables del trabajador. Interpretado de esta forma el segmento normativo acusado del artículo 35 de la Ley 712 de 2002 se hacen efectivos los derechos y garantías mínimas irrenunciables del trabajador que ampara el Ordenamiento Superior. Vale observar que esta interpretación se identifica con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, que al referirse a la exigencia legal de sustentar la alzada, ha señalado que el juez de la apelación no pierde competencia para decidir sobre aspectos de la resolución de su inferior que no contienen la sustentación adecuada: "La apelación es un recurso ordinario y esta sola circunstancia descarta la posibilidad de exigir una sustentación especial, o sea una que, como la del recurso extraordinario, sea la adecuada por asumir forzosamente el impugnante la necesidad de romper la presunción de legalidad que ampara la providencia que censura. En la apelación lo mismo que en la reposición, el juez de alzada no está sometido a los argumentos que aduce el recurrente y desde luego conserva su propia iniciativa para fundamentar con independencia de aquéllos los motivos que informen la decisión del recurso de apelación. Esta circunstancia no varió con la expedición del artículo 57 de la Ley 2^a de 1984 que se introdujo al proceso

para impedir el ejercicio abusivo del recurso, pero para alcanzar ese fin se limitó a imponer la carga de la sustentación sin adicionarle el cumplimiento de requisitos especiales y sin excluir de la competencia funcional del superior la decisión sobre asuntos que, no obstante estar impugnados no registrarán todas las razones o motivos de la inconformidad del recurrente. Ello es así, porque la norma establece que quien interponga el recurso de apelación deberá sustentarlo por escrito ante el juez que haya proferido la decisión correspondiente antes de que venza el término para resolver la petición de la apelación, de modo que si el recurrente no sustenta la apelación oportunamente, el juez, mediante auto susceptible del recurso de reposición lo declarará desierto, y en el caso concreto lo concederá y enviará el proceso a su superior. Por esto, y porque realmente la norma no impone la necesidad de una fundamentación reglada, la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que el artículo 57 de la Ley 2^a de 1984 obliga a sustentar el recurso de apelación con el fin de que el Juez de la alzada circunscriba su decisión a las materias sobre las que los litigantes estén inconformes, lo que no significa que haya desistimiento de la impugnación porque se pasen por alto algunos de los motivos de inconformidad con la providencia de la primera instancia y que el juez de la apelación pierda competencia para decidir sobre aspectos de la resolución de su inferior que no contenga la sustentación adecuada" Sentencia del 19 de diciembre de 1995 (Rdo. 7954). Doctrina reiterada en las sentencias del 24 de noviembre de 1998 la H. Corte (Rdo. 10.810) y en la Sentencia del 9 de mayo de 2002 (Rdo. 13649).

Entendimiento de la norma acorde con la Constitución que no desarticula el diseño legal de la apelación y la consulta, y tampoco desconoce los derechos fundamentales de defensa y contradicción de quienes intervienen en el proceso, ya que en dicha hipótesis el juez de grado superior que resuelve la apelación al quedar habilitado para pronunciarse sobre derechos mínimos irrenunciables que no fueron concedidos en primera instancia, debe hacerlo bajo el supuesto que los hechos que le sirven de soporte hayan sido debatidos y probados en el proceso de acuerdo con los preceptos legales respectivos. Y si bien el grado jurisdiccional de consulta fue instituido a favor del trabajador cuyas pretensiones fueron totalmente adversas al trabajador, si no fuere apelada, en materia laboral debe entenderse que el recurso de apelación incluye siempre para el trabajador sus derechos mínimos irrenunciables. Sería contrario a la Constitución, entender que la utilización de un mecanismo legítimo de defensa tuviera un efecto perverso respecto del trabajador que por cualquier circunstancia no incluyó en su recurso de apelación o no lo sustentó debidamente, el reconocimiento de sus derechos mínimos irrenunciables, y que la vía del recurso de apelación sirviera como un mecanismo para desconocer la protección especial respecto de aquellos derechos. No puede entenderse bajo ninguna circunstancia que el trabajador, por el hecho de apelar la sentencia, renuncia de aquellos beneficios mínimos no aducidos en tal recurso, pues se insiste, ella delimita todos los demás derechos reclamados pero no puede excluir los irrenunciables.



Por lo tanto, y por las razones expuestas, la Corte declarará exequibles las expresiones “*la sentencia de segunda instancia*”, “*deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*” del artículo 35 de la Ley 712 de 2002 en el entendido que las materias objeto del recurso de apelación incluyen siempre los derechos mínimos irrenunciables del trabajador.

(...)

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

25.1. 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

DR. LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ
Magistrado Ponente

Radicación No. 30667
Acta No. 96

Bogotá D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil siete (2007).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por **AMBAS PARTES** contra la sentencia del 31 de marzo de 2006, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso adelantado por **GRISELDA YEPES DE GAVIRIA** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, en el cual fue llamada como tercero ad excludendum la señora **GRACIELA PLAZAS**, como cónyuge del causante Rafael Antonio Rojas Gómez.

(...)

...SE CONSIDERA

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 1º 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.

Por tanto, el reproche de la opositora Graciela Plaza de Rojas, es infundado.

(...)



25.2. 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

Acta No. 96

Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil siete (2007).

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** contra la sentencia de fecha 9 de mayo de 2006 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en el proceso ordinario laboral promovido por **CLAUDIA PATRICIA VILLAMIZAR BUENDIA** contra el recurrente..

(...)

El demandado en la contestación de la demanda precisó que nunca existió relación laboral alguna con la demandante. Propuso las excepciones perentorias de carácter de servidor público, autonomía en la prestación del servicio, ausencia de subordinación, ausencia absoluta de relación laboral, falta de causa para demandar, carencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, contrato de prestación de servicios personales, principio de dirección, regulación y control estatal de los servicios públicos, principio de unilateralidad del Estado en el cumplimiento del objeto contractual, principio de la buena fe contractual, improcedencia aplicación convención colectiva de trabajo y legalidad de lo actuado.

Mediante sentencia del 9 de diciembre de 2005 el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, absolví al demandado de todos los cargos impetrados en la demanda y se abstuvo de condenar en costas a la demandante.



I-. SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Al decidir la apelación interpuesta por el apoderado del demandado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en sentencia del 9 de mayo del 2006, revocó el fallo del juzgado y en su lugar condenó al demandado a pagar la suma de \$1'460.825,25 por concepto de cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios, prima adicional de servicio, vacaciones, auxilio de transporte y la suma de \$20.466,00 diarios a partir del 1 de junio de 2001 y hasta cuando se hagan efectivas las condenas, por indemnización moratoria.

(...)

II-. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En atención a que los dos cargos se orientan por la misma vía, se acusan las mismas normas y tienen idéntico fin, la Sala procede a su estudio y decisión de manera conjunta.

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).

En consecuencia los cargos primero y segundo no prosperan.

(...)



CASO N° 26 – FUERO SINDICAL. CONCILIACIÓN. NOTIFICACION AL SINDICATO

Arturo Casablanco 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. Casablanco 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. Casablanco y la empresa, o debe involucrarse para esos efectos al sindicato?



DECISIONES JUDICIALES

Sentencia C-240/05 – M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

26.1. 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 DE 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 inexistencia de 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.

(...)

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

(...)

1. Lo que se debate.

Conforme a lo expuesto, ha de decidirse por la Corte en este caso si la expresión “podrá” contenida en el inciso 1º del artículo 118-B introducido al Código de Procedimiento Laboral por el artículo 50 de la Ley 712 de 2001 viola la Constitución en cuanto establece una intervención potestativa de las organizaciones sindicales en los procesos sobre fuero sindical, o, si por el contrario esta norma se ajusta a la Constitución Política sin quebrantar por ello lo dispuesto en los artículos 2, 29, 39 y 228 de la Carta.

De otro lado habrá de establecerse por la Corte si la autorización de notificar el auto admisorio de la demanda en procesos de fuero sindical por el medio que el juez considere más expedito y eficaz, se ajusta a la Constitución o, si por el contrario se vulnera el artículo 29 de la Carta por no establecer como obligatoria la notificación personal al representante legal de la respectiva organización sindical; y, del mismo modo, habrá de analizarse si la autorización a la organización sindical para efectuar en los procesos de fuero sindical los mismos actos permitidos para el trabajador aforado, salvo la disposición del derecho en litigio riñe con las normas constitucionales sobre la protección al derecho de asociación sindical y a la libertad sindical que se garantiza por el artículo 39 de la Constitución.

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 desprendera 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 inelutitable: 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"*.

3. Los procesos sobre fuero sindical y la participación de las organizaciones sindicales en los mismos conforme a la Constitución.

4.1. *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 admsorio 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 admsorio 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 fero 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 inexistencia 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.

(...)



26.2. CONCILIACION 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.

1- 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 sindicatos³¹.

2- Conforme a lo anterior, esta Corporación coincide con el actor y con varios intervenientes 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 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"³². Posteriormente esta Corporación reiteró

³¹ 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.

³² Sentencia T-297 de 1994. MP Antonio Barrera Carbonell.



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”³³.

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 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

³³ Sentencia C-710 de 1996. MP Jorge Arango Mejía. Consideración de la Corte 12.



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.³⁴” 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”³⁵. 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 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”.

³⁴ Sentencia C-165 de 1993. MP Carlos Gaviria Díaz, criterio reiterado en la sentencia C-160 de 1999.

³⁵ Sentencia C-163 de 1999, MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento No 4.



5- Conforme a lo anterior, parece entonces problemático que una sentencia de inexequibilidad 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 inexequible". 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 fero, "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 fero 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 fero 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 inexequibles, 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 constitucional³⁶. 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

³⁶ Ver, en particular, las sentencias C-109 de 1995 y C-112 de 2000.



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:

"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 más 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° 27 – 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

27.1. 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)**

(...)

SENTENCIA

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 término 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.

(...)



27.2. 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

En Guadalajara de Buga, a los veinticuatro (24) días del mes de abril del año dos mil ocho (2008), (...)

**1. MOTIVACIONES
EL AUTO APELADO Y SUS MOTIVACIONES**

El despacho de instancia para su decisión, argumentó que el Art. 118 del C.S.T. regula lo atinente a la prescripción de la acción del fuero sindical, estableciendo para el empleador dos momentos desde los cuales se debe contar el término prescriptivo, uno es desde que tuvo conocimiento del hecho que se invoca como justa causa y el otro es cuando se haya agotado el procedimiento convencional o reglamentario; que el fundamento del accionado, es que la demanda se presentó por fuera del término previsto en la primera opción.

Estimó también el *a-quo* que, no se podía “cercenar” la posibilidad de contar el término de la prescripción desde que se agota el procedimiento convencional, ya que la norma hace el enlace a través de la conjunción disyuntiva “O”, es decir que se puede optar por cualquiera de las dos, definiendo que en el presente caso el agotamiento del trámite convencional opera desde el momento en que el Sindicato notifica al empleador de la elección de la Junta Directiva en la que se encuentra la accionada.



Señaló también el juez de conocimiento que, a folio 76 del plenario obra comunicación del 7 de noviembre de 2006, dirigida al Gerente Liquidador de la accionante, hecha por el presidente de la Junta Directiva del Sindicato de Industria de Empleados Bancarios (SIEB), en la que informa los nuevos miembros de la Junta Directiva Nacional, entre los cuales se encontraba la demandada, por lo que es desde esa fecha que se debe contar el término prescriptivo y si se atiende a que la demanda fue presentada el 4 de diciembre de 2007, era evidente que el término para demandar no había vencido.

Añadió el *a-quó*, que como no existe duda sobre la determinación del momento desde el cual corre la prescripción, tampoco no es posible que prospere la excepción previa estudiada, ya que no se ajusta a lo establecido en el Art. 32 del C.P.T.S.S (fls. 52 vto. a 53).

EL RECURSO DE REPOSICIÓN Y APELACIÓN Y SUS MOTIVOS

Inconforme la parte accionada con la anterior providencia, interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación en su contra, fundamentándolos en que, la Ley procesal es muy clara al establecer que el término de la prescripción comienza a correr desde que se conoce la existencia de las razones que justifican el levantamiento del fuero sindical, que en este caso es el decreto 610 del 7 de marzo de 2005, o en gracia de discusión, la fecha de posesión del liquidador que es el 8 de marzo de 2005, pero no esta contemplado que el trabajador haya participado en una asamblea sindical y haya resultado reelecto, pensar de esa manera equivale a decir que los Sindicatos justifican los despidos; que no se puede interpretar de la manera como lo hace el Banco, que la prescripción cuenta desde que el trabajador fue elegido o reelegido como directivo del Sindicato, por lo que solicita se revoque la decisión de instancia.

DE LA REPOSICIÓN Y SUS FUNDAMENTOS

Para resolver el recurso de reposición parte el despacho de instancia por establecer que, se mantiene en los esbozos presentados en la providencia que declaró no probada la excepción de prescripción y reiterándose en esos planteamientos adujo que el Art. 188 del C.P.T.S.S., determina las oportunidades en las que se empieza a contar el término de prescripción de las acciones que emanan del fuero sindical, el cual es de dos meses, para el trabajador desde el despido, traslado o desmejora y para el empleador en la fecha en que tuvo conocimiento de la justa causa que invoca o cuando se haya agotado el trámite convencional o reglamentario, pero dicha norma no dice que se pueda contar desde el momento de la posesión del Gerente liquidador y al no encontrar norma que indique lo contrario, no se puede acceder a la revocatoria (fls. 191 vto.)



Concedido el recurso por el juzgado, al arribo de las diligencias a esta Sala, se corrió traslado a las partes por cinco días conforme lo dispone el Art. 85 Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 42 de la ley 712/01, sin que hubieran emitido pronunciamiento alguno y una vez tramitada la segunda instancia, procede la Sala proferir la decisión que corresponda y a ello se encamina, no sin antes hacer alusión a unas breves pero necesarias,

2. CONSIDERACIONES

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 6º. 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 está 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 2006 (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 fijación 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 está permitido”* y que tiene por pareja el siguiente principio: *“A lo imposible no está obligado nadie”*. En estos dos casos no se trata de necesidad y de imposibilidad lógica, sino de situaciones que derivan *“de la naturaleza de las cosas”*.

En el caso que nos ocupa, la acción formulada por la parte demandante aún no se hallaba prescrita cuando se presentó la demanda, pues como sé indicó, 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 presentó la demanda, es decir, que no se superó el límite 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 fero 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 planteado³⁷, 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 fero 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.

³⁷ Proceso especial de fero sindical en acción de permiso para despedir del Banco Cafetero S.A. en Liquidación contra Julián Augusto Restrepo Gutiérrez. Radicación interna No. 2007-01118.



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 acompaña 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 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.

Es todo.

27.3. 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 reestructuré 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 ejecutiva. Todas fueron negadas por el juez de primera instancia. La decisión fue apelada y 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 funcionarías 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 presentada 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:

¹ En este y en los dos casos que se mencionan a continuación salvó su voto el consejero Flavio Rodríguez Arce.



"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".

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 5º, del artículo 8º 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".

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.

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.

Desde sus primeras sentencias, la Corte Constitucional ha señalado cuan 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. 1º) 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. 1º, 2º, 6º, 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. 1º, 2º 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 hueras, 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

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 resolutiva se dispuso notificar la sentencia a la procuraduría para que investigara posibles responsabilidades disciplinarias por el incumplimiento de la orden judicial.



cosa juzgada. Si tales derechos 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 - fueno sindical.

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.

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.



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 resolutiva 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, además 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.

V. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

1. LEVANTAR la suspensión de términos decretada dentro del proceso.
2. REVOCAR el fallo de tutela dictado, el día 27 de septiembre de 2005, por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que denegó la protección impetrada. En su lugar, se CONCEDE el amparo de los derechos de los actores al debido proceso y al acceso a la justicia.
3. Advertir a la Gobernación de Casanare que, dentro de las dos (2) semanas siguientes a la notificación de esta sentencia, puede iniciar un proceso laboral ordinario con el fin de que el juez establezca si es imposible cumplir con la sentencia que ordena el reintegro y, en el caso de que esa sea su conclusión, fije la debida indemnización. 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.
4. DEJAR SIN EFECTO el auto dictado el 13 de julio de 2005 por el Tribunal Superior de Yopal y la providencia del Juzgado Laboral del Circuito de Yopal, del 27 de julio de 2005, que ordenó acatar la decisión del tribunal.
5. ORDENARLE al Departamento Administrativo de la Función Pública que le informe a los directivos de las entidades estatales que también en el marco de procesos de reestructuración administrativa es imperativo solicitar la autorización judicial para proceder a desvincular servidores públicos amparados por el fuero sindical.
6. Dar traslado de esta sentencia a la Procuraduría General de la Nación para que determine si hay lugar a iniciar procesos disciplinarios y de repetición contra los responsables de que los actores de este proceso de tutela hubieran sido desvinculados del servicio sin solicitar la respectiva autorización judicial.
7. Para garantizar la efectividad de la acción de tutela, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia notificará esta sentencia dentro de los cinco (5)



días siguientes a la recepción de la comunicación a la que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

8. Líbrese por la secretaría general las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase. (...)



CASO N° 28 – 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

28.1. ACTOS DE RETIRO O TRASLADO DE EMPLEADO PÚBLICO CON FUERO SINDICAL

ALCANCES DEL CONTROL QUE EJERCEN LAS JURISDICCIONES ORDINARIA Y CONTENCIOSAS

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 parágrafo 2^o, 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.

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".

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. 1º—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. 2º—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".

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 inexistente 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 1º 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 sujetos 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. 2º—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 1º: "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 decisivo 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 2º: "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 1º".

Son disposiciones del artículo 3º: "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 4º: "1. Los empleados públicos gozarán de protección adecuada contra todo acto de dis-

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 2º 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 ordenará su reintegro y

criminación 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 5º: "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 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 2º del Código Sustantivo del Trabajo. La norma en mención empezó a regir seis (6) meses después de su expedición.



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 plantea 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.

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 controvirtiendo las razones de conveniencia pública que se presumen rodearon la medida adoptada.

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.



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° 29 – 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 Marín 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 términos de la ley 584 del 2000 artículo 6º modificadorio del artículo 50 de 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

29.1. - 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 procedural, 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 la 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.

(...)

29.2. - 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 fueno 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

(...)



1. Solicitud

El señor Hermes Prada Valbuena, actuando en calidad de presidente y representante legal de la organización sindical denominada SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE INDUSTRIAL DE GASEOSAS., "SINTRAINDU", y el señor William Alfredo Navas Salguero, actuando a nombre propio, 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", presuntamente vulnerados el Ministerio de la Protección Social, representado por el señor ministro Diego Palacios Betancurt o por quien haga sus veces, y la empresa PANAMCO COLOMBIA S.A., representada por el señor Juan Carlos Jaramillo Muñoz.

Los hechos que, dicen, constituyen el alegado desconocimiento de derechos son los siguientes:

Hechos

1. PANAMCO COLOMBIA S.A. es una empresa privada cuyo objeto es la producción y distribución de gaseosas, jarabes, sodas, etc.
2. El 1° de julio de 2003, veintiocho trabajadores de la empresa INDUSTRIAL DE GASEOSAS S.A. fundaron una organización sindical de primer grado y de empresa denominada SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE INDUSTRIAL DE GASEOSAS S.A., SINTRAINDU. Ese mismo día se eligió la junta directiva, siendo designado como tesorero el señor William Alfredo Navas Salguero.
3. La fundación del sindicato fue comunicada a la empresa INDUSTRIAL DE GASEOSAS S.A., y el día ocho (8) de julio de 2003 se solicitó al Ministerio de la Protección Social la inscripción en el registro sindical.
4. El día 22 de julio de 2003, el Ministerio profirió un auto de objeciones. Los errores fueron subsanados dentro el término de ley.
5. El 3 de octubre de 2003, mediante Resolución 02524 de esa fecha, el Ministerio ordenó la inscripción de SINTRAINDU en el registro sindical, al igual que sus estatutos y junta directiva, incluido el señor William Alfredo Navas Salguero en el cargo de tesorero.
6. El día 28 de octubre de 2003, la empresa PANAMCO COLOMBIA S.A. interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación contra la Resolución anterior, los cuales fueron

resueltos negativamente mediante autos del 24 de noviembre y 31 de diciembre de 2003, respectivamente, quedando agotada la vía gubernativa.

7. El 1º de marzo de 2004, por fuera del horario de atención al público (5:27 P.M.), 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, una petición solicitando la revocatoria directa parcial de la Resolución 02524 del 3 de octubre de 2003.

8. La Coordinadora del Grupo de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Dirección Territorial de Cundinamarca del Ministerio de la Protección Social envió una comunicación a la sede del Sindicato, relativa a la actuación administrativa que se adelantaba, pero no permitió ver el expediente, alegando que era necesario acreditar la representación legal de la agremiación para poderlo conocer.

9. El Sindicato quiso ejercer el derecho de defensa, pero no le fue posible “por los extraños comportamientos de la funcionaria del Ministerio de la Protección social y la manera parcializada como actuó”.

10. El 19 de mayo de 2005, el Ministerio expidió la Resolución 1286 de esa fecha, en cuya parte resolutiva dispuso revocar la resolución número 025524 del tres (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 la organización sindical de primer grado y de industria denominada SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE INDUSTRIAL DE GASEOSAS S.A., SINTRAINDU. Advirtió, sin embargo, que la revocatoria anterior no significaba la cancelación del registro sindical de la referida organización, la que sólo procedía por la vía judicial.

11. 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”*. Además, en la parte motiva de la Resolución que ordenó la revocatoria, no se indicó la forma en que el Sindicato fue vinculado a la actuación administrativa. No se dio oportunidad para contradecir las pruebas, pues la organización gremial, conforme a lo dispuesto por el artículo 14 del C.C.A, debió



haber sido citada, no bastando una simple comunicación. Por lo anterior, no puede decirse que la actuación se haya adelantado con arreglo a la ley y a la Constitución.

12. 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.

13. Posteriormente se interpusieron en contra de la Resolución 1286 de 2005 los recursos procedentes por la vía gubernativa, los cuales fueron resueltos adversamente a las pretensiones de la organización sindical. El recurso de apelación fue desatado mediante resolución que sólo se vino a notificar al Sindicato el día 27 de julio de ese mismo año.

14. El día 26 de julio de 2005, PANAMCO COLOMBIA S.A. citó a una "*simulación*" de diligencia de descargos al señor William Alfredo Navas Salguero (diligencia a la que alude el artículo 15 de la Convención Colectiva), otorgándole cinco minutos para preparar la defensa. Durante ella no se permitió la intervención de la organización sindical.

15. Una vez finalizada la diligencia de descargos, el mismo día 26 de julio de 2005 el señor William Alfredo Navas Salguero fue despedido, a sabiendas de que, por gozar del fero sindical, para proceder al despido se requería autorización judicial.

16. El señor William Alfredo Navas Salguero venía desempeñando el cargo de tesorero en el sindicato SINTRAINDU, cargo que ocupó por más de dieciocho meses, es decir, había cumplido más de la mitad del período estatutario.

Argumentos de derecho:

Como fundamentos de derecho, los demandantes presentan los siguientes:

1. La revocatoria directa parcial era improcedente por estas razones:

a. La Resolución 02524 de 3 de octubre de 2003 había creado una situación particular y concreta a favor del señor William Alfredo Navas Salguero y de la organización sindical, que no podía ser revocada sino con el consentimiento expreso y escrito de los titulares de los respectivos derechos. En fundamento de esta opinión cita las Sentencias C-835 de 2003 y T-1184 de 2003, emanadas de esta Corporación.

b. Se habían interpuesto los recursos por la vía gubernativa, lo que hacía improcedente la revocatoria directa (Art. 70 del C.C.A.)

c. En cuanto a las presuntas ilegalidades que dieron pie a la revocatoria directa, y a las razones por las cuales ellas no eran relevantes, dice la demanda que estas fueron:

(i) Que el sindicato se fundó con veintisiete (27) trabajadores y no con veintiocho (28), lo cual resulta irrelevante pues el requisito mínimo son veinticinco (25) trabajadores (Art. 359 del C.S.T.); (ii) que se solicitó la inscripción de una organización sindical de empresa y no de industria; a este respecto afirman que un *lapsus calami* del funcionario administrativo hizo que el sindicato fuera escrito como de industria, pero que en el acta de fundación y en los estatutos no se habla de esta clase de sindicato; agregan que un error de un funcionario no puede acarrear responsabilidad para la organización; (iii) que se presentó una multiplicidad de afiliaciones; a este respecto indican que la misma Constitución Política permite la afiliación a varias organizaciones sindicales; además, dicen, la jurisprudencia de esta Corporación ha avalado esa posibilidad en las sentencias C-567 de 2000 y C-797 del mismo año; (iv) que es ilegal y abusivo del derecho que no se cobren aportes a los afiliados; sobre este punto indican que cae dentro de la autonomía sindical solicitarles o no a los patronos la retención de cuotas (Art. 400 C.S.T); agregan que la figura del abuso del derecho no se puede predicar de los derechos de naturaleza colectiva.

2. La Resolución 1286 de mayo de 2005 vulneró el debido proceso por que: (i) fue expedida en forma irregular, con desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa; además, con falsa motivación en la medida en que no se demostró la ilegalidad que alegaba el solicitante de la revocatoria; (ii) porque carece de motivación con arreglo a lo previsto por el artículo 35 del C.C.A., fue expedida con desviación de poder y en forma parcializada, al favorecerse exclusivamente los intereses de la sociedad PANAMCO COLOMBIA S.A.

3. El fuero sindical solamente se pierde *ipso facto* en dos circunstancias: cuando el directivo es expulsado del sindicato o cuando renuncia sin haber cumplido la mitad del período estatutario, situaciones que no se daban en el caso del señor William Alfredo Navas Salguero, despedido sin autorización judicial.

Prosperidad de la acción

(...)

Por todo lo anterior, los demandantes solicitan al juez de tutela que, como mecanismo definitivo, se les tutelen los derechos "al debido proceso, igualdad, asociación sindical, conexo con el fuero sindical, a la imparcialidad y a la moralidad en las actuaciones administrativas", ordenando el reintegro del señor William Alfredo Navas Salguero a la empresa PANAMCO COLOMBIA S.A., al mismo puesto y en las mismas condiciones que



tenía cuando fue despedido; subsidiariamente, solicitan que se les tutelen los mismos derechos como mecanismo transitorio. Piden también que se compulsen copias a la Fiscalía General de la Nación, para que se investigue por el punible de prevaricato a los funcionarios del Ministerio de la Protección Social que tuvieron que ver con los hechos que motivaron la demanda.

(...)

2.1 Contestación de la demanda por parte de la Sociedad PANAMCO COLOMBIA S.A.

Estando dentro del término, la Sociedad PANAMCO COLOMBIA S.A., por medio de apoderado especial, se opuso a la acción con fundamento en los siguientes argumentos:

A. Por ser la acción fraudulenta y temeraria.

Sobre este punto explica el escrito de contestación que en la demanda se exponen hechos unos falsos y otros fraudulentos que ocultan al juzgador ciertas verdades o callan parcialmente la misma, para inducir a confusión.

En cuanto a la afirmación según la cual el señor Navas Salguero habría sido citado a una “*simulación*” de diligencia de descargos, previa al despido, durante la cual no se habría permitido la intervención de la organización sindical, la Sociedad demandada afirma que existe prueba de lo contrario, que es la citación que se le hizo para dicha diligencia, en la cual expresamente se le dice que puede ir acompañado de por dos representantes del Sindicato. Por lo anterior, dice, los demandante habrían incurrido en falso testimonio cuando en la demanda afirman que no se siguió proceso disciplinario previo al despido, y que no se citó a descargos.

De otro lado, la Sociedad demandada afirma que el actor Navas se encuentra afiliado a SINTRAINDEGA, único sindicato con el cual la compañía ha suscrito convención colectiva. No obstante, en la demanda se indica que SINTRAINDU tiene convención colectiva de trabajo.

Por otra parte, en la demanda se presenta al señor Navas como titular de un presunto fueno sindical, por ser tesorero de SINTRAINDU, pero se oculta que el mismo señor fue nombrado como jefe de ventas desde el 29 de mayo de 2003, por lo que es nula su elección como tesorero

sindical, de conformidad con lo estipulado en el artículo 53 de la Ley 50 de 1990³⁸. Adicionalmente, la demanda también oculta que los propios estatutos de SINTRAINDU en su artículo 18 ratifican la ilegalidad de la designación en el cargo de junta directiva del afiliado que represente al empleador. Por ello, “si el sindicato fue creado en el mes de julio de 2003 y el actor ya era jefe de ventas desde mayo de 2003, por disposición estatutaria no podía ni tenía la vocación para ser miembro de la junta directiva e ipso facto perdía su condición de directivo.” Agrega la Sociedad demandada que sobre esta situación se le envió oportuna comunicación al señor Navas en abril de 2005.

Pero lo que a juicio de la Sociedad demandada resulta más fraudulento y temerario es que en la demanda el representante del Sindicato trate de ocultar “los verdaderos hechos y conductas fraudulentas que el Ministerio de la Protección encontró para revocar su sindicato y la contradicción entre los propios hechos de la demanda que demuestran que sí se cumplió el debido proceso.” Dichos hechos, dice, fueron señalados en la propia Resolución 1286 de 2005, y por la presencia de ellos se estableció que no se requería el consentimiento de los interesados para revocar. Consistieron, prosigue, en ocultar el informar que la elección de los directivos se hizo sin tener aprobados los estatutos previamente; también en ocultar el informar la pertenencia simultánea a otras organizaciones sindicales al interior de la empresa, “que han venido siendo creadas en forma sucesiva por los mismos sindicalizados, en un claro abuso del derecho, no para garantizar un derecho de asociación sino con un claro propósito fraudulento e ilegal de crear simultáneamente organizaciones que son inermes y buscar una garantía sindical para todos los trabajadores de la empresa.” Al respecto, la Sociedad demandada llama la atención sobre el hecho de que los demandantes pertenecen a una organización sindical denominada SINTRAINDEGA, con la cual se encuentra firmada una convención colectiva de trabajo, única a la cual aportan cuotas sindicales. De otro lado, SINTRAINDEGA en sus estatutos exige que ninguno de sus afiliados pertenezca a otro sindicato de la misma clase o actividad, “por lo que todas las multiafiliaciones, bien sea a SINTRAINDU o a las otras nueve organizaciones sindicales que han creado en los últimos años, son ilegales, toda vez que para pertenecer a SINTRAINDU han debido renunciar a SINTRAINDEGA, pues así lo establecieron los estatutos con autonomía sindical...” Agrega más adelante, que entre octubre de 2000 y diciembre de 2004, los trabajadores de PANAMCO COLOMBIA S.A. han constituido un total de nueve (9) sindicatos, uno cada seis meses aproximadamente, figura denominada “carrusel”. Todas y cada una de estas organizaciones están viciadas de nulidad, pues los miembros eran los mismos de las anteriores, su domicilio el mismo, el texto de sus estatutos también, la redacción de las actas de fundación, etc., siendo el único y verdadero sindicato el primero constituido, llamado SINTRAINDEGA, del cual

³⁸ Conforme a esta disposición, es nula la elección de cualquier miembro de junta directiva cuando el afiliado representa también al empleador frente a los trabajadores.



nunca se han desafilado. Así, vencidos los fueros sindicales, han ido creando nuevas organizaciones sindicales, no para ejercer el derecho de asociación, sino para evitar a toda costa que la empresa despidiera a algún trabajador. El mismo Ministerio ha considerado que esta práctica hace que los trabajadores no puedan ser considerados como afiliados (el escrito menciona el caso de la Fábrica Nacional de Chocolates).³⁹

De otro lado, también configuró un fraude encontrado por el Ministerio de la Protección, la constitución de SINTRAINDU como sindicato de industria, es decir como uno que agrupa a varios trabajadores de diferentes empresas que se dedican a la misma actividad económica, cuando en sus estatutos se indica que sólo se permite la admisión de trabajadores que laboren exclusivamente en PANAMCO. El fraude entonces consiste en crear un sindicato de industria, que sólo permite la afiliación de trabajadores de una empresa.

(...)

2.2 Contestación de la demanda por parte de Ministerio de la Protección Social.

Oportunamente, la Coordinadora del Grupo de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Dirección Territorial de Cundinamarca del Ministerio de la Protección Social dio respuesta a la demanda, oponiéndose a las pretensiones.

En sustento de su oposición, el Ministerio dijo lo siguiente:

2.2.1. Que el 1º de marzo de 2005, la Sociedad PANAMCO S.A. había solicitado la revocatoria directa de la Resolución 02524 de 2003, mediante la cual ese Ministerio había ordenado la inscripción en el registro sindical de la organización denominada SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE INDUSTRIAL DE GASEOSAS S.A. –SINTRAINDU-.

2.2.2. Que la solicitud se formuló por darse la causales previstas en los artículos 69 y 73 del Código Contencioso Administrativo, y con fundamento en el hecho de que los trabajadores habían acudido al “carrusel de sindicatos”, al ir creando de manera consecutiva varios sindicatos, con domicilios ficticios, para obtener protección foral, desvirtuando el objeto social del derecho de asociación sindical. Además, la solicitud aducía que los afiliados al nuevo sindicato no aportaban cuotas sindicales, ni ejercían actividades sindicales, como quiera que todas las peticiones, reclamaciones, negociaciones, etc. las hacían a través de otro sindicato denominado SINTRAINDEGA. Así las cosas, la petición afirmaba que los

³⁹ Sobre este tema, la contestación de la demanda incluye un estudio sobre el abuso del derecho de asociación sindical, elaborado por el doctor José Roberto Herrera.

fundadores de SINTRAINDU habían incurrido en abuso el derecho de asociación sindical, por lo cual la conformación de la nueva organización era ilegal, lesionaba el interés público.

2.2.3. Que el Ministerio tenía competencia para decidir sobre la petición de revocatoria directa, de conformidad con lo previsto en el artículo 69 del C.C.A. y en el artículo 9º de la Resolución 951 de 2003.

2.2.4. Que no obstante que no se requería el consentimiento de los interesados para proceder a la revocatoria de la Resolución 02524 de 2003, toda vez que en la fundación de la organización sindical y en la documentación presentada al Ministerio se había incurrido en ilegalidades, "en aras de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa SINTRAINDU", se había procedido a informarle a esta organización sobre el inicio y objeto de la actuación administrativa, a través de comunicación oficial de 4 de mayo de 2005, remitida a su domicilio.

2.2.5 Que con base en el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, que dispone en el inciso final que podrán revocarse los actos de carácter particular y concreto sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular del derecho cuando fuera evidente que el acto ocurrió por medios ilegales, se había procedido al estudio y decisión respectivas. Así, el 19 de mayo de 2005 se había expedido la Resolución 01286 de 2005, mediante la cual se revocó la Resolución 02524 de 2003.

2.2.6. Que aunque una revocatoria directa no debe conceder recursos, pues no puede abrir nuevamente la vía gubernativa, en aras de garantizar el derecho de defensa y el debido proceso de la agremiación sindical, en la Resolución 01286 de 2005 se indicó que contra ella procedían los recursos de reposición y apelación.

2.2.7 Que el 20 de mayo de 2005 la agremiación sindical solicitó copias de la petición de revocatoria directa formulada por la empresa PANAMCO COLOMBIA S.A. Ese mismo día, se hicieron presentes el señor Martín Muñoz, quien dijo ser afiliado al sindicato y otro señor que no se identificó, pero que manifestaba ser el presidente de SINTRAINDU. Al ser informado por Secretaría de que había una Resolución para ser notificada, pero que para proceder a ello era necesario acreditar la calidad de presidente del sindicato mediante certificación expedida por el Archivo Sindical de Ministerio, se retiró sin notificarse.

2.2.8 Que el día 1º de junio se presentó en el Ministerio el señor Hermes Prada Valbuena, aquí demandante y presidente de SINTRAINDU, y obtuvo a su costa las copias que había solicitado. Posteriormente, el 3 de junio de 2005, se presentó nuevamente exhibiendo la



representación legal, y se notificó personalmente de la Resolución 1286 de 19 de mayo, pese a que la misma ya había sido notificada por edicto fijado el 1º de junio.

2.2.9 Que con memorial presentado el día 13 de junio de 2005, el representante legal de SINTRAINDU presentó recursos de reposición y apelación contra la Resolución 1286 de 2005, los cuales fueron decididos negativamente mediante resoluciones de, 5 y el 21 de julio de 2005, respectivamente.

Hecho el anterior recuento de la actuación administrativa, el Ministerio afirma que el Acto Administrativo que revocó la Resolución 2524 de 2003 es claro y contundente en demostrar los innumerables actos ilícitos que rodearon a la fundación del Sindicato, como actas y documentos que se apartaban abismalmente de la verdad, actas de fundación disímiles, listados de fundadores que no coincidían con el contenido de las actas, incumplimiento de requisitos legales, etc., por lo cual dicho Acto concluye, tras un reposado examen probatorio, en la decisión de revocatoria directa.

Se refiere entonces el Ministerio a cierto pronunciamiento de esta Corporación, en el que se hizo ver que la autonomía sindical no es libérrima, y que debe ejercerse de conformidad con la ley y la Constitución⁴⁰. En igual sentido menciona jurisprudencia sentada por el h. Consejo de Estado⁴¹.

Por último, el Ministerio afirma que los demandantes yerran cuando afirman que la presentación de la solicitud de revocatoria directa por parte de PANAMCO COLOMBIA S.A. se hizo por fuera del horario de atención al público, pues el horario de labores del Ministerio, en la Secretaría de la Dirección Territorial de Cundinamarca, va hasta las 5.45 P.M de lunes a viernes. La confusión deviene de que el horario de recibo de correspondencia culmina a las 5.P.M. No obstante, el trámite de presentación personal de poderes y recursos no se asimila al de radicación de correspondencia, por lo que puede cumplirse hasta las 5.45 P.M. Por esta razón, el representante legal de PANAMCO COLOMBIA S.A., hizo su presentación el día 28 de febrero de 2005 a las 5.23 P.M.

En cuanto a los demás hechos y argumentos de la tutela, el Ministerio dice que no se refiere en el escrito de contestación de la demandada, por considerar que en la Resolución 1286 de 2005 están suficientemente analizados.

(...)

⁴⁰ Se cita concretamente la sentencia T- 173 de 1995.

⁴¹ Sentencia de 24 de octubre de 1996, Sección Segunda.



2. Asunto a resolver

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 surtirse para revocar directamente una decisión administrativa de carácter particular, etc.

4.1 En sede de constitucionalidad, en la Sentencia C-078 de 1997⁴² 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 2001⁴³ 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:

⁴² M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴³ M.P. Álvaro Tafur Galvis



"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 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 revocatoria⁴⁴.

"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:

⁴⁴ "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."

“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 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)"⁴⁵.

"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".

⁴⁵ Sentencia T-720/98 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

“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 ley, no merece protección. El orden jurídico no se la brinda, pues nunca lo ilícito genera derechos”⁴⁶

“En la misma sentencia, reiterada en este aspecto posteriormente⁴⁷, 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

⁴⁶ Sentencia T-336/97, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁴⁷ Sentencia T-276/00 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

expresa acerca de los elementos de juicio que llevaron al ente administrativo a concluirlo así.”⁴⁸

“Es decir que para esta Corporación, atendiendo el principio de buena fe y la presunción de legalidad que ostentan los actos de la administración⁴⁹, 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 firme⁵⁰, salvo una evidente violación del 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. (...)

⁴⁸ Sentencia T-336/97, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁴⁹ Sentencia T-276/00 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

⁵⁰ Sentencia T-347/94 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

"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.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.”

4.3 También en sede de constitucionalidad, en la Sentencia C-835 de 2003⁵¹, 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:

⁵¹ 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.

“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 tiempo⁵², 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.”

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

⁵² En materia de impuestos nacionales el Estatuto Tributario prevé en su artículo 737: “El término para ejercitarse 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.

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 2º del artículo 73 del C.C.A⁵³: 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.

⁵³ 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. El caso concreto.

5.1 En la presente oportunidad, los demandantes 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 1º 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...

“1º.- 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.

“2º.- 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 1º 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.

...

5º.- 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 1º 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 1º de 2003. 6:00 p.m.)

6º.- A folios 56 y 57 se adjuntó listado de asistentes a la asamblea de julio 1º 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 1º 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.

7º.- 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 1º 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 (1º) 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.

8º.- A folios 87 y 88 yace la resolución número 2524 de octubre 3 de 2003, que en la parte resolutiva, 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:

1º.- La creación de sindicatos al interior de la empresa en Enero de 1996: SINTRAINDEGA; EN OCTUBRE ONCE (11) DE 2000: ASTDVEPA; En MAYO 1º 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 1º de 2003: SINTRAINDI; Enero 2 de 2004: SINTRACOCACOLA; Septiembre 19 de 2004: SINTRAPACOL.

2º.- De los veintisiete (27) trabajadores de la empresa que efectivamente asistieron a la asamblea de fundación de julio 1º 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)⁵⁴

3º.- 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 Valvuena, aquí demandante en calidad de representante legal de SINTRAINDU)⁵⁵

4º.- 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

⁵⁴ Paréntesis fuera del original.

⁵⁵ Paréntesis fuera del original



figura el señor Hermes Prada Valvuela, aquí demandante en calidad de representante legal de SINTRAINDU)⁵⁶

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 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...

⁵⁶ Paréntesis fuera del original



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 1° 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 2001⁵⁷:

"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

⁵⁷ M.P. Álvaro Tafur Galvis.

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.” (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 *ibidem*, 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 1º 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.”⁵⁸

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 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.

⁵⁸ 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.



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 feroe 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.⁵⁹ 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,

⁵⁹ Las copias de la citación a la diligencia son visible en el expediente a folios 87 y 88 del cuaderno número 4.



por gozar del fuero sindical, para proceder a tal despido se requería autorización judicial.⁶⁰ 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.

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 el 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

⁶⁰ 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.



esta Corporación en la Sentencia C-381 de 2000⁶¹, 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 sindicatos⁶². 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 un 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.

(...)

29.3. 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.

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

⁶¹ M.P Alejandro Martínez Caballero

⁶² 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.



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 3º del artículo 39 de la Carta Superior¹³.

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° 30 – 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 acreditará 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

30.1. CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA PARA ESTABLECER NÚMERO DE AFILIADOS AL SINDICATO.

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL
(RAD. 16 2007 00497 01)
30 de noviembre de 2007

(...)

EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FERREAS, FERROVÍAS EN LIQUIDACIÓN, actuando por conducto de apoderado judicial formuló demanda en contra de **"SINDICATO DE TRABAJADORES OFICIALES DE FERROVÍAS, SINTRAFERROVÍAS"**, para que previos los trámites de un proceso sumario Laboral se reconozcan las siguientes declaraciones y condenas: **1.** Ordenar la disolución del sindicato, por reducción a un número inferior a 25 afiliados. **2.** disponer la liquidación del sindicato y proveer lo necesario para la designación de la persona que llevará a cabo la liquidación. **3.** Ordenar la cancelación de la inscripción de sindicato, en el respectivo registro sindical.

Como fundamento de sus pretensiones la parte actora relata los hechos que pueden resumirse en: **1.** El sindicato de empresa denominado Sindicato de Trabajadores Oficiales de Ferrovías, SINTRAFERROVÍAS, es de primer grado y de base, además detenta la personería jurídica 0006 del 4 de diciembre de 2000 y su actual domicilio está en Bogotá. **2.** Mediante Decreto 2089 del 21 de junio de 2003, El Gobierno Nacional ordenó la supresión y liquidación de la empresa Colombiana de vías Ferreas. **3.** Por medio del Decreto 2089 del 21 de junio de 2005, se amplió el plazo para concluir el proceso de liquidación de la mencionada empresa hasta el 26 de junio del año en curso. **4.** En la actualidad el número de afiliados al sindicato se ha reducido a una cantidad inferior a veinticinco trabajadores, como quiera que en la planta de personal de la empresa solamente quedan veintitrés trabajadores afiliados a esa organización. **5.** El artículo 401 del CST contempla como causal de disolución del sindicato entre otras, la reducción de los afiliados a un número inferior a veinticinco trabajadores. **6.** El accionante es el actual empleador de los trabajadores del mencionado sindicato. **7.** En el art. 56 de la Ley 50 de 1990, se establece que en el evento de quien demuestre interés jurídico podrá solicitar ante el Juez laboral, la disolución y liquidación del sindicato y la cancelación de inscripción en el registro sindical.



(...)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado (...) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., con fecha veintiocho (28) de septiembre de dos mil siete (2007), profirió sentencia de fondo donde dispuso **PRIMERO: ORDENAR** la **DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN** del SINDICATO DE TRABAJADORES OFICIALES DE LA EMPRESA DE VÍAS FERREAS FERROVIAS "SINTRAFERROVIAS", por cuanto se encuentra incursa en causal de disolución, de conformidad con lo expuesto de la parte motiva de la presente providencia. **SEGUNDO: ORDENAR** la **CANCELACIÓN** de la inscripción de sindicato de base de primer grado SINDICATO DE TRABAJADORES OFICIALES DE LA EMPRESA DE VÍAS FERREAS FERROVIAS "SINTRAFERROVIAS", en el correspondiente registro sindical. **TERCERO:** Líbrese OFICIOS AL MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL. **CUARTO: COSTAS** Lo serán de cargo de la parte demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Estando dentro del término procesal, el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación contra la providencia de primer grado, fundamentándolo en escrito que obra a folios 61 a 63 del informativo, considerando que: sea revocada en su integridad la providencia, se absuelva al sindicato demandado, con la provisión de costas que corresponda, por cuanto no milita prueba alguna que permita considerar la reducción de los afiliados a la organización sindical a menos de 25, así mismo no se probaron los presupuestos fácticos de las pretensiones de la demanda, no se podía acceder a las pretensiones del libelo incoatorio.

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver de fondo, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

(...)

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)

Lo expuesto en autos, derivado de la historia procesal, esto es, medios de prueba y actitud de la demandada, vistos en su conjunto conducen razonablemente al entendimiento que el empleador, justamente, por esa condición, tiene elementos de juicio para conocer quiénes son los afiliados al sindicato, así que si se acredita un número inferior a 25 miembros, como ocurre en autos, la decisión será la de confirmar.

(...)



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, Tradado 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.

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.