

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Radicación No. 30451

Acta No. 05

Magistrado Ponente: FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

Bogotá D.C., diez (10) de febrero de dos mil nueve (2009).

Decide la Corte los recursos extraordinarios de casación interpuestos por el BANCO POPULAR S.A., y por LUIS CARLOS PELÁEZ GARCÍA, a través de sus respectivos apoderados judiciales, frente a la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el 23 de junio de 2006, dentro del ordinario laboral que este último le promovió a dicha entidad bancaria.

ANTECEDENTES

Al ser despedido del Banco el 5 de diciembre de 2001, después de más de 20 años de servicios, el actor, Cajero Principal 2, demandó, en forma principal, su reintegro y, subsidiariamente, indemnización convencional, perjuicios morales, pensión sanción conforme a la Ley 171 de 1961, pago de los aportes al ISS hasta cuando éste asuma el riesgo de vejez, indexación, devolución de \$1.040.000, revocatoria de sanción disciplinaria por los días 4 y 5 de noviembre de 2001, reliquidación de prestaciones, salarios caídos, costas, extra y ultra petita.

En la carta de despido el empleador le enumera y describe al trabajador los descuadres repetitivos que tuvo en la caja y cajero automático a su cargo los días 4 de julio, 28 de agosto, 18 de septiembre y 17 de octubre de 2001. Consideró que con tales hechos incumplió gravemente sus obligaciones legales, contractuales, convencionales y reglamentarias por lo que dio por terminado el contrato.

El a quo halló que el despido era injusto y optó por condenar al pago de la indemnización

convencional por despido, en cuantía de \$80.118.526, indexación incluida, impuso costas parciales y absolvió de lo demás.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Por apelación de ambas partes revisó el asunto el Tribunal Superior de Buga, el que estimó que los descuadres eran un acontecer normal en el Banco, a tal punto de crearse una cuenta denominada “deudores varios” destinada a que, a través de ella, los trabajadores cancelaran los descuadres en que incurrieran; además, que entre el Banco y los trabajadores se había pactado convencionalmente una bonificación especial pagadera a todos los cajeros que, en cada mes, no se descuadraran por defecto, todo lo cual se podía tomar como un reconocimiento implícito del Banco respecto de los descuadres, ya que éstos se suscitaban con frecuencia; tomó en cuenta, además, la circunstancia de haber el actor obrado siempre de manera diligente y honesta, por lo cual se hizo merecedor en varias ocasiones de la mencionada bonificación.

Tanto de las pruebas testimoniales como del resto del material probatorio arrimado al plenario, el ad quem, entonces, concluyó, que las conductas imputadas al demandante “no son lo suficientemente contundentes ni constituyen una falta grave, como para dar por terminado el contrato de trabajo...luego de haber laborado por un espacio de más de 22 años, cumpliendo cabalmente con sus obligaciones laborales...” (fls. 37, 38, cuad. Trib.).

En lo relativo al reintegro, expresó compartir las consideraciones de primera instancia, relativas a poner de manifiesto la situación poco amistosa en la que quedaron las partes ante la pérdida de la confianza en el manejo de los dineros por parte del actor, a lo cual se sumaba lo aseverado por éste y corroborado testimonialmente, de haberle solicitado, los directivos del Banco, en diferentes oportunidades, que se acogiera al régimen dispuesto en la Ley 50 de 1990, o que negociara su retiro, por ser uno de los empleados más antiguos y generar una carga prestacional para el Banco, todo lo cual, consideró el ad quem, ocasionaría un ambiente laboral no apto para que el trabajador pudiera cumplir cabalmente con el ejercicio de sus funciones, sin ningún tipo de presiones por parte de la entidad, por lo cual ratificaba la decisión de no reintegrarlo.

Al proveer respecto de las decisiones subsidiarias, tomó las siguientes decisiones:

En cuanto a la indemnización convencional, la redujo a \$48.423.817.76, “resultando esta suma inferior a la liquidada en primera instancia (\$80.118.526), por lo que incurrió en error el a quo al tomar en cuenta como salario promedio a efectos de tasar dicha indemnización la suma de \$1.163.927.58 que era el valor que únicamente se podía tener en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales por parte del Banco Popular...”

La indexación de la indemnización la fijó en \$9.265.350, para lo cual tuvo en cuenta la certificación del Dane al respecto, obtenida por Internet.

En cuanto a los perjuicios morales, estimó que dicha pretensión no tenía asidero probatorio dentro del proceso ya que el actor no había acreditado que, **con ocasión de la terminación del contrato de trabajo**, se le hubieren producido esta clase de daños. Expresó, además: “Recordemos...que en la indemnización por despido injusto se entiende incluido el lucro cesante y el daño emergente como lo prevé el artículo 64 del CST, por tanto, si lo que el demandante busca es la reparación plena de daños y perjuicios distinta a la tarifada, le era obligatorio probar dichos daños, ya que estos no se derivan necesariamente del vínculo contractual, al no ser de su esencia.”

Tocante a los aportes al ISS, consideró que, terminado el contrato de trabajo, cesaba para el empleador la obligación de efectuarlos.

Cuanto a la devolución de la suma de \$1.040.000, que por un supuesto descuadre asumió el actor, señaló que aparecía acreditado que el trabajador había asumido el pago de dicho valor, con autorización del descuento, citó, al respecto, el folio 207; hizo notar que dicha suma no aparecía descontada en la liquidación definitiva de prestaciones sociales a folio 153, ni tampoco había constancia de que le hubiese sido descontada del salario, por lo cual no había fundamento para la devolución.

En lo relativo a prima de servicios, consideró que, si bien el artículo 306 del C.S.T. consagraba su pérdida cuando el trabajador hubiese sido despedido con justa causa, al haberse demostrado en el juicio que no había sido así, revivía, para el empleador, el deber de pagarla; por ello, condenó a cancelar la suma de \$1.072.352.

Sobre la petición de confesión ficta prevista por el artículo 210 del CPC, la denegó, de un lado, porque estimó que si bien a la diligencia no había comparecido Miguel Zúñiga Tetre, también lo era que lo había hecho Silvia Betancourt, quien había sido la persona que desde un principio había representado al Banco, con otorgamiento de poder, sin que la parte demandante hubiera demostrado inconformidad y, de otro lado, recordó, que para que se diera aplicación al artículo 210 del CPC, se hacía necesario que el juez dejara constancia de ello en la misma diligencia; transcribió apartes de la sentencia 16496 de 12 de septiembre de 2001 de esta Sala.

Cabe anotar que el ad quem también proveyó sobre la revocatoria de la sanción de los días 4 y 5 de noviembre de 2001, la condena a pensión sanción, carga moratoria del artículo 65 del CST y sobre reliquidación de prestaciones sociales, aspectos estos que, como se verá, no fueron sustrato de error de hecho alguno por parte del actor en su recurso extraordinario.

EL RECURSO DE CASACIÓN

Fue, como se dijo, interpuesto por ambas partes, concedido por el Tribunal, admitido por la Corte y replicado solo por el Banco.

RECURSO DEL DEMANDADO

Dado que el recurso de la entidad bancaria demandada persigue la absolución respecto de toda condena, se estudiará en primer lugar.

Lo expone en los siguientes términos:

“ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN”

“Aspira mi mandante con este recurso a que esa H. Corporación case los numerales primero y segundo de la sentencia impugnada, para que una vez constituida en sede de instancia, revoque los numerales primero y tercero del fallo del a-quo y, en su lugar, absuelva al Banco Popular de todas las pretensiones de la demanda”.

“A tal efecto, y con apoyo en la causal primera de casación laboral (Artículo 60 del Decreto 528 de 1964 y 7° de la Ley 16 de 1969), acuso la sentencia del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, individualizada anteriormente, de ser violatoria de normas sustanciales por los motivos que a continuación se expresan:

“ÚNICO CARGO:

“La sentencia impugnada viola por la vía indirecta, en el concepto de aplicación indebida, los artículos 7° literal a) ordinal 6° y 10° del Decreto Ley 2351 de 1.965 (adoptado como legislación permanente por el artículo 3° de Ley 48 de 1968); 58 numerales 1°, 5°, 104, 121, 467 y 468 del Código Sustantivo del Trabajo, como consecuencia de los errores manifiestos de hecho en que incurrió el tallador de segunda instancia, originados en el equivocado examen de unas pruebas y en la falta de apreciación de otras”.

“Las pruebas equivocadamente examinadas fueron la carta de terminación del contrato de trabajo de folios 52 a 53; el acta de diligencia de descargos de 25 de septiembre de 2001 suscrita por Sylvia Martínez Rondanelli, Esperanza Trochez, Juan Carlos Velasco y Luis Carlos Peláez García (folios 43 a 44 y 214 a 215), la comunicación No. 666-3178-01 de fecha 25 de octubre de 2001 suscrita por Sylvia Martínez Rondanelli y Miguel Zúñiga Terte mediante la cual se le informa al actor la imposición de una sanción de dos (2) días de suspensión (folio 49), el acta de diligencia de descargos de 15 de noviembre de 2001 suscrita por María Victoria Gutiérrez Perdomo, Luis Carlos Peláez García, Esperanza Trochez y Héctor Mario Lorza Marín (folios 50 a 51 y 219 a 220), la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 16 de diciembre de 1999 (folios 301 a 321) y los testimonios rendidos por los señores Héctor Mario Lorza Marín (folios 165 y siguientes), Ofer Sandoval (folio 172 y siguientes) Mario Germán Zúñiga (folio 185 a 186 vto), Nelly Eugenia González Vargas (folios 193 vto a 195)”.

“Las pruebas dejadas de apreciar fueron el Manual de Funciones correspondiente al cargo de Cajero Principal 2 con firma del demandante como constancia de recibido (folios 137 a 143), el interrogatorio de parte absuelto por el señor Luis Carlos Peláez (folio 196 vto), la diligencia de inspección judicial (folios 202 a 205) y el documento que contiene la aceptación del faltante por la suma de \$1.190.000,00 suscrito por el señor Luis Carlos Peláez (folio 222)”.

“Los errores manifiestos de hecho en que incurrió el sentenciador consistieron en lo siguiente:

“1. No dar por demostrado, estándolo, que el señor Luis Carlos Peláez García recibió el Manual de Funciones correspondiente al cargo de Cajero Principal 2 una vez fue designado en el mismo”.

“2. No dar por demostrado, estándolo, que entre las funciones correspondientes al cargo desempeñado por el señor Luis Carlos Peláez García se encontraban las de efectuar diariamente el cuadro y control del Cajero Automático ubicado en las oficinas del Banco, la verificación de los movimientos o transacciones efectuadas en el mismo”.

“3. No dar por demostrado, estándolo, que el señor Luis Carlos Peláez García al no realizar adecuadamente el cuadro y control del cajero automático y verificado las transacciones efectuadas en el mismo, incumplió con las obligaciones propias de su cargo”.

“4. No dar por demostrado, estándolo, que la conducta que dio lugar a la terminación del contrato de trabajo del señor Peláez era reiterada, pues había incurrido en otro faltante el 18 de septiembre de 2001”.

“5. No dar por demostrado, estándolo, que el señor Luis Carlos Peláez García aceptó haber incurrido en el faltante de caja por valor \$1.190.000,00”.

“6. No dar por demostrado, estándolo, que el señor Luis Carlos Peláez García tenía amplia

experiencia en el desempeño de las funciones propias de su cargo”.

“7. No dar por demostrado, estándolo, que el Banco Popular demostró cabalmente los hechos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo por justa causa del señor Luis Carlos Peláez García”.

“DEMOSTRACIÓN:

“El Tribunal, para modificar la decisión condenatoria respecto de la procedencia de la indemnización por despido reclamada por señor Luis Carlos Peláez García, consideró lo siguiente:

"El hecho del despido se encuentra debidamente acreditado con la carta de terminación del contrato de fecha 05 de diciembre de 2001 (fl. 52), en la que se le informa al trabajador que se le da por terminado su contrato de trabajo en los siguientes términos:

“(…) El día 4 de julio de 2001 usted registró un descuadre en el cajero automático originado por mala contabilización de la provisión a la cual le adicionó el saldo anterior del cajero, quedando por lo tanto doblemente procesada la suma de \$530.000, es decir resultaba una diferencia de \$1.060.000. Este error debió ocasionar un sobrante en efectivo, resultante de comparar el saldo de la consulta 7 con el arqueo físico del dinero”.

“Dicho sobrante no fue notificado, ni contabilizado por usted conforme lo establecen los reglamentos del Banco. El día 17 de Julio/01 se contabiliza el deudores varios por \$1.040.000 a su cargo debido a que este valor se le resta un sobrante del cajero automático por \$20.000”.

“El 28 de agosto/01 usted registra un faltante por \$121.238,99, el cual se le ha venido descontando por nómina una vez usted suscribió el correspondiente deudores varios”.

“El 17 de Octubre/01 registra otro descuadre por \$1.239.340 el cual fue detectado en el arqueo realizado por el Gerente de Oficina, tratando usted de encubrir el faltante, pasando un fajo de \$1.000.000 del dinero ya recontado a los cajeros auxiliares para completar el efectivo que faltaba en el dinero a su cargo, situación que fue evidenciada mediante la firma y sello de los cajeros, colocados en la cintilla de cada fajo. Usted aceptó haber realizado esta manipulación por temor a las consecuencias originadas en el hecho de presentar un nuevo faltante”.

“Estos hechos son repetitivos ya que usted había registrado otro descuadre en la caja a su cargo el día 18 de septiembre/01 por \$1.190.000 por lo cual el Banco lo sancionó con una suspensión de dos días (2) durante los días 3 y 4 de noviembre/01”.

“Ahora bien, adentrándose en el análisis respecto de la justeza del despido, tenemos que las causas por las cuales decidió el empleador dar por terminada la relación laboral al actor, se reducen a unos descuadres o faltantes, que en manera repetitiva se dieron lugar en la caja o cargo del señor LUIS CARLOS PELAEZ, y que no obstante ser aceptados por la parte demandante, según su punto de vista, no constituye motivo suficiente para la terminación unilateral del contrato, mientras que para la demandada si amerita la cancelación del vínculo laboral por cuanto configura una reitera conductora negligente por parte del actor”.

“Y luego de referirse a las declaraciones rendidas por Héctor Mario Lorza Marín (folios 165 y siguientes), Ofer Sandoval (folio 172 y siguientes), Mario Gemían Zúñiga (folio 185 a 186 vto) y Nelly Eugenia González Vargas (folios 193 vto a 195) y a la diligencia de descargos de fecha 25 de septiembre de 2001 que tuvo como consecuencia la imposición de una sanción disciplinaria de dos (2) días de suspensión, el sentenciador continúa diciendo:

"En este orden de ideas, conforme se desprende de las pruebas testimoniales antes relacionadas se puede concluir con meridiana claridad, que las conductas imputadas al demandante, no son lo suficientemente contundentes ni constituyen una falta grave, como para dar por terminado el contrato de trabajo, máxime si se tiene en cuenta que los descuadres de caja eran aceptados por la demandada como una situación normal, a tal punto de crearse una cuenta denominada "deudores varios", para efectos de que los trabajadores pudieran pagar los descuadres de los cuales resultaran responsables con ocasión a sus funciones. Es más, entre el banco y los trabajadores sindicalizados se había pactado convencionalmente una norma que consagraba una bonificación especial, que se pagaba a todos los cajeros que dentro de cada mes calendario no se descuadraran por defecto (fl.315).

“Lo anterior, se puede tomar como un reconocimiento implícito por parte de la entidad bancada respecto de la ocurrencia de dichas faltas, puesto que estas se suscitaban con frecuencia, a más de que el actor durante su trayectoria laboral en el Banco, siempre obró de manera diligente y honesta, razón por la cual se hizo merecedor en varias ocasiones a la mencionada bonificación (ti. 327)”.

“En resumen, del material probatorio arrojado al proceso no se evidencia que la conducta asumida por el actor en el ejercicio de sus funciones como cajero principal, constituyan una falta grave que amerite la terminación del contrato de trabajo luego de haber laborado por un espacio de más de 22 años, cumpliendo cabalmente con sus obligaciones laborales; por lo que le asistió razón al juez de primera instancia para condenar a la demandada a pagar al actor LUIS CARLOS PELÁEZ GARCÍA la indemnización por despido injusto”.

“Los apartes de la sentencia impugnada, atrás transcritos, llevan a la conclusión de que el Tribunal incurrió en todos los yerros fácticos que denuncia el cargo”.

“En efecto, obra en el expediente el Manual de funciones correspondiente al cargo de Cajero Principal 2 en la oficina de Buga, el cual ostenta, como señal de haber sido recibido el 18 de febrero de 1999, la firma del demandante. También obra a folio 196 vto la diligencia de interrogatorio de parte que absolviera el señor Luis Carlos Peláez García y en la cual se encuentra como respuesta, a la pregunta sobre si era cierto que el manual de funciones se le había entregado en el mes de febrero de 1999, la siguiente "no me acuerdo de la fecha exacta, pero sí recibí el manual”.

“Si el Tribunal hubiese examinado estas dos pruebas, habría establecido que el señor Luis Carlos Peláez García tendría pleno conocimiento de las funciones que correspondían a su cargo, y que respecto del manejo del cajero automático consistían en lo siguiente, que obran a folios 142 y 143 del expediente”.

"76001 MANEJO DEL CAJERO AUTOMÁTICO"

“Responder por el uso, mantenimiento, buen funcionamiento, provisión oportuna y control del cajero automático; tomar las acciones oportunas en caso de falla de dicho equipo”.

“76002 LLAVES DEL CAJERO”

“Responder por el uso y manejo de una clave y llave del cajero automático. 76006 CUADRE Y CONTROL DE CAJERO AUTOMÁTICO”

“Realizar el cuadre y control diario de operaciones de cajero automático de acuerdo con los procedimientos establecidos; microfilmear el movimiento recibido por el cajero automático y efectuar las contabilizaciones requeridas”.

“76008 VERIFICACIÓN DE MOVIMIENTO”

“Verificar contra el listado recibido de Sistemas que las transacciones efectuadas en el cajero automático hayan sido afectadas correctamente”.

“Lo anterior significa que el señor Luis Carlos Peláez García incumplió las obligaciones que le correspondían como Cajero Principal 2, es decir que incurrió en hechos que de conformidad con lo previsto en el artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, constituye causa para dar por terminado el contrato, anotándose que la conducta del trabajador resultaba reiterada o sistemática, pues con anterioridad al descuadre que se presentó el 17 de octubre de 2001, y que sirvió de fundamento a la cancelación del contrato de trabajo, tan sólo un mes antes, el 18 de septiembre, había registrado un faltante en caja a su cargo por la suma de \$1.190.000,00”.

“El mencionado faltante por la suma de \$1.190.000,00, no sólo fue aceptado por el señor Peláez García sino que autorizó expresamente al Banco para descontarlo de los valores que resultaran a su favor originados en el contrato de trabajo”.

“En cuanto a la experiencia del señor Luis Carlos Peláez en el cumplimiento de sus funciones, basta decir que si desde el día 19 de febrero de 1999 tenía conocimiento preciso de las funciones que le correspondían como Cajero Principal 2 en la Oficina de Buga, no tenía ninguna justificación que en septiembre y octubre de 2001 continuara presentando actitudes negligentes en el desempeño del mismo”.

“Del contenido de la diligencia de inspección judicial, se puede evidenciar no sólo las distintas citaciones a descargos que se le hicieran al señor Luis Carlos Peláez García por irregularidades en el cumplimiento de sus funciones, sino también las autorizaciones dadas por el trabajador para descontar los valores que resultaran a su favor”.

“Lo anterior significa que el Banco Popular demostró cabalmente en el proceso los hechos constitutivos de las justas causas invocadas en la carta de terminación del contrato que obra a folios 52 y 53 del expediente, en particular lo relativo a los descuadres en la caja a su cargo y en el cajero automático, originado por la mala contabilización de la provisión a la cual se le adicionó inexplicablemente el saldo anterior del cajero automático”.

“Estas conclusiones deducidas de las pruebas calificadas, no logran ser desvirtuadas por las declaraciones de los señores Héctor Mario Lorza Marín, Ofer Sandoval, Mario Germán Zúñiga y si ratificadas por lo expuesto por Nely Eugenia Morales Vargas, Asesora Regional de Seguridad”.

“Entonces, estando demostrado que el contrato de trabajo terminó por justa causa, no procedía el pago de la prima de servicios, por lo cual el Banco procedió conforme a derecho al no incluirla en la correspondiente liquidación de prestaciones sociales”.

“Se demuestra de esta manera que el Tribunal incurrió en todos los errores de hecho denunciados y, como consecuencia de ello, aplicó indebidamente los artículos 7° literal a) ordinal 6° y 10° del Decreto Ley 2351 de 1.965 (adoptado como legislación permanente por el artículo 3° de Ley 48 de 1968); 58 numerales 1°, 5°, 104, 121, 467 y 468 del Código Sustantivo del Trabajo, pues su decisión ha debido ser absolutoria, revocando lo dispuesto por el Juzgado respecto de la indemnización por despido.”

No hubo réplica.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El ad quem, en realidad, se observa al rompe, no incurrió en los errores de hecho que le atribuye la parte enjuiciada. Así, aquél en ningún momento manifestó que no se encontraba demostrado que el trabajador hubiera recibido el manual de funciones correspondiente a su cargo de cajero principal 2, o, que entre las funciones de éste no se encontraran las de efectuar diariamente el cuadre y control del cajero automático ubicado en las oficinas del Banco y la verificación de los movimientos o transacciones efectuadas en el mismo; ni tampoco aseveró que al no realizar adecuadamente el actor el cuadre y control del cajero automático y la verificación de las transacciones efectuadas en el mismo no estuviera incumpliendo las obligaciones a su cargo; o que la conducta que dio lugar a la terminación del contrato no fuera reiterada, o que aquél no había aceptado haber incurrido en el faltante de caja de \$1.190.000; tampoco estimó que no tuviera amplia experiencia en el desempeño de sus funciones, ni que no estuvieran demostrados cabalmente los hechos que dieron lugar a la terminación del vínculo por parte del Banco.

El colegiado, por el contrario, encontró acreditada la conducta imputada al actor en la carta de despido, es decir, descuadres en la caja a su cargo, acontecidos el 4 de julio, el 28 de agosto, el 18 de septiembre y el 17 de octubre de 2001; pero, cuestión muy diferente es que hubiese concluido, tanto con base en la prueba testimonial que analizó, como en “el material probatorio arrimado al proceso”, que las conductas imputadas no eran lo “suficientemente contundentes” ni que constituyeran una falta grave como para dar por terminado el contrato de trabajo, luego de haber laborado por más de 22 años, cumpliendo cabalmente con sus obligaciones laborales.

La misma transcripción que la censura aporta de las argumentaciones del ad quem indica, a las claras, que nada de lo que acá se presenta como errores de hecho del Tribunal, derivados de errónea estimación y de falta de apreciación probatoria, ocurrió.

Lo acusable en casación sería el haber el Tribunal considerado que las conductas enrostradas al actor no eran lo suficientemente contundentes ni que constituían una falta que ameritara la terminación del contrato después de 22 años de servicios, “cumpliendo cabalmente con sus obligaciones laborales”, lo cual no se encauzó ni como quebranto legal por vía indirecta ni por la directa, según lo considerara el censor.

En vez de ello, como se dijo, se dedicó a demostrar sustratos fácticos que el ad quem no había discutido o considerado como no acreditados.

Una cosa es, entonces, que el Banco haya acreditado la causa alegada para la extinción del contrato de trabajo con el actor y, otra bien diferente, que el Tribunal no haya considerado que aquélla tuviera la suficiente contundencia y gravedad para tal determinación. Al no haberse alegado y demostrado que la misma estuviera prevista y pactada como tal en el contrato, en la ley o en otra normatividad, el ad quem mantenía la facultad de poder calificar las acciones u omisiones que se imputaran al trabajador como causal justa de despido, tal como lo hizo, con el

resultado ya visto.

Al margen, cabe anotar, que si el ad quem extrajo su conclusión “del material probatorio arrimado al proceso”, mal podría, entonces, fundarse error de hecho alguno con base en falta de apreciación de alguna prueba, ya que la expresión antedicha implica, precisamente, todo lo contrario, y remite al censor, forzosamente, a tener que alegar la estimación errónea de los medios de instrucción.

De otro lado, al no haber la acusación derribado la conclusión del Tribunal respecto de la injusticia del despido, no es dable, entonces, imputarle quebranto normativo alguno respecto de la condena por prima de servicios. No sobra anotar, al respecto, que la sentencia de inexequibilidad referente a no perderse el derecho a esta prestación aun cuando hubiese existido despido por justa causa, fue posterior a la desvinculación del accionante (C-034 de 28 de enero de 2003).

El cargo, en consecuencia, no prospera.

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDANTE

Lo expone de la siguiente manera:

“MOTIVOS DE LA CASACIÓN. Se acusa a la sentencia impugnada por la primera causal de casación contemplada en el artículo 87 del C. P. T. y S.S., modificado por los artículos 60 del Decreto 528 de 1964 y 7 de la ley 16 de 1969”.

“ÚNICO CARGO: La sentencia acusada viola la ley sustancial por la vía indirecta en la modalidad de aplicación indebida de los artículos: 8 num. 5 del Decreto 2351 de 1965, Art. 141 del C.S.T., Art. 191 del C. P. C.. Art. 19 de la Ley 794 de 2003. Art. 64 del C.S.T. Art. 16 del Decreto 1295 de 2004, Art. 267 del C.S.T. modificado por el Art. 133 de la Ley 100 de 1993, Art. 306 del C.S.T., Art. 65 del C.S.T., Art. 210 del C. P. C., respecto de los Arts. 57, 64, 249 de la Ley 52 de 1975 y su Decreto reglamentario 116 de 1976, Arts. 1, 2, 3, 4, 8, 9, de la Convención colectiva de Trabajo, firmada entre el Banco Popular y el Sindicato de Trabajadores del Banco Popular, firmada el día 6 de Marzo de 1990”.

“La vulneración de las normas relacionadas, fue como consecuencia de los errores de hecho manifiestos en que incurrió el sentenciador de segunda instancia, que fueron los siguientes:

“1.- Dar por demostrado, no estándolo la situación poco amistosa en que quedaron las partes, ante la pérdida de confianza en el manejo de los dineros por parte del actor quien se desempeñaba como cajero principal”.

“2.- Dar por demostrado no estándolo, que lo directivos de la entidad demandada le solicitaron en varias ocasiones al demandante que se acogiera al nuevo régimen dispuesto en la Ley 50 de 1990”.

“3.- Dar por demostrado no estándolo que el salario para liquidar las prestaciones del demandante es el básico, es decir, la suma de \$830.208.00 pesos mensuales, cuando ha debido ser el salario promedio, o sea la suma de \$1.163.927.58 de acuerdo a la convención colectiva de trabajo”.

“4.- Dar por demostrado no estándolo que la indexación de \$48.423.817.76 es la suma de \$9.265.350.00, cuando realmente corresponde una suma mayor”.

“5.- No dar por demostrado estándolo que no están probados los perjuicios morales”.

“6.- No dar por demostrado estándolo, que sí ocurrió el faltante de \$1.040.000.00. y que le fue descontado al demandante”.

“7.- Dar por demostrado no estándolo, que concurrió la demandada a través de su representante legal a absolver el interrogatorio de parte, cuando realmente concurrió un funcionario del Banco y su procurador judicial, sin que tuviera facultad expresa para confesar”.

“Los notorios errores de hecho en que incurrió el sentenciador y por tanto a que llegó, fue por la errónea apreciación de los siguientes medios de convicción:

“1.- Del manual de descripción de funciones de la entidad demandada, del cajero principal 2 (demandante). (Folios 36 a 41)”.

“2.- Acta de la diligencias de descargos del demandante practicada el 25 de septiembre de 2001 (folios 43 y 44)”.

“3.- Acta de diligencias de descargos del 15 Noviembre de 2001, practicada al demandante. (folios 50 y 51)”.

“4.- Carta de desvinculación laboral de fecha 5 de diciembre de 2001, de la demandada al demandante (52 y 53)”.

“5.- Liquidación del contrato del demandante (folios 54 y 55)”.

“6.- Convención colectiva de trabajo firmada entre el Banco aquí demandado y la organización sindical” sintrapopular' de fecha 6 de marzo de 1990 (folios 58 a 106)”.

“7.- Testimonio de HECTOR MARIO LORZA MARIN (165 a 167)”.

“8.- Testimonio de OFER SANDOVAL POTES (172 a 174)”.

“9.- Testimonio de MARIO GERMAN ZÚÑIGA REBELLON (folios 185 a187)”.

“10).- Testimonio de NELLY EUGENIA MORALES VARGAS (folios 193 a 195)”.

“11).- Convención Colectiva de Trabajo, firmada entre la entidad demandada y la UNION DE EMPLEADOS BANCARIOS UNEB” de fecha 16 de diciembre de 1999 (folios 301 a 321)”.

“12). Comunicación de AMPARO MEJÍA GALLON – Asistente de Vicepresidencia de personal y Gerencia de Capacitación, LUISA FERNANDA MORENO CH. Asesora de evaluación de Desempeño a MIRYAN ESTHER BUSTAMANTE HOBAICA Gerente de Recursos Humanos Banco Popular donde da cuenta no se hizo evaluación de desempeño del demandante por los años 1999 a 2002 (Folio 328)”.

“DEMOSTRACIÓN DEL CARGO:

“Para una mejor comprensión a continuación expondré por separado los errores de hecho manifiestos a que he aludido, con anterioridad así:

“REINTEGRO COMO PETICIÓN PRINCIPAL DEL TRABAJADOR:

“Para el Tribunal, no hay lugar a lo solicitado, por la situación poco amistosa, por la pérdida de confianza en el manejo de los dineros por parte del demandante, además que éste manifestó que los directivos del Banco en varias oportunidades le solicitaron que se acogiera a la Ley 50 de 1990, lo que esta evidenciado con prueba testimonial”.

“De la documental que obra al (f. 52 y 53) (sic) del proceso, esto es, de la carta que da por terminado el contrato de trabajo por justa causa, no se dice por ningún lado que la entidad demandada haya perdido la confianza en el trabajador demandante, como consecuencia de los presuntos faltantes, que relacionan en dicha carta de despido. Esta prueba documental, no fue valorada por el sentenciador de segunda instancia y más aún de manera específica para la solicitud del reintegro del trabajador”.

“- Señores Magistrados, en lo atinente a la prueba testimonial, que para el caso concreto del demandante a la petición de reintegro, la sentencia de segundo grado no hizo ninguna valoración específica sobre cada uno de los testificantes, solo de manera general afirma que la prueba testimonial corrobora la situación poco amistosa en quien (sic) quedaron las partes. En efecto MARIO LORZA MARÍN (f. 165), conoce al demandante desde cuando entro al Banco, que la carrera de este, fue de mensajero, archivo, judiciales y arrendamientos, ahorros y el cargo de cajero principal. Cuenta que era una persona cumplidora de su deber, de sus horarios, nunca tuvo problemas ni con la caja ni en el Banco. Que eso sí le comentó que estaba aburrido porque lo estaban llamando para llegar a una negociación haber (sic) si se podía retirar; que él se sentía muy presionado, que estaba trabajando muy incomodo (sic) que sentía una persecución porque le estaban haciendo muchos arqueos. En lo que tiene que ver con los descuadres, cuenta el deponente que estos errores son normales, tanto es así que el Banco tiene establecidas para contabilizar estos descuadres que pueden ser sobrantes o faltantes, así también existe convencionalmente un auxilio de \$53.000.00 pagaderos mensualmente al cajero que se descuadre”.

“El testificante OFER SANDOVAL POTES (fl. 172), conoce ampliamente al demandante por ser su compañero de trabajo, dice al proceso que la Dra. Silvia Martínez Rondanelly, tanto a él como al demandante les hizo ofrecimientos de dinero para dejar de pertenecer a la institución, que a él el Gerente (sic) de turno señor Zúñiga Tertre le dijo que con el señor PELAEZ GARCIA (sic) había llegado aun (sic) acuerdo con el Banco, dejando de pertenecer a la institución, que lo único que estaba pendiente era la firma de la conciliación, que incluso eso se lo manifestó también el señor PELAEZ GARCIA (sic)”.

“El señor MARIO GERMAN ZUNIGA REBELLION (sic) (f. 135), dijo: (sic) conocer al demandante desde el momento en que entró al Banco, lo vio como una persona responsable en sus deberes, sabe que a OFER y a LUIS CARLOS el Banco les había ofrecido una plata para que se retiraran, pero ellos no se retiraron, que le consta que ya se había hecho un arreglo para que él se fuera del Banco, que incluso hablo (sic) con él el día que se iba, pero después se desbarato (sic) el arreglo y lo despidieron”.

“Equivoca el Tribunal en su sentencia de segunda instancia, cuando afirma la negativa del reintegro en el hecho de la situación poca (sic) amistosa en que quedaron las partes ante la pérdida de confianza en el manejo de los dineros por parte del actor, afirmación que se simenta (sic) en la prueba testimonial”.

“Sin embargo de una lectura juiciosa de los testimonios antes relacionados y comentados, se encuentra que esto refiera a un estado de animosidad y de retaliación entre las partes que llevaron

al Juez (sic) de manera “razonada” a negar como se ha hecho el reintegro. Lo observado es decir lo poco amistoso (sic), son las incomodidades rutinarias y normales que se presentan en una relación laboral, que no conllevan necesariamente la pérdida (sic) de la confianza por parte del patrono en el trabajador”.

“Señores Magistrados las circunstancias, que deben tomarse en consideración, para determinar si el trabajador debe ser reintegrado o indemnizado, pueden ser anteriores, coetáneas o posteriores al despido. Sobre el particular con el debido comedimiento me permito transcribir a continuación, lo que sobre a dicho (sic) esa misma Sala:

“(Aquí el censor transcribe apartes de la sentencia que identifica como proveniente de esta Sala, de fecha 18 de Maipo de 1978, exp. 6033)”.

“REVISIÓN DE LA INDEMNIZACION POR DESPIDO INJUSTO”.

“Para el sentenciador de segunda instancia, la indemnización a que tiene derecho el trabajador demandante es la suma de \$830.208.00 mensuales, es decir el salario básico del trabajador, lo que arroja un total de \$48.423.817.76. Aclarando que no es la suma de \$80.118.526.00, como lo hizo el sentenciador de primera instancia tomando para ello un salario promedio de \$1.163.927.58. Además afirma el Tribunal que la indexación debe tomarse sobre los \$48.423.817.76, que arroja una indexación de \$9.265.350.00. soportada sobre la devaluación de la moneda expedida por el DANE acorde al artículo 191 del CPC, modificado por el Art. 19 de la Ley 794 de 2003, lo que da un resultado total de \$57.689.167.76 incluida la correspondiente indexación”.

“Además de lo anterior, en la sentencia de segundo grado se dice que el \$1.163.927.58, solo se podía tener en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales por parte del Banco demandado. Pero para efectos de la liquidación de la indemnización de acuerdo al Art. 8 de la convención colectiva de trabajo solo cuenta la suma de \$830.208.00 que es el salario básico del extrabajador (sic). Esta afirmación es equivocada, porque la prueba documental (Convención Colectiva de Trabajo), refiere a días de salario, y como se trata de una terminación unilateral del contrato de trabajo se debe tomar en consideración el salario promedio y no el básico. Entre otras cosas porque de acuerdo a las nuevas interpretaciones jurisprudenciales se entiende por salario lo siguiente: (Aquí el actor afirma transcribir apartes de sentencia de esta Sala del 12 de Febrero de 1993, sin suministrar número de radicación)”.

“(Transcribió además, apartes de la que manifiesta es la sentencia C-521 de 1995 de la Corte Constitucional.)”.

“Señores Magistrados, sin prejuicio (sic) de que se observe que por el hecho de hacer esta cita o comentar lo relativo al salario, se diga que el cargo ha debido hacerse por otra vía. queda evidentemente claro que la distinción entre salario básico y salario promedio no debe buscarse en su causa sino en su finalidad, esta última para el caso que nos ocupa es precisamente el de liquidar las prestaciones sociales del extrabajador (sic) bancario, como atinadamente lo dice el sentenciador de segunda instancia, que sin embargo termina concluyendo que para efectos de la indemnización que trata el Art. 8 de la Convención Colectiva de Trabajo, se debe hacer sobre el salario básico”.

“Teniendo en cuenta la convención colectiva con su Art. 8 como soporte de la indemnización, esto es, 96 días por el primer año y 78 días por cada uno de los siguientes años, multiplicados por 22 años, del total de 23 años laborados, nos arroja un total de 1.812 (sic) días que multiplicados

por \$38.797 como valor diario, sacado este último valor de dividir por 30 el salario promedio (\$1.163.927.58) nos da un total de \$70.300.164.00, el que debe indexarse desde el momento del despido del trabajador demandante, esto es el 5 de Diciembre de 2001, indexación que debe pagarse en principio hasta el 23 de Junio de 2006. (Providencia segunda instancia)".

"Si indexamos los \$48.423,817.76 como el I.P.C., tendríamos lo siguiente:

AÑO IPC VALOR

2001 \$48.423.817.76

2002 6,99 \$51.808.642.62

2003 6,49 \$55.171.023.53

2004 5,50 \$58.205. 429.82

2005 4,85 \$61.028. 393.17

2006 3,02 \$62.781. 450.64

Fuente DANE Junio de 2006.

"Los \$62.781.450.64, sería la suma a pagar con la indexación. Es decir la indexación es la suma de \$ 14.357.632.88 que corresponde a la actualización de la moneda, desde el 5 de Diciembre (sic) de 2001 al 23 de Junio (sic) de 2006".

"DEL RECONOCIMIENTO DE LOS PERJUICIOS MORALES".

"Para el Tribunal la indemnización por perjuicios morales no encuentra respaldo probatorio en el proceso por cuanto no probo (sic) el demandante que con la terminación del contrato se hubieran producido estos, que además en la indemnización por despido injusto se tiene incluido el lucro cesante el daño emergente que lo que se quiere entonces, es la reparación plena de daños y perjuicios distinta a la tarifada haciéndose necesario probar dichos daños ya que estos no se derivan del vínculo (sic) contractual, al no ser de su esencia".

"Los perjuicios morales, son entendidos como aquellos daños, valga la redundancia, morales que no afectan aspectos económicos sino asuntos íntimos, sentimentales, afectivos, emocionales, dichos daños como por ejemplo la angustia por la enfermedad de un familiar, el dolor por la muerte de un ser querido, un trabajador que tiene un proyecto de vida con su familia, de capacitación, estudio y profesionalización y es despedido de manera unilateral e injusta, pero además los perjuicios que se causan cuando se lesionan los sentimientos más íntimos de la persona debido a un impacto emocional o afectivo; es igualmente el dolor que experimenta la persona perjudicada a las que se encuentra unidas a ellas sentimentalmente".

"El demandante (sic), contrario a lo que dice el fallador de segundo grado, dejo de observar y valorar las pruebas que demuestran los perjuicios morales del demandante, que de haberlo hecho su conclusión y por tanto su sentencia sobre el particular hubiese sido distinto, En efecto al (f.25) (sic) reposa Certificado (sic) médico del Dr. Guillermo Restrepo de fecha 27 de Diciembre (sic) de 2001, para el examen de retiro el que no se practico (sic) por falta de orden del Banco demandado, constituyéndose en una burla para el demandante. que afecta su estado emocional y sus sentimientos de una institución que lo maltrata a la cual sirvió durante 23 años. Las distintas

ocasiones en que fue llamado a diligencia de descargos (fls. 43, 44, 48, 49, 50, 52, 52 y 53) donde se le atribuye haber registrado un faltante. Las distintas ocasiones en que se le conminó al demandante por parte de la entidad bancaria que abusando de su poder subordinante compelió a este a suscribir deudores varios por el valor del faltante (f.-sic- 45 y 47). De la situación de acoso y persecución laboral hacia el demandante, conducta indignante por parte de la entidad demandada dirigida a LUIS CARLOS PELAEZ GARCIA (sic), se puede leer en los (fs. 165 a 167) (sic) en la prueba testimonial de Héctor Mario Lorza Marín Cuando (sic) dice: “En esa época el compañero LUIS C4RLOS me manifestaba que no se sentía muy bien con ella (refiere a Ofer Sandoval) por que sentía es persecución de los arqueos y sentía que pues ella con esa desconfianza con el y se sentía nervioso trabajando con esa presión”. El mismo señor Ofer Sandoval Potes días antes de despedir al demandante dice que este fue separado del cargo sin ninguna función específica asignada sin haber dejado de percibir el salario como cajero, estando pendiente la firma de conciliación con el Banco (f. 173), sin embargo como se extrae del proceso y específicamente de esta prueba testimonial días siguientes (sic) el trabajador fue vapuleado como persona y en sus sentimientos al hacérsele creer que iban a conciliar con el banco y sin embargo la intención de este y de sus funcionarios era otra, es decir la despedirlo (sic). Idéntica situación la ratifica el declarante MARIO GERMAN (sic) ZÚÑIGA (f. 186 vuelto, (sic) cuando dice que al demandante lo tenían nervioso permanente (sic) por los frecuentes arqueos que le realizaban, y que siempre se lo hacían a él de primero”.

“DEL PAGO DE APORTES AL ISS”

“El Tribunal en su sentencia afirma que no hay lugar al pago de dichos aportes, porque no tiene ningún fundamento legal, porque al haberse terminado el contrato de trabajo cesa para el empleador la obligación de continuar cotizando al sistema de seguridad social. Lo anterior no es del todo cierto, porque el demandante es una persona que está próximo a los 60 años, es decir, un adulto mayor, de muy difícil consecución de empleo a esta edad y por tanto de la protección de la seguridad social, cosa muy rara en los momentos de los tecnócratas neoliberales en tales circunstancias la cotización para pensión tiene vocación de carácter permanente. y lo mismo se predica de la salud y riesgo. profesionales. Fundamento lo expresado en: “La seguridad social actualmente está consagrada en las normas constitucionales modernas y en las declaraciones internacionales sobre derechos humanos y derechos económicos y sociales como un derecho de toda persona por el solo hecho de vivir eni sociedad. Precisamente la nueva Constitución colombiana define la seguridad social como un derecho colectivo y un servicio público esencial, que puede ser prestado por el Estado o los particulares, conforme a los principios de universalidad, solidaridad, y eficiencia, elementos de competencia, (Arículo -sic- De -sic- Hernando Torres Corredor en el libro el arte de los Riegos -sic- Profesionales una perspectiva crítica. Publicación de la Procuraduría General de la Nación)”.

“La privación injustificada de los aportes al ISS que deben hacerse igual que la indexación desde el momento del despido hasta el fallo de segundo grado, porque de lo contrario el núcleo familiar del trabajador demandante y naturalmente de el (sic) mismo, que al ser privado de dichos aportes queda sin protección alguna, por lo menos en salud para él y sus beneficiarios. La conclusión del fallo de segunda instancia hubiese sido otra, de haber valorado la constancia médica que obra al (f. 25) (sic) y a los (fs. 135 y 136) (sic) en los que se puede escrutar su edad”.

“LA DEVOLUCIÓN DE LA SUMA DE \$1.040.000.00.

“La Magistratura del Tribunal, consideró que no habla lugar a tal devolución por cuanto el demandante acepto (sic) el pago de dicho valor autorizando su descuento, que sin embargo esa

suma no le aparece descontada en la liquidación definitiva de prestaciones sociales ni de su salario, por lo que no hay razón para ordenar la devolución de la referida suma. El Tribunal sobre este aspecto en concreto dejó (sic) de valorar las siguientes pruebas: Los (fs. 27, 28 y 29) que contiene toda la reglamentación para realizar los arqueos de caja en todas las dependencias del banco. El 11 de Septiembre de 2001 la señora Silvia Martínez Rondanelly Asistente Regional de Personal (sic) le ordena al señor Miguel José Zúñiga Tetre que el demandante debe firmar el deudores varios por valor de \$1.040.000.00, ello se puede verificar al (f. 45). El 5 de Diciembre de 2001 se le comunica por escrito al trabajador demandante, por parte de funcionarios de la entidad bancaria que se le contabilizan en el rublo (sic) de deudores varios por \$1.040.000,00 a cargo de este (fs.52 y 53), Si bien es cierto que la liquidación final de prestaciones no aparece descontada esta suma (fs 54 y 55), no quiere decir que no se haya descontado. El trabajador demandante en el interrogatorio de parte que obra al (f. 46 vuelto) acepta que fue escuchado en diligencia de descargos por un faltante que se presentó (sic) en el cajero automático. De manera específica en el (f 203) (sic) se lee lo siguiente: “Acta de arqueo de caja del 13-09-01 por valor de \$1.040.000.00 (sic) moneda corriente con el comprobante contable correspondiente suscrito en Septiembre 11 de 2001 (fecha del faltante y nota suscrita por el actor aceptando “deudores varios” por el faltante en caja por la suma de \$1.040.000.00 (sic) moneda corriente, expresamente el actor en ese documento manifiesta: “acepto el presente faltante el cual autorizo descontar de mi sueldo, primas o pagos... “. De manera nítida señores Magistrados en el mismo folio antes indicado se dejó (sic) constancia de lo siguiente:

“El extrabajador autorizo (sic) los descuentos, según documentos que hemos adjuntado en esta diligencia y se refleja en la liquidación final de prestaciones sociales en el acápite de deducciones de descuentos para abonar “a deudores varios” uno por \$1.135.000.00 M/te, y otro por \$890.446.00 M/cte, y los otros ya los había pagado...” (f. 203). (He subrayado). Queda debidamente demostrado que la suma que se pregona si (sic) le fue descontada al trabajador demandante, contrario a lo que afirma el sentenciador de segunda instancia. Error en que incurre al no valorar las pruebas atrás indicadas, pero específicamente la del (f.203) (sic)”.

“REVOCATORIA DE LA SANCIÓN DE LOS DÍAS 4 Y 5 DE NOVIEMBRE DE 2001”.

“Para el Tribunal no hay lugar a esta revocatoria por la aceptación del demandante de un descadre el 18 de Septiembre de 2001, justificándolo como un error involuntario, asumiendo su responsabilidad. Concluye que si bien no amerita despido si (sic) permite una acción disciplinaria como falta leve. Equivoca igualmente el Tribunal, porque si su conducta y comportamiento como trabajador de la entidad bancaria no incurrió en causales que justifiquen su despido, al contrario puede derivarse una falta leve, pues esta no esta (sic) descrita en ningún reglamento que obre en el proceso. A contracorriente la institución bancaria estableció el reglamento y procedimiento para los arqueos, la creación de cuenta para el manejo de efectivo de los cajeros automáticos, lo que es visible en (fs.26 a 33) (sic), en el Art. 32 de la Convención Colectiva de Trabajo, se regula la bonificación especial para cajeros, es decir que de alguna manera el banco acepta que con regularidad ocurren estos descuadres, ello es verificable al (f. 65 vuelto); De otro lado tampoco se siguió ningún proceso para la aplicación de sanciones como lo establece el Art. 9 de la Convención Colectiva de Trabajo como se puede verificar al (f. 60 vuelto)(sic). Y finalmente la citación a. descargos al demandante fue extemporánea como se dejó (sic) constancia de la representante sindical Esperanza Troches, lo que se puede leer al (f 51). Pruebas estas que haber (sic) sido valoradas por el sentenciador de segundo grado su conclusión hubiese sido distinta”.

“CONDENA A PESION (sic) SANCIÓN”.

“La sentencia atacada la considera improcedente, por cuanto solo es aplicable en el evento que el empleador haya omitido afiliar al trabajador al sistema general de pensiones lo que no ocurrió. Sin embargo, es igualmente incontrastable, que desde el momento que se produjo el despido unilateral e injusto de mi poderdante, hasta el presente no ha tenido ningún tipo de seguridad social., conllevando aparejada el pago de estos aportes para tal finalidad, como puede verse y confirmarse con las documentales de lo fls (135 y 136) (sic) amen de la obrante a las páginas 57, 185, 186, 187, 202, 203, 204, que de no hacerse aconsejable su reintegro llevaría a la prestación reclamada. Pruebas que dejo (sic) valorar el Tribunal de Segunda instancia”.

“LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA DEL ARTÍCULO 65 DEL CST”.

“Para el Tribunal el artículo 65 del CST, es de naturaleza moralizadora en las relaciones laborales, especialmente de pago oportuno de su salario”:

“Señores Magistrados, hasta ahora es un hecho incontrastable, que hubo un despido injusto, y que igualmente no se pago (sic) la prima proporcional de servicios, de ello no hay duda. La norma en su sentido literal es esa. La carencia de buena fe de la demandada, es palpable cuando dejo (sic) de pagar a (sic) lo que estaba obligada. no (sic) otra cosa se desprende de la liquidación final de prestaciones finales del demandante, y así lo comprobó el Tribunal de segunda instancia, al revisar la documental que obra a los folios (54 y 55) (sic) del proceso. De donde se colige que una entidad financiera tan importante con las mejores asesorías jurídicas del País (sic) no puede escudarse, e involuntariamente dejo (sic) de cancelar la proporción de la prima de servicios. No se encuentra de acuerdo a la sentencia en que el sentenciador de segundo grado fundamenta su negativa de la indemnización moratoria que se encuentre alguna razón o causa que exonere de la mala fe al patrono. Tampoco se aprecia que la entidad demandada haya razonado plausiblemente que no estaba obligada a pagar esta prestación. En este orden de ideas y no encontrándose explicación alguna en las documentales que obran a los (fs. 52, 53, 54 y 55) (sic), los cuales no fueron valorados para este punto específico (sic), errando el Tribunal por esta omisión es que debe de prosperar la solicitud indemnizatoria”.

“CONFESIÓN FICTA O PRESUNTA”

“Dice el Tribunal que no le asiste razón al apelante porque la persona que concurrió en representación de la entidad demandada, lo hizo desde un comienzo del proceso, otorgando poder a un profesional del derecho, para que contestara la demanda y la representara en el curso del mismo, sin que la demandante hubiera demostrado su inconformidad, por lo que a este momento resulta extemporánea su inconformidad. Con todo respeto para con el tribunal que providenció la sentencia que aquí se demandada, al (f. 196), el colega que en ese momento fungía como apoderado del demandante en el momento del interrogatorio dejo (sic) la siguiente constancia: “Me abstengo de seguir formulado (sic) preguntas por cuanto que la persona indicada para absolver este interlocutorio no es y debe ser el señor MIGUEL JOSE ZUÑIGA TERTRE (sic), persona quien tuvo directamente conocimiento de los hechos que dieron motivo al despido o terminación unilateral del contrato de trabajo con mi representado. Por tanto solicito al despacho se sirva tener en cuenta esta situación para los efectos legales que demanda este proceso es todo”.(He subrayado). En ese mismo interrogatorio se afirmo (sic) que para el mes de Diciembre de 2001 el Gerente del Banco Popular de la ciudad de Buga era el señor MIGUEL JOSE (sic) ZUÑIGA TERTRE. De Suerte (sic) que no se observa porque se objete la extemporaneidad cuando hay prueba en el proceso de dicha inconformidad y a la cual no se

refirió el Tribunal”.

“Señores Magistrados en la demandada igualmente se indicó que si bien la entidad demandada tenía su domicilio principal en Bogotá esta iba dirigida específicamente contra la agencia o sucursal de la ciudad de Guadalajara de Buga Valle representada por el señor MiGUEL JOSE (sic) ZÚÑIGA TERTRE a si (sic) se observa al (f. 12) (sic) Refuerza lo anterior que en la solicitud de pruebas de la demanda (f. 17), en el interrogatorio de parte se cita como representante legal es al de la agencia de Buga, persona ya mencionada y así se ordenó en la primera audiencia de trámite como puede leerse al (f.55) (sic) del proceso. De suerte que hubo una total ausencia de la valoración de las pruebas documentales aquí indicadas, por lo que resulta realmente extemporánea en la afirmación del Tribunal sobre el particular”.

“REVISIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES”

“La sentencia demandada consagra que no hay lugar a ello porque constituye un trecho nuevo no solicitado en la oportunidad legal. siendo improcedente, agregando además que lo que se solicito (sic) es la reliquidación de las prestaciones sociales, de las que no hay constancia de que se hayan liquidado equivocadamente. Dejando a salvo la prima de servicios proporcionales. Con todo respeto no es un hecho nuevo en la demanda (sic) (f. 4) se esta (sic) pidiendo al pago de lo que resultare probado en el proceso por concepto de reliquidación de las prestaciones sociales. igualmente (sic) cuenta para lo anterior que no se liquido (sic) sobre un salario promedio sino sobre un salario básico (fs 54 y 55) (sic) y que también se dejo (sic) de incluir en la liquidación final de prestaciones sociales la prima proporcional de servicios. Conceptos estos especialmente el de salario promedio que tiene una incidencia sustancial en la liquidación final de prestaciones. Así las cosas también erró el Tribunal al omitir la valoración de estas pruebas e interpretar equivocadamente lo solicitado en la demandada como reliquidación de las prestaciones sociales”.

“Por lo anterior es que solicito casar parcialmente la sentencia enervada (sic) por cuanto se ha incurrido en violación indirecta por la errónea apreciación de las pruebas reseñadas que obran en el proceso, y en su lugar dictar la sentencia que corresponde.”

LA RÉPLICA

Aduce que el alcance de la impugnación está formulado incorrectamente por considerar el censor a la Corte como una tercera instancia al pedir que revoque el numeral tercero de la sentencia de segunda instancia. De otro lado, alega que se piden una serie de pretensiones excluyentes; además, que la demostración de los supuestos errores no es sino un alegato de instancia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Sea lo primero advertir que el alcance de la impugnación presenta un nivel de precariedad suficiente como para desestimar el cargo.

En efecto, el censor solicita la casación parcial de la sentencia del ad quem que modificó a la de primer grado para condenar al Banco a pagar al actor \$57.689.167.76 por concepto de indemnización por despido injusto debidamente indexada, y que, “así mismo”, en sede de instancia, revoque el numeral tercero de la sentencia del tribunal, confirmatorio de absoluciones varias sobre reintegro como petición principal, revisión de la indemnización por despido injusto, reconocimiento de perjuicios morales, pago de aportes al ISS, devolución de \$1.040.000, revocatoria de sanción de los días 4 y 5 de noviembre de 2005(sic), condena a pensión sanción, carga moratoria del artículo 65 del CST y confesión ficta o presunta del artículo 210 del CPC, lo

cual implica el incumplimiento de presupuestos mínimos respecto del objeto a alcance de la impugnación, ya que nada dice sobre qué debe hacer la Corte con la sentencia de primera instancia: si confirmarla, revocarla o modificarla, selección que, dado el carácter rogado del recurso y la insoslayable imparcialidad que debe regir su actuación ante las partes, corresponde tomar es al recurrente. Acá, con un agravante: dada la calidad de excluyentes que ostentan las pretensiones de reintegro respecto de las demás, con mucha más razón tenía el actor que definir su aspiración. Valga, entonces, recordar lo que respecto del alcance de la impugnación la jurisprudencia de la Sala ha expresado, entre otras, en sentencias como las de 1º de diciembre de 2004, rad.22541, y de 11 de octubre de 2005, rad. 24440:

“Debe reiterar la Sala, ante la ostensible precariedad en el manejo del recurso dentro del presente caso, que la casación -dado su carácter de recurso extraordinario- está sujeta a requisitos de orden legal y de desarrollo jurisprudencial, los cuales es menester que sean cumplidos por quien opta por ejercerlo”.

Tales requerimientos de técnica, no constituyen un culto a la forma sino que son ingredientes jurídico lógicos de la racionalidad del recurso; constituyen su debido proceso y son imprescindibles e insoslayables para que aquél no se desnaturalice y termine convertido en una tercera instancia no prevista en la ley”.

“Uno de tales requisitos es el alcance de la impugnación, previsto en el numeral 4 del artículo 90 del CPTSS”.

“Ha indicado la Corte en múltiples fallos que el alcance de la impugnación debe contener la indicación de lo que se debe casar, es decir, la parte de la sentencia acusada que debe quebrarse, o la totalidad de la misma, conforme a las circunstancias del caso; la actividad de la Corte en sede de instancia, o sea, señalar si el fallo de primera instancia debe confirmarse, revocarse o modificarse; y, en estos dos últimos casos, qué debe disponerse como reemplazo”.

“Sabido es que el recurso de casación se desenvuelve en las fases de estudio de la legalidad del fallo gravado y la de anulación -en su caso- del mismo, procediendo la Corte como tribunal de instancia a proveer sobre lo principal de la litis. Pero esta segunda parte no puede realizarse si el recurrente no ha suministrado el alcance de la impugnación, o sea, no ha expuesto a la Corte si se persigue confirmación, revocatoria o modificación de la sentencia de primera instancia, deviniendo entonces en incompleto o ineficaz tal alcance”.

“Dada la naturaleza dispositiva del recurso la Corte no puede suplir el silencio del recurrente al respecto...”

“Dada la naturaleza dispositiva del recurso la Corte no puede suplir el silencio del recurrente al respecto incurriendo en suposiciones o presunciones acomodaticias sobre la real voluntad de éste, distorsionando de paso el obligatorio principio de imparcialidad que su calidad de juez le aparea”.

“Acá, como se indicó, simplemente se solicitó a la Sala casar la sentencia acusada, y tal omisión, de por sí, torna inestimable el cargo. Al respecto ha dicho la Corte:

“...Aunque prosperara el recurso, no podría hacerse modificación alguna sobre la sentencia de primera instancia, porque no se pidió de ella confirmación, ni revocatoria, ni modificación. Lo anterior hace que el alcance de la impugnación sea incompleto o ineficaz”.

“Por lo demás, el alcance de la impugnación, también lo tiene explicado la jurisprudencia, es el *petitum* de la demanda de casación, **por lo cual sin él es inestimable el recurso...**” (CSJ, Sent. Mayo 17/73”).

De otro lado, sabido es que la Corte, una vez que casa un fallo, total o parcialmente, no puede proceder a revocarlo, porque la casación conlleva la extinción de aquél en el universo jurídico en su todo o en una parte del mismo; por manera que, anulado un fallo, como se dijo, la actuación de la Corte se encauzará a definir lo pertinente en cuanto a la decisión del a quo

Con todo, si en flexible postura garantista la Corte, al engranar la demanda de primera instancia con el recurso extraordinario, procediese a asumir una interpretación de lo que el censor en realidad quiso manifestar, y concluyese que desea que se decrete su reintegro, o que, en subsidio, se acceda al resto de pretensiones, es decir, revocatoria de lo decidido por el a quo, se haría el siguiente análisis:

En lo relativo a los dos primeros errores de hecho endilgados al ad quem, ambos encaminados, si se prueban, a obtener que se decrete el reintegro del accionante, baste recordar que la censura debe derruir absolutamente todos los cimientos conceptuales en que el fallador sustentó su decisión o la parte que se controvierte de la misma, pues, de no hacerlo, resultarán inanes las acusaciones parciales ya que aquélla seguirá fundamentada en la razón no controvertida.

En el sub lite, el Tribunal, para optar por no reintegrar al demandante, se basó en tres circunstancias: a) la situación poco amistosa en la que quedaron las partes ante la pérdida de la confianza en el manejo de los dineros por parte del actor; b) el hecho de haber los directivos del Banco, en diferentes oportunidades, solicitado al trabajador que se acogiera al nuevo régimen dispuesto en la Ley 50 de 1990; y c) también le solicitaron, en subsidio de lo anterior, que negociara su retiro, por ser uno de los empleados más antiguos y generar una carga prestacional para el Banco, hecho que el ad quem consideró que hacía desaconsejable el reintegro; sin embargo, el censor restringió su ataque a las razones a y b, mediante los presuntos errores de hecho 1 y 2, y dejó incólume la justificación registrada en el literal c, lo que, como se advirtió, deja la decisión sobre no reintegro sustentada legalmente en ella, dadas las presunciones de legalidad y acierto que revisten el fallo, independientemente de su acierto o desacierto.

Cabe recordar que, en lo atinente al deber del censor de derribar todos los fundamentos del fallo, la Sala ha manifestado:

“El censor no asume la verdadera obligación que a él incumbe, cual es la de socavar todos y cada uno de los fundamentos que le sirven de soporte al fallo gravado,...Omisión de por sí suficiente para mantener la sentencia recurrida porque la presunción de acierto y legalidad que la cobija frente al recurso extraordinario, sigue vigente con referencia a los soportes indicados.”(Rad. 20607 – 9 de octubre de 2.003).”

“...cuando se acude a la vía indirecta para buscar la anulación del fallo de segundo grado, le corresponde al impugnante desquiciar todas las inferencias fácticas y probatorias del Tribunal, porque con una sola de ellas que quede inatacada, la decisión tiene que mantenerse incólume, dado el carácter rogado del recurso que le impide a la Corte actuar de manera oficiosa.”(Rad. 20974 – 23 de noviembre de 2.003).”

De otra óptica, procede indicar que la censura hace derivar, los errores de hecho imputados al Tribunal, de una errónea estimación probatoria, sin embargo, al referirse a la carta de despido para demostrarlos, expresa que no fue valorada, lo cual implica incongruencia, pues una prueba

no puede ser valorada y no estimada simultáneamente, por manera que, al no acreditarse tales errores con dicha prueba calificada, no es posible acceder a la testimonial, no calificada, sobre la que el impugnante procedió a complementar su acusación, y sobre la que reconoce que el Tribunal cimentó sus conclusiones (fl. 20 cuad. Corte).

El tercer error de hecho, al rompe, es patente que el ad quem no lo cometió, conclusión a la que fácilmente se llega al contrastar su literalidad con el fallo controvertido:

Se imputa al ad quem el “Dar por demostrado, no estándolo, **que el salario para liquidar las prestaciones del demandante es el básico** es decir la suma de \$830.208.00 pesos mensuales, cuando ha debido ser el salario promedio, o sea la suma de \$1.163.927.58, de acuerdo a la Convención Colectiva de Trabajo” (resalta la Sala), cuando el fallo del Tribunal dice, respecto del salario **para liquidar prestaciones**, precisamente, todo lo contrario: “...**la suma de \$1.163.927.58, que era el valor que únicamente se podía tener en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales por parte del Banco Popular...**” (resalta la Sala).

Es dable advertir la incongruencia entre el específico error de hecho enrostrado, atinente a prestaciones sociales, con el que aparentemente lo intenta demostrar, relativo a materia diferente, cual es la cuantía de la indemnización por despido, rubro que no constituye, como es sabido, prestación social. De otro lado, el planteamiento sobre lo que debe ser considerado salario y lo que no, es materia de raigambre netamente jurídica, no correspondiente a la vía indirecta en la que se hace transitar la acusación.

En cuanto al supuesto cuarto error de hecho, en el cual se estima que la indexación de \$48.423.817.76 no corresponde a \$9.265.350 sino a una suma mayor, es patente que tal circunstancia no corresponde a tal clase de yerro propiamente sino a un eventual error aritmético, por lo cual, su solución corresponde adelantarse en la instancia respectiva, ante el juez correspondiente, mediante la activación del mecanismo legal contemplado en el artículo 310 del CP

y no en sede de casación.

Referente al 5 error de hecho atribuido al colegiado, atinente a no dar por demostrado, estándolo, que no están probados los perjuicios morales, es de señalar que aquél los restringió a los derivados de la terminación del contrato de trabajo, tal como lo indica el mismo recurrente al hacer la introducción de la demostración de dicho error de hecho: “Para el Tribunal la indemnización por perjuicios morales no encuentra respaldo probatorio en el proceso, por cuanto no probó el demandante que **con la terminación del contrato** se hubieran producido estos...” (resalta la Sala), sin embargo, al entrar a demostrar el error, el censor, de un lado, habla de haberse dejado de valorar y observar las pruebas que demuestran aquéllos, cuando, como se recuerda, al presentar la acusación había enrostrado errónea estimación de las mismas y, de otro, en un giro sorpresivo, deja a un lado los perjuicios atinentes a la terminación del contrato para alegar, ahora, los derivados de la práctica del examen médico de retiro, de las ocasiones en fue llamado a descargos, de las distintas ocasiones en que se le conminó a suscribir créditos por vía de la cuenta de deudores varios y, finalmente, de la presunta situación de acoso y persecución laboral en que se encontraba, todo lo cual deja incólume la decisión del ad quem sobre los derivados de la terminación del contrato, que, además, consideró debían ser probados al no derivarse necesariamente del vínculo contractual, postura que, por otro lado, implicaba una controversia en el terreno de lo jurídico y no de lo fáctico.

Es de advertir que, en la demostración de los errores de hecho se argumenta en cuanto al pago de los aportes al ISS; sin embargo no se planteó, en realidad, error de hecho alguno correspondiente a tal demostración. Con todo, de haberse alegado la existencia de uno en tal sentido, es claro que el razonamiento del Tribunal fue, en cuanto a tal circunstancia, de raigambre jurídica, al considerar que al finalizar una vinculación laboral cesa la obligación de cotizar, por lo que, la controversia de aquél procedía por vía directa y no por la de los hechos.

En lo relativo al descuento alegado de \$1.040.000.00, el Tribunal manifestó que había encontrado acreditado que el demandante había aceptado asumir el pago de dicho valor y que autorizó su descuento (citó el ad quem el folio 207 del expediente); además, que dicha suma no le aparecía descontada en la liquidación definitiva de prestaciones sociales, y que no había constancia de que le hubiera sido descontada del salario.

El censor se afana en demostrar que, aun cuando no en la liquidación definitiva de prestaciones, sí existió el descuento. Sin embargo a ningún error ello conduce, en el caso de admitir que así fue, al tener en cuenta que se reconoce que el mismo fue autorizado por el trabajador, lo que conlleva a la improcedencia de devolución alguna.

A continuación, en el desarrollo de la demostración de los errores de hecho imputados al ad quem, la censura alega sobre “revocatoria de la sanción de los días 4 y 5 de noviembre de 2001”, sobre “condena a pensión sanción”, acerca de “indemnización moratoria del artículo 65 del CST” y respecto de “revisión de prestaciones sociales”, mas, es palpable, como sucedió respecto del pago de aportes al ISS, que respecto de tales argumentaciones no hubo, realmente, ninguna imputación de error de hecho alguno, ni ninguno de los siete que se presentaron aluden a éstas, por manera que, ante tal circunstancia, tales argumentaciones devienen en mero alegato de instancia, inanes, ante tal calidad y por la inexistencia de la materia (error de hecho) a la que forzosamente debían referirse.

En lo atinente a que hubiese concurrido a absolver interrogatorio de parte un funcionario del Banco que no tenía tal carácter, es de manifestar que, el ad quem, además de considerar que quien concurrió al interrogatorio había sido la misma persona que había conferido poder y llevado la representación del Banco desde un principio, también fundamentó su negativa a activar la confesión ficta en razón jurídica diferente, cual es la necesidad de que el juez deje constancia de ello en la misma diligencia, criterio que apuntaló al transcribir apartes de la sentencia 16496 de 12 de septiembre de 2001 proferida por esta Sala, lo cual no fue objeto de ataque por la censura y, por lo tanto, se erige en sustento de la decisión, como se explicó en otro aparte de este fallo.

El cargo del accionante, ante lo motivado, también se desestima.

Dada la improsperidad de los recursos, no resulta procedente la condena en costas.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el 23 de junio de 2006, dentro del ordinario laboral promovido por LUIS CARLOS PELÁEZ GARCÍA en contra del BANCO POPULAR S.A.

Sin costas en el recurso extraordinario.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL

TRIBUNAL DE ORIGEN.

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ

CAMILO TARQUINO GALLEGO ISAURA VARGAS DÍAZ

MARÍA ISMENIA GARCÍA MENDOZA

Secretaria

2



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de agosto de 2019

