



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral

GERARDO BOTERO ZULUAGA

Magistrado ponente

SL2883-2020

Radicación n.º 41114

Acta 28

Bogotá, D.C., cinco (05) de agosto de dos mil veinte (2020).

Procede la Corte a darle cumplimiento a la sentencia de tutela STC3086-2020 del 18 de marzo de 2020, proferida por la Sala de Casación Civil, mediante la cual se ordenó dejar sin efectos la sentencia de casación del 2 de agosto de 2011, y profiera un nuevo pronunciamiento.

Lo anterior teniendo en cuenta que, en acatamiento a lo dispuesto en auto del 4 de junio de 2020, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, remitió el expediente de la referencia el pasado 29 de julio.

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por **MARÍA MERCEDES GARCÍA PEREA**, contra la sentencia proferida el 15 de abril de 2009, por la Sala de Descongestión Laboral, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali,

dentro del proceso ordinario laboral que la parte recurrente promovió contra las **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI “EMCALI” EICE ESP.**

I.- ANTECEDENTES

En lo que interesa al recurso, MARÍA MERCEDES GARCÍA PEREA demandó a las Empresas Municipales de Cali “EMCALI” E.I.C.E. ESP., para que reliquide y pague su pensión de jubilación vitalicia convencional, con la inclusión del 50% de la prima de vacaciones, el 50% de la prima proporcional de vacaciones, la totalidad de la prima de antigüedad, la prima proporcional de antigüedad devengadas durante su último año de servicios, por cuanto dichos valores no fueron incluidos en la liquidación de su pensión violando de tal forma, el artículo 48 y el 104 del Anexo 1 de la convención colectiva de trabajo 2004-2008.

Fundamentó sus pretensiones en que prestó sus servicios a EMCALI E.I.C.E. ESP. desde el 29 de abril de 1991 al 25 de abril de 2007; que su último cargo fue el de Profesional Operativo I., que por haber cumplido con los requisitos que exige la Convención Colectiva de Trabajo 2004-2008 la entidad le reconoció pensión de jubilación vitalicia; que su último año de servicios está comprendido entre el 26 de abril de 2006 y el 25 de abril de 2007, dentro del cual devengó una serie de primas legales y extralegales, las cuales no se le tuvieron en cuenta en su totalidad para la liquidación de la pensión de jubilación; que es beneficiaria del “régimen de transición, especial y exceptuado de jubilación”

contemplado en el artículo 48 de la Convención Colectiva 2004-2008, que otorga como beneficio especial, el jubilarse en los términos del Anexo 1, que no es otro que el régimen de la Convención de 1999, Artículo 104, que estipula la liquidación de la pensión "...con el 90% del promedio de los sueldos y primas de toda especie devengados por el trabajador durante su último año servicio...".

Al contestar el escrito inaugural del proceso La demandada admitió los hechos 1, 2 y 14, consideró parcialmente cierto el 4, negó el 3 y 5, de los demás dijo no constarle o no ser hechos; se opuso a las pretensiones de la actora, ya que el derecho reclamado es inexistente. Propuso las excepciones de indebida aplicación de los artículos y de la vigencia de la convención colectiva en el tiempo, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho, inexistencia de prima de vacaciones y prima de antigüedad como factor de salario en la convención colectiva de trabajo vigente 2004-2008 y la innominada.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, en sentencia del 17 de abril de 2008, declaró probada la excepción sobre inexistencia del derecho, absolvió de todas las pretensiones a la demandada y condenó en costas al demandante.

IV. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Apeló la parte demandante y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Descongestión Laboral, mediante sentencia del 15 de abril de 2009, confirmó en su totalidad el fallo de primer grado, e impuso costas al recurrente.

En lo que interesa al recurso extraordinario el Tribunal, tras copiar el artículo 48 de la convención colectiva de trabajo 2004-2008, consideró que *“...debe hacerse claridad que en el literal a) del mencionado artículo se expresa que el régimen de transición aplicable es el dispuesto por la Convención Colectiva de Trabajo suscrita ente EMCALI EICE ESP y SIMTRAEMCALI el 9 de marzo de 1999 (vigencia 1999- 2000), conforme al anexo N°1 jubilaciones; régimen de transición que, según ese anexo, sólo se conservó en cuanto a los requisitos para adquirir el derecho a la pensión, descuentos por permisos e incapacidades, continuidad entre sueldo y pensión y plazo máximo para hacer efectivo el pago, pero nada se dijo sobre la forma como se debía liquidar la pensión, y mucho menos se habla de factores salariales que esta incluye. De manera que, para esclarecer lo regulado sobre los factores salariales que concurren en el momento pensional es necesario remitirse al artículo 28 de la convención 2004 - 2008, donde quedó claramente consignada la intención de las partes en cuanto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta para todo tipo de liquidaciones, incluyendo lo relativo ala pensión de jubilación por no exceptuarse expresamente.”*

Agregó que, en el artículo 28 de la Convención Colectiva de Trabajo, vigente para el periodo de 2004- 2008, las partes *“...instituyeron una regla general, una excepción a la regla, y una transición: la primera dijo qué se entendería como factor salarial a partir de la fecha de la convención; la segunda exceptuó de tal concepto los rubros prima de vacaciones y de antigüedad y el tercer párrafo*

transitorio, conservó como factor salarial éstas primas bajo dos condiciones: i) “que hayan sido pagadas al trabajador antes de la firma del presente contrato colectivo de Trabajo” y ii) “para todas las liquidaciones que se efectúen dentro del año inmediatamente siguiente a la fecha en que se efectuó el pago”. “En el caso sub-lite, no se configura la primera condición del párrafo transitorio en comento, como lo destaca la parte demandada, porque la prima de vacaciones y la prima de antigüedad fueron pagadas al demandante el día 28 de junio de 2007 (F. 6 y 7,) es decir, después de la fecha de la firma de convención que fue el 4 de mayo de 2004 (f.23), quedando excluidos dichos guarismos para liquidar el monto de la pensión. Y es que no otra interpretación se le puede dar al contrato colectivo en estudio, pues el espíritu del artículo 28 es translúcido y por ello la colegiatura se atiene a la intención que tuvieron los contratantes, echándole la mano a una regla de interpretación del código civil¹, pero que también puede ser utilizada por los jueces del trabajo, en uso de la libre apreciación de la prueba”.

V. EL RECURSO DE CASACIÓN

Lo interpuso la demandante con fundamento en la causal primera de casación laboral establecida en el artículo 87 del CPTSS, modificado por los artículos 60 del Decreto 528 de 1964 y 7º de la Ley 16 de 1969, con el cual pretende, según lo dijo en el alcance de la impugnación, que se **CASE** la sentencia recurrida, para que, en sede de instancia, revoque la de primer grado y en consecuencia condene a EMCALI E.IC.E. ESP. a calcular el monto de la pensión de jubilación de la accionante incluyendo como factor de salario todas las primas, legales y extralegales devengadas durante su último año de servicio.

Con ese propósito formuló un cargo que denominó

“CARGO PRIMERO”, que fue replicado.

VI. CARGO ÚNICO

Acuso la sentencia impugnada de “*violar la ley sustancial por la vía **indirecta**, respecto de los artículos 1,13, 14, 18, 19, 21, 467, 468, 469, 470 y 471, del Código Sustantivo del Trabajo , artículo 27 Código Civil Colombiano, artículo 53 de la Constitución Política, Ley 6ª. de 1945 y su decreto reglamentario 2127 de 1945 artículo 19.*

Asevera que el Tribunal incurrió en los siguientes **errores de hecho:**

- “***..no dar por probado**, a pesar de estarlo, de que la Convención Colectiva de Trabajo vigencia 2004/2008, suscrita entre EMCALI EICE ESP y SINTRAEMCALI, nada se dijo acerca de la forma como se debía calcular el monto de la pensión de jubilación de los trabajadores que estuvieran amparados por el Régimen de Transición, hecho que no es cierto, pues en el Artículo 48, Anexo 1 Jubilaciones, Artículo 104, si se determinó la forma de hacerlo, lo que hizo incurrir al Tribunal Superior de Cali, Sala de Descongestión Laboral en **Error de Hecho**, el que se evidencia de modo manifiesto en el proceso y que lo llevó indirectamente a la violación de las normas sustanciales que más adelante se indican”*
- “*El ad quem incurrió en la violación indirectamente anotada, a causa de no haber dado por probado, a pesar de estarlo, que en el documento Convencional si se definió la forma de calcular el monto de la pensión de los trabajadores oficiales, que como el actor, se encontraban en el período de transición convencional:*
- *El ad quem no dio por demostrado, a pesar de estarlo, que la consecuencia inmediata del reconocimiento que EMCALI EICE ESP le hizo a la demandante del derecho a la jubilación pactada en la Convención Colectiva de Trabajo 2004/2008, Artículo 48, Anexo 1 de la Convención de 2004/2008, era calcular el monto de su mesada «. ..90% del promedio de los salarios y primas de toda especie devengados por el trabajador dentro de su último año de servicio... » como se pacto en el Artículo 104*

del Anexo 1, disposición que el juez de segundo grado omitió analizar.

- Confrontando el fallo de segunda instancia con el texto del acuerdo convencional ya reseñado (prueba documental pertinente en éste proceso), se puede advertir y evidenciar que el ad quem, a pesar de haber dado por probado que la accionante era beneficiaria del “Régimen de Transición especial y exceptuado de jubilación”, infringió de manera directa las normas del Código Sustantivo del Trabajo en particular los artículos 467,468, pues desconoció las estipulaciones pactadas en la Convención, incurriendo en error de hecho por mala apreciación de la prueba, lo que llevo al Tribunal Superior de Cali, Sala de de Descongestión Laboral, a no reconocerle el derecho pactado en ese documento, cuando aseveró tajantemente que en esa disposición convencional (Anexo 1, Jubilaciones) «...**nada se dijo sobre la forma como se debía liquidar la pensión y menos habla de factores salariales...**» Esta aseveración del ad quem no es veraz, pues de la simple lectura integral del Artículo 48 en su Anexo 1, Artículo 104, se lee que allí, que de manera expresa las partes acordaron no solo la forma como se debe calcular el monto de la pensión de jubilación, sino, los factores salariales a tener en cuenta para dicho cálculo, que no son otros que los salarios y las **primas de toda especie** que el trabajador haya devengado durante su último año de servicio”.

Acusó como prueba documental no apreciada la convención colectiva de trabajo 2004-2008, suscrita entre EMCALI EICE ESP y SINTRAEMCALI en su artículo 48.

Para demostrar el cargo, el recurrente afirmó:

“(...)”

A .En el razonamiento efectuado por el ad quem se evidencia el quebrantamiento de disposiciones sustanciales, tales con los Artículos 467 y 468 del C. Sustantivo del Trabajo, en lo que respecta a que no se tuvo en cuenta las condiciones fijadas en la Convención Colectiva de Trabajo 2004/ 2008 suscrita entre EMCALI EICE ESP y SINTREMCALI, particularmente las contenidas en el Capítulo VII, Régimen de Jubilación, Artículo 48, Anexo 1 Jubilaciones, eran claras y precisas”

(...)

Ese error de hecho en que incurrió el ad quem quedó materializado en el siguiente aparte del fallo recurrido:

.Respecto a este punto debe hacerse claridad que en el literal A) del mencionado artículo se expresa que el régimen de transición aplicable es el dispuesto por la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre EMCALI y SINTRAEMCALI el 9 de marzo de 1999 (vigencia 1999-2000), conforme con el anexo No. 1 jubilaciones, régimen de transición que según ese anexo solo se conservó en cuanto a los requisitos para adquirir el derecho a la pensión: i) no descuento por permisos e incapacidades, ti) continuidad entre el sueldo y la pensión, iiii) plazo máximo para hacer efectivo el pago, nada se dijo sobre la forma como se debía liquidar la pensión y menos habla de factores salariales...

El Artículo 467 del Código Sustantivo de Trabajo se dispone que la "... Convención colectiva de trabajo es la que se celebra entre uno o varios empleadores o asociaciones patronales, por parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia..." (Subrayado nuestro).

En el presente caso, obra dentro del expediente la prueba denominada Convención Colectiva de Trabajo 2004/2008 suscrita entre la Empresa Industrial y Comercial del Estado, Empresas Municipales de Cali, EMCALI EICE ESP y el Sindicato de Trabajadores de EMCALI, SINTRAEMCALI, documento en el que pactaron una serie de disposiciones encaminadas a mejorar las condiciones mínimas indicadas en la ley. Uno de tales acuerdos es el contenido en el Capítulo VII, Artículo 48, Anexo 1, Jubilaciones, desconocido por el empleador en cuanto a la no inclusión para calcular el monto de la pensión de jubilación de la accionante, de todas las primas (legales y extralegales) que él devengó durante su último año de servicio, desconocimiento que fue ratificado por el ad quem en el fallo recurrido.

Lo que acredita la prueba convencional:

1. *La prueba contenida en el Capítulo VII, Régimen de Jubilación, Artículo 48 Anexo 1, Jubilaciones, acredita que EMCALI EICE ESP y SINTRAEMCALI pactaron un Régimen Transitorio, especial y exceptuado de jubilación, aplicable al segmento de trabajadores que entre el 1º de enero de 2003 y el 31 de diciembre de 2007, cumplieron 50 años de edad y 20 de servicios a entidades oficiales.*

2. *Acredita ese documento en el Artículo 48, Anexo 1 Jubilaciones, Artículo 104 la forma y los factores de salario que EMCALI EICE ESP Y SINTRAEMCALI acordaron tener en cuenta para calcular el monto de la pensión de jubilación de ese segmento de trabajadores beneficiados por el Régimen de Transición: Allí se indica que debe ser con el 90% de promedio de los salarios y primas de toda índole devengadas por el trabajador en su último año de servicio.*

3. *Acredita esa prueba, que cuando EMCALI EICE ESP y SINTRAEMCALI suscribieron el Artículo 48 de la Convención Colectiva de Trabajo de 2004/2008, lo que pretendieron fue excluir de la norma de jubilación general pactada en el Artículo 46, a un grupo de trabajadores que llevaban un buen tiempo al servicio de la demandada, beneficiándolos con un Régimen de Transición, en el que se mantuvieron todas las condiciones de jubilación indicadas en la Convención de 1999 /2000.*

*Cuando el proceso llegó a manos del ad quem para resolver la controversia planteada, éste no valoró en debida forma la prueba documental denominada Convención Colectiva de Trabajo 2004/2008, Artículo 48, Anexo 1 Jubilaciones, incurriendo en **error de hecho**, ya que solo limitó a apreciar o analizar la misma de manera fragmentaria y selectiva, desconociendo el que las pruebas deben analizarse en su conjunto y no de manera fragmentaria. El ad quem solo analizó del Anexo 1, lo dispuesto en los Artículos 98 (edad y tiempo de servicio para la jubilación); 100 (permisos sindicales); 103 (pago de las pensiones) pero **obvió y omitió** analizar el contenido del Artículo 104 de ese Anexo 1. El error del ad quem consistió en no apreciar en su integridad o en su totalidad el anexo 1 del Artículo 48, particularmente, el Artículo 104, en el que se indicaba la forma de calcular el monto de la pensión de jubilación de la accionante.*

*Ese error de hecho originado en la omisión de la **valoración integral** de la prueba documental en comento, originó por vía indirecta, el quebrantamiento de normas sustanciales tales como las del Artículo 1 del C. S. del Trabajo en lo atinente a que no se logró la finalidad de la justicia en las relaciones empleador y trabajador. El Artículo 13, en cuanto no se garantizaron al actor el mínimo de derechos y garantías. Se infringió el precepto del Artículo 21 del C. S. del Trabajo, dado que el Tribunal aplicó una norma menos favorable al actor, como es la del Artículo 28, Parágrafo 1 de la Convención Colectiva 2004/2008, que es menos favorable. Se violó indirectamente el contenido del Artículo 467, en cuanto no se observaron las condiciones del contrato de trabajo de la accionante mejorado por la Convención Colectiva de Trabajo 2004/2008. Se quebrantó también el Principio de la Favorabilidad contemplado en el Artículo 53 de la Constitución*

Política y en el Artículo 19 del D. 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6a de ese mismo año.

B. La parte demandante considera que en el fallo recurrido, el ad quem quebrantó por vía indirecta el Artículo 53 de la Constitución Política de Colombia y el Artículo 19 del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6a de ese mismo año, por un equivocado razonamiento apreciativo de la prueba denominada Convención Colectiva de Trabajo 2004/2008, referidas al Principio de la Favorabilidad; ya que ante la demostrada existencia probatoria de dos disposiciones convencionales, que en teoría chocan o se confrontan entre sí, en lo que respecta al tema de los factores salariales, el juez de segundo grado optó por aplicar la más restrictiva y desfavorable como es la de Parágrafo 1 del Artículo 28 de la Convención Colectiva de Trabajo de 2004/2008, en detrimento de la más favorable, contenida en el Artículo 48, Anexo 1 Jubilaciones, Artículo 104, norma que ordena incluir como factor de salario, todas las primas que sean devengadas por el trabajador dentro del último año de servicio.

Obsérvese que mientras en el Artículo 28 Parágrafo 1 del documento Convención Colectiva de Trabajo 2004/2008, se establece como regla general que ni la Prima de Vacaciones ni la Prima de Antigüedad constituyen factor de salario, en el Artículo 48, Anexo 1 Jubilaciones, Artículo 104, de ese mismo documento, se dispone como regla excepcional que cuando se trata de calcular el monto de la pensión de jubilación de los favorecidos por el Régimen de Transición, se deben incluir como factor de salario, todas las primas que hubiere devengado el trabajador dentro de su último año de servicio.

*Realizada esa consideración, es menester concluir que el ad quem incurrió en **error de hecho**, por el equivocado razonamiento expresado en el fallo recurrido, cuando sentenció que ni la Prima de Vacaciones ni la Prima de Antigüedad se debían incluir como factor de salario para calcular el monto de la pensión de jubilación por la expresa prohibición del Parágrafo 1 del Artículo 28, sin tener en cuenta y sin evaluar que dentro del mismo documento existe otra disposición excepcional, (la del Artículo 104 del Anexo l) que es más favorable y en la que no solo se autoriza, sino que se ordena la inclusión como factor de salario para calcular el monto de la pensión **todas las primas** devengadas por el trabajador dentro de su último año de servicio. En estas circunstancias y ante tal claridad, es inadmisibles haber excluido las Primas de Vacaciones y de Antigüedad devengadas por el actor dentro de su último año de servicio, como factor salarial para calcularle el monto de su pensión de jubilación.*

Ese equivocado razonamiento llevó al Tribunal Superior de Cali, Sala de Descongestión Laboral a dar por establecido un hecho sin sopesar o evaluar otro de la misma característica y que es más favorable al demandante, lo llevó a violar por vía indirecta no solo el Artículo 53 de la Constitución Política, sino el Artículo 19 del Decreto 2127 d 1945, que reglamenta la Ley 6a de ese mismo año, disposiciones éstas que rigen las relaciones entre los trabajadores oficiales y el Estado.

C. Considera igualmente la parte demandante que el ad quem también incurrió en violación Indirecta de la ley sustancial, por error de hecho, en desarrollo de la sentencia recurrida, no observó el postulado del Artículo 27 del Código Civil Colombiano, en la que se prescribe que "... cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

En el caso que nos ocupa, si bien es cierto, la Convención no es una ley sustancial, no es menos cierto que aquello que pactaron las partes en el Artículo 48, Anexo 1, Jubilaciones, Artículo 104, constituye un imperativo que deben cumplir, máxime si su texto es claro, preciso. Bajo esa premisa, el texto convencional en comento, no admite bajo ninguna circunstancia interpretación alguna.

Esta probado que EMCALI EICE ESP y SINTRAEMCALI pactaron de manera libre y voluntaria en la Convención Colectiva de Trabajo 2004/2008, en el Capítulo VII, Artículo 46, que los trabajadores oficiales que al momento de la firma de la Convención de Trabajo 2004/2008, en el Capítulo VII, Artículo 46, que los trabajadores oficiales que al momento de la Convención tuvieran vigente contrato de trabajo y cumplieran entre el 1º de Enero de 2008, con los requisitos de edad y tiempo de servicio indicados en la Convención de 1999/2000m se jubilarían en los términos de éste acuerdo. Es más, fueron tan explícitos que volvieron a transcribir como el Anexo I del Artículo 48, todo el Régimen de Jubilación de Convención 1999/2000.

Entonces, ese acuerdo de voluntades plasmado en el Capítulo VII de la Convención Colectiva de Trabajo, por ser claro, preciso, explícito y conciso, no requería interpretación alguna, como lo la que hizo el ad quem, cuando señaló que como las partes no dijeron nada respecto a la forma de liquidar el monto de la pensión de jubilación, se debía acudir a la norma general del Artículo 28, Parágrafo I, apreciación que en nuestro sentir, es violatoria por vía indirecta del Artículo 27 del Código. Civil, puesto que se dio a la tarea de interpretar lo que no admitía interpretación, es más, se interpretó el texto de un acuerdo de voluntades, asunto que no le era dado.

*Obsérvese que en el mismo texto convencional erróneamente interpretado por el ad quem, en el que se dispone, que quienes estén cobijados por el Régimen de Transición (Artículo 104 del Anexo 1), el factor de salario para calcular el monto de su pensión de jubilación, está integrado por salarios y primas de toda especie que devenguen durante su último año de servicio: Si se habla de “...**primas de toda especie...**” no se puede interpretar en esa disposición bajo el pretexto de la existencia de otra normatividad que si excluye algunas primas como factor de salario, disposición esta (Artículo 28 Parágrafo I) norma que está por fuera del contexto del Régimen de Transición.*

(...)

En lo que respecta a la interpretación de las normas convencionales que hacen los falladores de instancia, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido como posición, “...la de no poder fijar su alcance, pues se trata de disposiciones nacidas de un contrato legalmente celebrado y que no tiene la extensión de una verdadera ley del orden nacional, salvo que en la apreciación del juzgador se derive un error monumental que contradiga abierta y frontalmente el texto convenido...” (Sentencia del 3 de junio de 2009, Radicación N° 34552).

Pues bien, respecto a ese tema, en el caso que nos ocupa, el error imputable a la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior de Cali, es monumental, ya que si se dio la tarea de interpretar el texto convencional del artículo 48, Anexo 1 Jubilaciones, Artículo 104, que además de ser claro en cuanto a su campo de aplicación (para trabajadores que reunieran entre 1º de enero de 2003 y el 31 de Diciembre de 2007, los requisitos para jubilarse), precisa palmariamente la forma de liquidar y calcular el monto de la pensión de jubilación de esos mismos trabajadores (es decir, con el 90% del promedio de salarios y primas de toda especie devengados durante el último año de servicios.

(...)”

VII. LA RÉPLICA

En la parte inicial de su escrito destaca el opositor, que este tema no ha sido de fácil tratamiento y mucho menos se ha prestado para generar unidad de criterio en su definición.

Señala que la demanda contiene múltiples falencias, en tanto no ataca el soporte fundamental del fallo recurrido, cual es las previsiones del artículo 28 convencional.

Considera que la aplicación del principio de la favorabilidad, no procede frente a una pensión que se rige por una Convención Colectiva de Trabajo, y dejó en claro que “...las primas de antigüedad y vacaciones devengadas y pagadas con posterioridad al 4 de mayo de 2004, no hacen parte de la base para liquidar la pensión de jubilación, tal y como acertadamente lo concluye el Tribunal...”.

A renglón seguido, realiza un análisis que involucra los artículos 48, 46 y 28 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para el período 2004 – 2008, con el fin de soportar la no inclusión de la prima de antigüedad y de la prima de vacaciones contenidas en los artículos 32 y 33, devengadas y pagadas con posterioridad al 4 de mayo de 2004, como factores salariales que deben ser tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión convencional de jubilación.

Adicionalmente, insiste en que fue el Sindicato junto con la Empresa, quienes acordaron *quitarle el carácter de factor salarial tanto a la prima de antigüedad como a la de vacaciones*, a partir de la firma de la convención colectiva 2004 – 2008, esto es a partir del 4 de mayo de 2004, que este acuerdo convencional no fue gratuito, sino que por el contrario tuvo como propósito fundamental “...salvar y

reestructurar a EMCALI EICE ESP como Empresa Industrial y Comercial que la hiciera viable técnica y financieramente...”.

Concluye refiriéndose al tratamiento jurisprudencial que se ha hecho de la Convención Colectiva de Trabajo y a la posibilidad de que mediando graves e imprevisibles alteraciones de la normalidad económica, sea válida la cesión de derechos y garantías logrados por los trabajadores con el fin de salvar la empresa.

VIII. CONSIDERACIONES

Acorde a las motivaciones del fallo de tutela referenciado, la Sala de Casación Civil determinó que la accionante **MARÍA MERCEDES GARCÍA PEREA**, le son aplicables las cláusulas 48 de la Convención Colectiva de Trabajo 2004, suscrita entre Emcali y Sintraemcali, que estableció que *«el régimen de transición de jubilación aplicable es el dispuesto por la convención colectiva de trabajo entre EMCALI EICE ESP y SINTRAEMCALI el 9 de marzo de 1999 (vigencia 1999-2000) conforme con el anexo 1 jubilaciones...»*, y la 104 de la Convención Colectiva de Trabajo 1999-2000, según la cual, *«EMCALI EICE ESP jubilará al personal que cumpla los requisitos establecidos en la ley y en la convención colectiva de trabajo vigente en EMCALI EICE ESP con el 90% del promedio de los salarios y primas de toda especie devengados por el trabajador en el último año de servicio»*.

Para llegar a esa conclusión, en síntesis, dicha Corporación estimó, que la interpretación que ha hecho esta Sala de Casación Laboral de las aludidas cláusulas convencionales en cuanto han avalado por razonabilidad las

distintas posiciones asumidas por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, en unos casos, admitiendo la inclusión de las primas de antigüedad y de vacaciones en la liquidación de la pensión de jubilación convencional de los beneficiarios, y en otros, negando la inclusión de dichas primas, son contrarias y excluyentes entre sí, por lo que frente a esas dos interpretaciones disímiles se debe aplicar la más favorable al trabajador en atención a los principios de igualdad y de debido proceso del accionante.

Por lo mismo, sin que resulten necesarias más consideraciones, en acatamiento de la orden impartida a esta corporación, se dispondrá la casación de la sentencia recurrida.

IX. SENTENCIA DE INSTANCIA

En sede de instancia, teniendo en cuenta lo expuesto en precedencia, con fundamento en la decisión de tutela, se dispondrá la revocatoria de la decisión emitida por el juzgador de primer grado.

En su lugar, se dispondrá la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante, incluyendo para tales efectos el valor devengado durante el último año de servicios por concepto de primas de antigüedad y de vacaciones.

Revisada la liquidación elaborada para la fecha en que se reconoció la pensión de jubilación (Fls 6 -7), los desprendibles de nómina (fls 9-10), la contestación de la demanda, referente

a los hechos 5 y 8 enunciados en el libelo genitor (Fº. 179), se observa que para obtener el ingreso base de la liquidación se incorporó en forma parcial el valor pagado por prima de vacaciones devengada entre el 25 de abril de 2006 y el 24 de abril de 2007, y la prima proporcional de vacaciones correspondiente al periodo, y no se incluyó el factor prima de antigüedad correspondiente al último año de servicios.

En las condiciones descritas, incluyendo los referidos rubros, durante el último año de servicios se obtiene un promedio anual de \$95.582.229.00, un promedio mensual de \$7.965.185.75 y una mesada pensional inicial de \$7.168.667.18, tal y como se evidencia en el siguiente diagrama:

SALARIO PROMEDIO DEVENGADO EN EL ÚLTIMO AÑO DE SERVICIO: DEL 25/04/2006 AL 24/04/2007	
SUELDO BÁSICO	\$ 50.639.500,00
PRIMA DE VACACIONES/2006	\$ 5.435.104,00
PRIMA DE ANTIGÜEDAD/2006	\$ 6.703.294,00
PRIMA SEMESTRAL DE JUNIO/2006	\$ 2.554.912,00
PRIMA SEMESTRAL EXTRALEGAL DE MAYO/2006	\$ 1.637.545,00
PRIMA SEMESTRAL EXTRA DE NAVIDAD/2006	\$ 2.420.887,00
PRIMA DE NAVIDAD/2006	\$ 5.285.216,00
PRIMA DE VACACIONES/2007	\$ 5.655.159,00
PRIMA DE ANTIGÜEDAD/2007	\$ 7.728.717,00
PRIMA PROPORCIONAL SEMESTRAL DE JUNIO/2007	\$ 1.499.549,00
PRIMA SEMESTRAL EXTRALEGAL DE MAYO/2007	\$ 1.063.406,00
PRIMA PROPORCIONAL DE NAVIDAD/2007	\$ 1.164.397,00
HORAS EXTRAS	\$ 3.794.543,00
TOTAL	\$ 95.582.229,00
(-) ENTRE 12 MESES	\$ 7.965.185,75
PORCENTAJE DE PENSIÓN	90%
MESADA PENSIONAL A PARTIR DEL 25/04/2007	\$ 7.168.667,18

En los términos que anteceden, se condenará a la entidad demandada a reajustar la pensión de jubilación de la demandante a la suma de \$7.168.667.18, a partir del 25 de abril de 2007. Igualmente, se condenará al pago de las

diferencias dejadas de percibir desde dicha calenda debidamente indexadas; ello sin perjuicio de que opere la compartibilidad pensional, desde el 31 de mayo de 2011, en caso de un eventual reconocimiento de la prestación de vejez por parte del Instituto de Seguros Sociales, dada su naturaleza.

Conforme a lo expuesto, hasta el 31 de julio de 2020 se adeuda por concepto de diferencias pensionales retroactivas la suma de \$338.638.281,22, de acuerdo con el siguiente cuadro:

FECHAS		PENSIÓN REAJUSTADA- EMCALI	PENSIÓN RECONOCIDA- EMCALI	DIFERENCIA	No. DE PAGOS	TOTAL DIFERENCIAS PENSIONALES
DESDE	HASTA					
25/04/2007	31/12/2007	\$ 7.168.667,18	\$ 5.679.600,00	\$ 1.489.067,18	9,20	\$ 13.699.418,01
1/01/2008	31/12/2008	\$ 7.576.564,34	\$ 6.002.769,24	\$ 1.573.795,10	13	\$ 20.459.336,26
1/01/2009	31/12/2009	\$ 8.157.686,82	\$ 6.463.181,64	\$ 1.694.505,18	13	\$ 22.028.567,36
1/01/2010	31/12/2010	\$ 8.320.840,56	\$ 6.592.445,27	\$ 1.728.395,28	13	\$ 22.469.138,70
1/01/2011	31/12/2011	\$ 8.584.611,20	\$ 6.801.425,79	\$ 1.783.185,42	13	\$ 23.181.410,40
1/01/2012	31/12/2012	\$ 8.904.817,20	\$ 7.055.118,97	\$ 1.849.698,23	13	\$ 24.046.077,01
1/01/2013	31/12/2013	\$ 9.122.094,74	\$ 7.227.263,87	\$ 1.894.830,87	13	\$ 24.632.801,29
1/01/2014	31/12/2014	\$ 9.299.063,38	\$ 7.367.472,79	\$ 1.931.590,59	13	\$ 25.110.677,63
1/01/2015	31/12/2015	\$ 9.639.409,10	\$ 7.637.122,30	\$ 2.002.286,80	13	\$ 26.029.728,43
1/01/2016	31/12/2016	\$ 10.291.997,10	\$ 8.154.155,48	\$ 2.137.841,62	13	\$ 27.791.941,05
1/01/2017	31/12/2017	\$ 10.883.786,93	\$ 8.623.019,42	\$ 2.260.767,51	13	\$ 29.389.977,66
1/01/2018	31/12/2018	\$ 11.328.933,81	\$ 8.975.700,91	\$ 2.353.232,90	13	\$ 30.592.027,74
1/01/2019	31/12/2019	\$ 11.689.193,91	\$ 9.261.128,20	\$ 2.428.065,71	13	\$ 31.564.854,23
1/01/2020	31/07/2020	\$ 12.133.383,28	\$ 9.613.051,07	\$ 2.520.332,21	7	\$ 17.642.325,45
TOTAL						\$ 338.638.281,22

Se declaran no probadas las excepciones de inexistencia del derecho, inexistencia de prima de vacaciones y prima de antigüedad como factor de salario en la convención colectiva de trabajo vigente 2004-2008 y la innominada, planteadas por la entidad demandada.

Sin costas en casación. En las instancias serán a cargo de la demandada.

X. DECISIÓN

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, en cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia de tutela de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia STC3086-2020 del 18 de marzo de 2020, **CASA** la sentencia dictada el 15 de abril de 2009, por la Sala de Descongestión Laboral, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **MARÍA MERCEDES GARCÍA PEREA** contra las **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI EICE ESP** -.

En sede de instancia, revoca la sentencia emitida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, el 17 de abril de 2008, y, en su lugar, condena a la entidad demandada a reajustar la pensión de jubilación de la demandante a la suma de \$7.168.667.18, a partir del 25 de abril de 2007. Igualmente, se le condena al pago del retroactivo de las diferencias pensionales, ello sin perjuicio de que opere la compartibilidad pensional, desde el 31 de mayo de 2011, en caso de un eventual reconocimiento de la prestación de vejez por parte del Instituto de Seguros Sociales. Todo lo anterior, debidamente indexado a la fecha de su pago efectivo.

Hasta el 31 de julio de 2020 se adeuda la suma de \$338.638.281,22, por diferencias retroactivas, sin perjuicio de lo que se cause con posterioridad.

Se declaran no probadas las excepciones propuestas.

Sin costas en casación. En las instancias serán a cargo de la demandada.

Cópiese, notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.



LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ

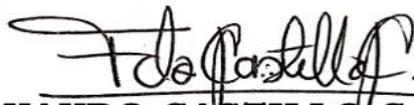
Presidente de la Sala

ACLARO VOTO



Aclaro voto

GERARDO BOTERO ZULUAGA



FERNANDO CASTILLO CADENA

Aclaro voto



CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

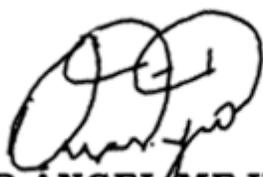
Aclaro voto

05/08/2020



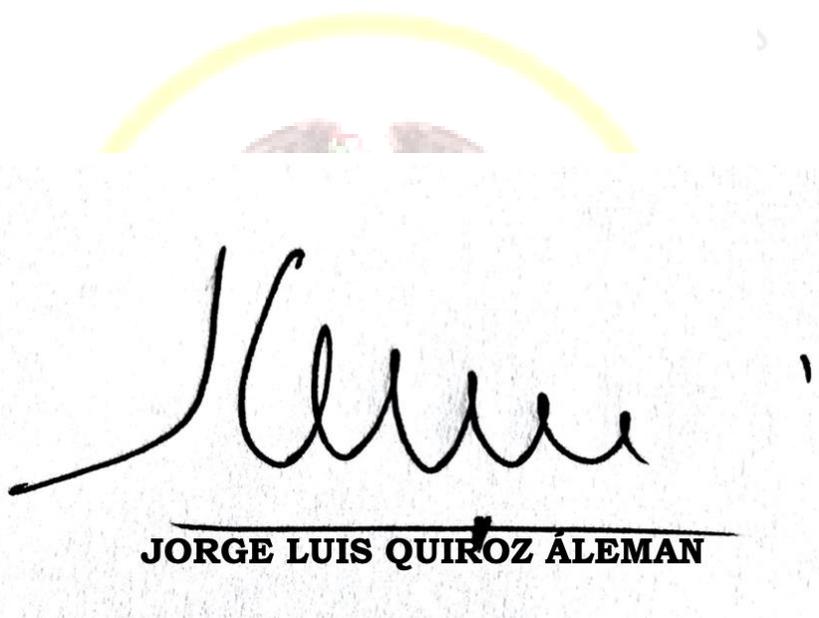
IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ

Aclaro voto



OMAR ANGEL MEJÍA AMADOR

Aclaro voto



JORGE LUIS QUIROZ ALEMAN

ACLARO VOTO

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

GERARDO BOTERO ZULUAGA

Magistrado Ponente

Radicación n.º 41114

**MARÍA MERCEDES GARCÍA PEREA vs EMPRESAS
MUNICIPALES DE CALI – EMCALI- EICE- ESP**

Tal cual lo manifestamos en la Sala respectiva, aclaramos nuestro voto a la decisión adoptada por la Sala de casar la sentencia proferida el 15 de abril de 2009, por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, en descongestión, dentro del proceso promovido por María Mercedes García Perea, contra las Empresas Municipales de Cali- EMCALI -EICE-E.S.P., en acatamiento de la orden dictada por la Sala de Casación Civil de esta Corte en sentencia STC3086-2020 del 18 de marzo de 2020, en curso de la acción de tutela interpuesta por el anunciado demandante contra esta Sala de casación.

Las razones que motivan tal determinación pueden compendiarse como sigue:

1.- Estamos plenamente de acuerdo en que la acción de tutela es un mecanismo constitucional de protección de derechos fundamentales de carácter excepcional cuando de controversias suscitadas frente a sentencias judiciales se trata. Sobre eso no puede quedar duda alguna. Así también, en que la Corte Constitucional como órgano judicial de uniformidad de la jurisprudencia sobre los derechos fundamentales en sentencia C-590 de 2005 abrió paso a los llamados requisitos o supuestos de procedibilidad de esta acción constitucional cuando quiera que su vulneración se atribuya a una providencia judicial, lo cual vino a precisar en sentencia SU-195 de 2012 como requisitos generales de procedibilidad y causales específicas de procedibilidad. Entre los primeros, vale la pena recordar la síntesis que a ese respecto se hizo en sentencia T-117 de 2017, en cuanto a que ellos comprenden *“(i) que la cuestión sea de relevancia constitucional; (ii) el agotamiento de todos los medios de defensa judicial al alcance, salvo que se trate de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; (iii) la observancia del requisito de inmediatez, es decir, que la acción de tutela se interponga en un tiempo razonable y proporcionado a la ocurrencia del hecho generador de la vulneración; (iv) si se trata de una irregularidad procesal, que la misma sea decisiva en la providencia que se impugna en sede de amparo; (v) la identificación razonable de los hechos que generaron la vulneración de derechos fundamentales y de haber sido posible, que los mismos hayan sido alegados en el proceso judicial; y (vi) que no se trate de una tutela contra tutela”*.

Por ello es que no encontramos respaldo al hecho de que en relación con el asunto de marras se hubiere concluido por la Sala de Casación Civil de la Corte que el requisito de inmediatez de la acción constitucional se encontraba

satisfecho “*por tratarse de un derecho pensional, el cual tiene carácter imprescriptible e irrenunciable*”, para decirlo en las palabras de la sentencia que provocó la decisión que ahora aclaramos, pues con ello se desconoció que una cosa es el derecho pensional como status jurídico del trabajador que cumplió las exigencias legales, convencionales o de otros orígenes para su estructuración, status que ciertamente esta Sala de Casación siempre ha pregonado como imprescriptible, y otra muy distinta, el presunto acto, actividad u omisión fuente de su vulneración, que es lo que entendemos persigue la acción de tutela precaver, impedir, detener o eliminar en pos de la protección de los derechos fundamentales de la persona, que para este caso sería la sentencia proferida por esta Sala de casación. En tal sentido, nos resulta desatinado afirmar que habiéndose producido la providencia de reproche constitucional el 2 de agosto de 2011, por parte de esta Sala, apenas viniera a promoverse la acción de amparo en el primer semestre del de año en curso, esto es, más de seis (8) años después de haberse producido la presunta vulneración de los derechos fundamentales del actor, pero que esa Sala de la Corte la encontrara temporánea. Desde nuestra vista, no se requiere de mayor esfuerzo para advertirse lo deleznable del argumento esgrimido, pues por ese camino fácil se llega a la nada deseable conclusión de que la característica de inmediatez de la acción constitucional no es predicable cuando quiera que se ejercite contra providencias judiciales, menos, cuando estas traten de derechos laborales, pues por antonomasia son irrenunciables, y muchísimo menos cuando versen sobre

prestaciones periódicas, como lo es la pensión, por su carácter general de vitalicia.

2.- La igualdad es un derecho fundamental del ser humano cuya primera consignación normativa ya casi alcanza las dos centurias y media, para cuya aplicación se impone entender que a supuestos de hecho iguales habrán de serle aplicadas consecuencias jurídicas iguales, por manera que, a supuestos de hechos distintos habrá de darse distinta solución, pues de esa forma es que se puede cumplir la regla mínima de la lógica que enseña que a los iguales igual trato debe darse pero a los desiguales desigual trato se dará, por no poderse equipar a quienes presentan entre sí diferencias relevantes, pues de hacerse tabla rasa de estas tal aplicación devendrá en injusta y arbitraria.

Se dice lo anterior por sernos indiscutible que la situación jurídica de la actora en el proceso ordinario laboral de marras en modo alguno podía equiparse con la de quienes en una fatigosa lista mencionó la Sala homóloga en su fallo de tutela, dado que, además de que obviamente fue servidor de la empresa demandada como aquellos, razón fundamental por la cual accedió a la pensión de jubilación prevista en el instrumento laboral de orden colectivo vigente en 2007, su situación particular difería al no quedar amparado por la excepción a la regla convencional ineludible, esencial y relevante al derecho reclamado de que las primas de antigüedad y vacaciones dejaron de ser *'factores salariales'* en la convención colectiva de trabajo que lo cobijaba, la suscrita el 4 de mayo de 2004 con vigencia entre

2004 y 2008, a menos que **“se hubieran pagado al trabajador antes de la firma de la convención en comento”** conforme lo rezó el mismo estatuto convencional en su artículo 28 sin equívoco alguno, y resulta que la prima de vacaciones y la prima de antigüedad se pagaron al actor el 25 de abril de 2007, esto es, **“después de la firma de la convención”**, el 4 de mayo de la referida calenda, o en otras palabras, cuando ya regía plenamente la disposición restrictiva de la mentada calidad de factores salariales de las aludidas primas de vacaciones y antigüedad.

Así las cosas, y sin necesidad de un sesudo análisis sobre el derecho de igualdad, o de acudir a lo que la Sala homóloga parece denominar como *‘principio de favorabilidad en la interpretación de normas convencionales’*, al referirse a aquellas posturas de la Sala cuando simplemente no ha advertido en el fallo del Tribunal lo que en la técnica del recurso de casación tanto esa Sala como esta tildamos como error manifiesto, protuberante o evidente y trascendente de hecho en la apreciación de los medios de prueba del proceso, consideramos que por las características de la excepción jurídica, de ser estricta, restrictiva y restringida, no era dable tildar tal determinación como fuente de violación de derechos constitucionales fundamentales del accionante en este trámite.

3.- Importa a la Sala destacar que, so capa de la protección de un derecho fundamental como el anteriormente mencionado y cuya vigencia convencional, constitucional y legal es incuestionable, más aún cuando

atañe al espectro jurídico de los derechos del empleado asalariado, sujeto del campo de acción del cual nos ocupamos por ser parte de las disciplinas jurídicas sociales del trabajo y de la seguridad social que constitucional y legalmente se nos ha asignado, que no de otras disciplinas jurídicas donde no se debaten propiamente derechos de estas o similares naturalezas sino todo lo contrario, no nos parece afortunado que se ordenara reliquidar una pensión de jubilación que ya había sido reconocida a la actora, que venía siéndole pagada regularmente y que, esa sí, de ser desconocida, podría generar una vulneración a sus derechos fundamentales constitucionales por ser la fuente de su mínimo vital. De suerte que, desde nuestro parecer, se confundió en el fallo que ordenó a la Sala proferir una nueva decisión un derecho fundamental que se encontraba plenamente resguardado, con uno de los aspectos económicos del mismo cuyo ámbito de discusión, aparte de que estaba definido por el juez competente, en manera alguna podía elevarse al rango constitucional que en últimas le dio la providencia de la Sala de Casación Civil de la Corte.

4.- Esta Sala de casación ha postulado la tesis de que la jurisprudencia es un concepto que se deriva de la aplicación, interpretación e integración de las normas jurídicas por parte del juez, y que su labor primaria consiste en la uniformidad o unificación de los criterios que alrededor de estos aspectos se requieran cuando conoce de los asuntos que le competen, específicamente del recurso de casación, no las conclusiones o apreciaciones que se desprenden de la valoración de los medios de prueba del proceso, por ser

asunto, precisamente, de orden particular y concreto de cada uno de ellos, por lo cual ha formulado la afirmación de que en tanto la dicha apreciación probatoria no conduzca al Tribunal a un error de hecho manifiesto, protuberante o evidente que trascienda los resultados del proceso debe respetar las apreciaciones del juzgador de la instancia, situación que al desatar los recursos de casación civil entiende esta Sala también afirma la homóloga.

Siendo ello así, debemos dejar asentado que no compartimos la aseveración de la sentencia dictada por la Sala de Casación Civil de la Corte que dio lugar a esta aclaración conjunta de voto, de que la sentencia de casación de 2 de agosto de 2011, de que se ha venido hablando desatendió precedentes jurisprudenciales propios, o los proferidos por la Corte Constitucional en materia de la aplicación, interpretación o integración normativas de las convenciones colectivas de trabajo. Pues, lo que sirvió de sostén a su decisión fue el razonamiento de que el ‘carácter’ de la convención colectiva de trabajo *“una vez incorporada en legal forma al proceso, no es el de una prueba, sino el de una fuente formal de derecho”*, planteamiento que, en verdad, dista del criterio jurisprudencial que a ese respecto ha sostenido esta Sala sobre tal medio de convicción del proceso como fuente autónoma, real, material y objetiva de derechos laborales en el marco de las relaciones que surgen entre el empleador y sus trabajadores al interior de la empresa y que, por ende, resta todo peso a tal razonamiento, el cual acatamos pero que nos obliga a observar que con ello se desatienden los ahí sí pertinentes precedentes

jurisprudenciales de esta Sala de casación, y conceptos tales como los de seguridad jurídica y cosa juzgada.

Por la brevedad debida a las providencias judiciales, y con la seguridad de que en posteriores oportunidades habremos de ampliar y profundizar nuestros argumentos sobre esta llamativa temática, dejamos asentada nuestra posición en los exiguos términos antedichos.

Fecha ut supra



LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ
Presidente de la Sala



GERARDO BOTERO ZULUAGA



FERNANDO CASTILLO CADENA

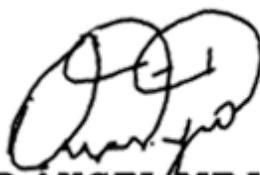


CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

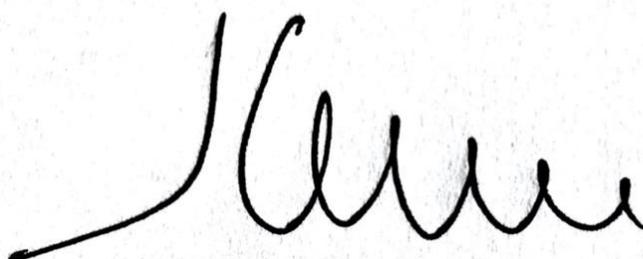
05/08/2020



IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ



OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR



JORGE LUIS QUIROZ ALEMAN