



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 3



JORGE PRADA SÁNCHEZ

Magistrado ponente

SL4413-2018

Radicación n.º 55635

Acta 35

Bogotá, D. C., diez (10) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

La Sala decide el recurso de casación interpuesto por **HERNANDO JOSÉ CANO HINESTROSA**, contra la sentencia proferida por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el 27 de mayo de 2011, en el proceso que instauró contra la **EMPRESA DISTRITAL DE TELECOMUNICACIONES EN LIQUIDACIÓN** y la **EMPRESA BARRANQUILLA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. BATELSA S.A. E.S.P.**

I. ANTECEDENTES

Hernando José Cano Hinestrosa llamó a juicio a las citadas sociedades para que se declarara que el despido que le hizo la Empresa Distrital de Telecomunicaciones de Barranquilla ESP en Liquidación, el 25 de mayo de 2004, fue colectivo y sin justa causa, y por lo tanto ineficaz al no haber sido autorizado por el Ministerio del Trabajo; dado que el 23 de mayo de la misma anualidad hubo sustitución patronal entre las demandadas y su contrato de trabajo se encuentra vigente, solicitó condena solidaria al pago indexado de los salarios, primas de servicio, de navidad, de vacaciones, de antigüedad, de alimentación, auxilios, bonificaciones y prestaciones sociales legales y extralegales causadas desde el 25 de mayo de 2004; así como el reintegro de las cotizaciones por salud y pensiones (fls. 1 a 14).

Subsidiariamente, solicitó el pago de los salarios, primas de servicio, de navidad, de vacaciones, de antigüedad, de alimentación, los auxilios, bonificaciones y demás formas de remuneración que se causen desde el 25 de mayo de 2004, con los incrementos de ley a partir del 1 de septiembre de 2004.

En segundo nivel de subsidiaridad, pidió su reintegro al cargo que venía desempeñando o a otro de igual categoría; junto con el pago de salarios, prestaciones sociales, primas de servicio, de vacaciones, de navidad, de antigüedad, de alimentación, los auxilios y demás formas de remuneración que dejó de percibir desde la fecha del despido y hasta que se produzca el reintegro, con los aumentos de ley; de igual manera, el pago al fondo administrador de salud y pensiones

de los aportes desde el 25 de mayo de 2004 y declarar que no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio.

En tercer nivel de subsidiaridad, solicitó condenar solidariamente a las demandadas al pago actualizado de la pensión proporcional de jubilación, a partir del 20 de septiembre de 2010, equivalente a \$1.519.101,26.

En cuarto nivel de subsidiaridad, impetró condena solidaria al pago indexado de la indemnización plena de perjuicios causado como consecuencia del despido injustificado, con inclusión de los perjuicios materiales, como daño emergente, *«equivalentes a las que (...) hubiera devengado por concepto de pensión de jubilación, de no haber sido despedido, las que no serán inferiores a \$1.519.101.26, mensuales, (...)»*.

En quinto nivel de subsidiaridad, pidió se condenara solidariamente a las demandadas al reajuste y pago indexado de \$90.494.28 por indemnización por despido sin justa causa; \$35.714. 51 por el día de salario correspondiente al 24 mayo de 2004; \$6.390.87 y \$20.863.94 por las cesantías y sus intereses; \$5.031.77 y \$10.063.54 por vacaciones y prima de vacaciones; \$18.255.77 por prima de servicios extralegal y \$957.000 por indemnización por dotación, correspondientes a 6 uniformes de 12 que le adeudaba la Empresa Distrital de Telecomunicaciones.

Por último, solicitó el pago de la indemnización moratoria, los intereses y las costas procesales.

Fundamentó sus peticiones en que el 23 de mayo de 2004, la Empresa Distrital de Telecomunicaciones en liquidación (Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden distrital) y BATELSA (empresa de servicios públicos mixta) suscribieron contrato de arrendamiento, la primera como arrendadora, sobre el establecimiento de comercio denominado Empresa Distrital de Telecomunicaciones, en virtud del cual la arrendataria, al tomar el control de la empresa, asumió la prestación del servicio público domiciliario, lo que devela la sustitución patronal al tratarse del mismo objeto y explotación económica.

Indicó que como los días 23 y 24 de mayo fueron feriados, el vínculo contractual no se interrumpió y por ello esos días deben computarse como laborados. Manifestó que el contrato de trabajo fue a término indefinido, se desempeñó en el cargo de «EMPALMADOR II» y su último salario fue de \$2.300.770,26; además, que al encontrarse afiliado a SINTRATEL, es beneficiario de la convención colectiva de trabajo con vigencia hasta el 31 de agosto de 1999, la cual se prorrogó automáticamente por periodos sucesivos de un año, por lo que tiene derecho a acceder a la acción de reintegro dispuesta en el artículo 20 de la convención colectiva de trabajo, así como a la prestación convencional de jubilación de que trata la cláusula 42 del mismo convenio.

La Empresa Distrital de Telecomunicaciones, se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de prescripción de las dotaciones, inexistencia de la obligación frente a la

sustitución patronal, inexistencia de sustitución patronal, buena fe, prescripción de cualquier aspiración de reintegro, inexistencia del derecho a pensión convencional, incompatibilidad de la pensión con el estado de despido indemnizado y compensación, compartibilidad pensional y petición antes de tiempo (fls. 157 a 169).

En cuanto a los hechos, aceptó la naturaleza y existencia de la Empresa Distrital de Telecomunicaciones y su estado de liquidación, la fecha de ingreso y el cargo ocupado por el trabajador, así como el agotamiento de la vía gubernativa; dijo no constarle la naturaleza jurídica de BATELSA S.A., ni la edad de la demandante, negó la existencia de sustitución patronal, la relación de trabajo entre el actor y BATELSA S.A. y que la liquidación de las prestaciones sociales se hiciera conforme lo establece la Convención Colectiva de Trabajo.

Barranquilla Telecomunicaciones S.A. E.S.P. también se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y prescripción. Negó la naturaleza jurídica de la empresa distrital demandada, la sustitución patronal, la existencia de contrato de trabajo con el actor y de convención colectiva. Aceptó la posibilidad de que el trabajador estuviera afiliado al sindicato de la Empresa Distrital de Trabajadores y, de los demás hechos, dijo atenerse a lo demostrado en el transcurso del proceso (fls. 241 a 244).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de 17 de marzo de 2009 (fls. 306 a 324), el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Barranquilla, resolvió:

PRIMERO: Declarar que el despido de que fue objeto el demandante por parte de la EMPRESA DISTRITAL DE TELECOMUNICACIONES DE BARRANQUILLA EN LIQUIDACIÓN es eficaz.

SEGUNDO: DECLARAR que entre las empresas demandadas EMPRESA DISTRITAL DE TELECOMUNICACIONES DE BARRANQUILLA ESP EN LIQUIDACION y EMPRESA BARRANQUILLA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. no se produjo la sustitución patronal.

TERCERO: En consecuencia, condénese a la EMPRESA DISTRITAL DE TELECOMUNICACIONES DE BARRANQUILLA E.S. EN LIQUIDACION a reconocer y pagar al demandante HERNANDO JOSÉ CANO HENESTROSA una pensión proporcional de jubilación teniendo como base salarial la suma de \$1.518.781.71, la cual deberá actualizarse desde la fecha del despido, hasta la fecha en que cumpla la edad mínima (20 de septiembre de 2010), conforme a la parte motiva de esta providencia, más los reajustes legales la cual tendrá el carácter de compartida con la que le reconozca el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a partir del momento en que cumpla con los requisitos legales, quedando a cargo de esta empleadora el mayor valor si lo hubiere, obligación que deberá ser asumida en principio por la DIRECCION DISTRITAL DE LIQUIDACIONES o en su defecto por del DISTRITO DE BARRANQUILLA, conforme lo dispuesto en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: ABSUÉLVASE a la EMPRESA DISTRITAL DE TELECOMUNICACIONES DE BARRANQUILLA ESP EN LIQUIDACIÓN de las demás pretensiones del libelo de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de este proveído.

QUINTO: ABSUELVASE a la demandada EMPRESA BARRANQUILLA TELECOMUNICACIONES S.A. (BATELSA S.A. E.S.P.) de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEXTO: DECLARESE no probada la excepción de petición antes de tiempo propuesta por apodera de la parte demandada.

SEPTIMO: Sin costas en esta instancia.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió por apelación del demandante y de la Empresa Distrital de Telecomunicaciones, que culminó con la sentencia gravada, mediante la cual el Tribunal revocó la decisión de primer grado; en su lugar, absolvió a las demandadas de las pretensiones de la demanda. Gravó con costas en primera instancia al demandante, sin lugar a ellas en segunda.

Se refirió a la sentencia de primer grado en tanto reconoció la pensión proporcional a partir del 20 de septiembre de 2010 de conformidad con la cláusula 42 del convenio colectivo, dado que el actor contaba un tiempo de servicios de 13 años, 2 meses y 13 días, *«y por haber nacido el 20 de septiembre de 1960, alcanzaba la edad de 50 años en el 2010»*, por lo cual coligió que el demandante *«no es beneficiario de la pensión proporcional de jubilación, al haber dejado de ser empleado de la empresa liquidada con anterioridad a esa fecha, esto es, el 23 de mayo de 2004, conforme lo ratifica la liquidación final del contrato de trabajo»*.

Infirió que el despido fue injusto, pues la liquidación de la empresa no se encuentra establecida como justa causa de despido en el artículo 48 del Decreto 2127 de 1945, a pesar de que sí es un modo legal de terminación del contrato de trabajo, según el literal f) artículo 47 *ibídem*, tal cual lo definió el juez de primer grado.

Tras reproducir el artículo 42 de la convención colectiva de trabajo, sostuvo que la interpretación de las cláusulas de un convenio de ese linaje *«debe hacerse de forma restrictiva, atendiendo la intención que motivó a las partes (...) a diseñar cada una de las disposiciones que integran el acuerdo»*, por manera que de su redacción se extrae que pueden acceder a la pensión de jubilación, aquellos servidores que *«eventualmente hubiesen sido desvinculados de la empresa, y posteriormente, reenganchados, de forma, que pudiesen acumular todo el tiempo material de servicio, sin excluir, que fuesen empleados activos al momento de alcanzar la edad exigida por la norma»*.

Luego de aludir a las interpretaciones teleológica y sistemática de la citada regla convencional, así como a lo adocetrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias CSJ SL, 1 ago. 2006, rad. 27491 y CSJ SL 30 oct. 2007, sin radicación, coligió que es criterio reiterado de la Corporación, *«no casar las decisiones que han negado pensiones extralegales, cuando el eventual beneficiario ha alcanzando (sic) la edad estipulada en el acuerdo convencional en calenda ulterior al desenganche»*, de suerte que revocó la decisión del juez de primera instancia.

Estimó que la solicitud de sustitución patronal entre la Empresa Distrital de Telecomunicaciones de Barranquilla y Batelsa, constituía un elemento nuevo en el debate, en tanto

la reforma a la demanda solo era admisible dentro del término establecido en el artículo 15 de la Ley 712 de 2001.

En punto a la extensión del vínculo laboral el cual el trabajador afirmó se sostuvo hasta el 24 de mayo de 2004, dijo no existir pruebas sobre su existencia, a más que de la liquidación definitiva de salarios y prestaciones sociales, se desprendía que el vínculo expiró el 23 de mayo de 2004, que no el 24 del mismo mes y año como lo afirmaba el demandante.

Acerca de la negativa del *a quo* a conceder el «*reajuste por indemnización convencional por terminación sin justa causa del contrato de trabajo*», y el «*reajuste de cesantías e intereses sobre éstas, con la consiguiente indemnización contemplada en el Art. 1 de Decreto 797 de 1949*», consideró que, en primer lugar, no era dable incrementar créditos anotados bajo el supuesto de que el actor laboró el 24 de mayo de 2004, «*por cuanto ello no es cierto, conforme quedó explicado en líneas precedentes, al haberse concluido que el contrato de trabajo entre el señor HERNANDO JOSE CANO HINESTROSA y la EDT EN LIQUIDACIÓN, no se prolongó después del 23 de mayo de 2004*».

Coligió que tampoco es de recibo la invocación del artículo 7 de la Ley 6 de 1945, dado que:

(...) para significar que el contrato no se interrumpió los días 23 y 24 de mayo de 2004 por ser domingo y lunes feriado, habida cuenta, que el precepto examinado procura preservar la intangibilidad de la remuneración del descanso dominical, no obstante, que el transcurso de la semana contingentemente se

hubiese causado un día de fiesta, cuestión que no ocurrió dentro del sub lite, porque ciertamente, entre el 17 al 23 de mayo de 2004, correspondiente a la última semana que laboró el señor CANO HINESTROSA, no se escenificó ningún día festivo antes del domingo. Así, la cita legal en referencia deviene impertinente, en punto de extender el contrato de trabajo a una fecha ulterior del 23 de mayo de 2004.

Finalmente, negó la sustitución patronal, desestimó la solicitud de reajuste de las indemnizaciones por despido y moratoria.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el demandante, fue concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, que procede a resolverlo. Los cargos segundo y tercero se resolverán conjuntamente, así como el cuarto y quinto, dado que persiguen la misma finalidad.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

El recurrente solicita:

(...) que la Honorable Corte se digne casar la sentencia impugnada y en su condición de Tribunal de Instancia revoque los numerales primero, segundo, cuarto, quinto y séptimo de la sentencia de primera instancia y de manera principal y en su lugar, de manera igualmente principal se condene a la empresa BARRANQUILLA TELECOMUNICACIONE S.A. ESP. “BATELSA”, a reintegrar al actor al cargo que desempeñaba al momento del despido, o a otro de igual o superior categoría, la remuneración dejada de percibir entre el despido y el reintegro, con los incrementos convencionales y a pagar a la respectiva administradora de seguridad social en pensiones y salud, los aportes que se han causado durante el mismo lapso y a tener su relación laboral sin solución de continuidad para todos los efectos legales. Subsidiariamente se

ruega a la Honorable Corte se digne confirmar los numerales tercero y sexto de la sentencia del A quo y condenar a las demandadas a reconocer y pagar al actor el reajusto de la indemnización por despido injusto, el pago del salario correspondiente al día 24 de mayo de 2004, al reajuste de su cesantía e intereses y a la indemnización moratoria e indexación a que haya lugar, condenando en costas de las instancias a las demandadas y el recurso si hubiese oposición al mismo por su parte.

Con tal propósito formula cinco cargos, replicados en oportunidad.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa violación directa, por *«falta de aplicación»* del artículo 1 de la Ley 51 de 1983, en relación con los artículos 7, 11, 17 de la Ley 6 de 1945; 26 numerales 3 y 6, 47 literal f y 51 del Decreto reglamentario 2127 de 1945; 1 del Decreto Reglamentario 797 de 1949; 3, 9, 10, 11 a 21, 55, 67, 127, 186, 306, 249 y 467 del Código Sustantivo del Trabajo, 67 de la Ley 50 de 1990.

Luego de transcribir un aparte de la sentencia de segundo grado, por medio de la cual el *ad quem* concluyó que la relación laboral finalizó el 23 de mayo de 2004, que no el 24 del mismo mes y año, afirma que con dicha determinación ignoró que el 20 de mayo *«correspondió al día festivo religioso denominado “ASCENSIÓN DEL SEÑOR”, el cual se encuentra reconocido como tal, tanto para los trabajadores del sector privado como del sector público, por el artículo 1 de la Ley 51 de 1983»*. Normativa que en su numeral 2, dispuso que *«en el evento de no caer en día lunes “se trasladaran al lunes siguiente de dicho día»*, razón por la cual el feriado tuvo lugar

el 24 de mayo siguiente, por lo que debía computarse de conformidad con el artículo 7 de la Ley 6 de 1945.

Manifiesta que el *«mencionado error iuris in iudicando en el cual incurrió el Ad quem, trajo consigo que el verdadero extremo de la finalización del contrato de trabajo hubiese sido desconocido, no solamente para definir la existencia del instituto jurídico de la “SUSTITUCIÓN PATRONAL”»* entre las demandadas, sino también para negar las pretensiones subsidiarias, relacionadas con la liquidación de las prestaciones sociales y la indemnización.

VII. RÉPLICA

La Empresa Distrital de Comunicaciones de Barranquilla solicita desechar las acusaciones de la censura. Afirma que en los cargos primero, tercero y cuarto, el censor incurre en errores de técnica al no denunciar las normas reguladoras de las relaciones obrero patronales, ni indicar el submotivo de ataque, a más que en el desarrollo *«mezcla aspectos fácticos, y enuncia pruebas el cual dado el sendero escogido no es de recibo»*.

VIII. CONSIDERACIONES

No es materia de discusión en el recurso extraordinario la calidad de trabajador oficial del recurrente, el último salario devengado, el cargo ocupado por aquel, ni el contrato de arrendamiento que suscribiera la Empresa Distrital de

Telecomunicaciones con BALTESA S.A. para la continuidad de la prestación del servicio público de telefonía.

Dado que la inconformidad de la censura radica en el supuesto error en que pudo incurrir el Tribunal, al inaplicar el artículo 1 de la Ley 51 de 1983, de manera que no advirtió que la terminación de los contratos de trabajo en días festivos no surten efectos, conviene transcribir la norma, en aras de determinar si su aplicación, hubiera generado una solución diferente.

La norma en cita, reza lo siguiente:

Artículo 1º. *Todos los trabajadores, tanto del sector público como del sector privado, tienen derecho al descanso remunerado en los siguientes días de fiesta de carácter civil o religioso: primero de enero, seis de enero, diecinueve de marzo, primero de mayo, veintinueve de junio, veinte de julio, siete de agosto, quince de agosto, doce de octubre, primero de noviembre, once de noviembre, ocho de diciembre y veinticinco de diciembre; además de los días jueves y viernes santos, Ascensión de Señor, Corpus Cristi y Sagrado Corazón de Jesús.*

2º. Pero el descanso remunerado del seis de enero, diecinueve de marzo, veintinueve de junio, quince de agosto, doce de octubre, primero de noviembre, once de noviembre, Ascensión del Señor, Corpus Cristi y Sagrado Corazón de Jesús cuando no caiga en día lunes se trasladarán al lunes siguiente a dicho día.

Cuando las mencionadas festividades caigan en domingo, el descanso remunerado, igualmente se trasladará al lunes,

3ª. La prestación y derecho que para el trabajador origina el trabajo en los días festivos, se reconocerá en relación al día de descanso remunerado establecido en el inciso anterior.

Si bien, de la normativa transcrita se desprende que deben colacionarse los días festivos para la liquidación de las prestaciones del trabajador, de su texto no se deriva

prohibición de que pueda producirse la finalización de un vínculo contractual en días feriados. Por ello, no incurrió el Tribunal en el yerro enrostrado, pues su aplicación no hubiera significado imprimir un sentido diferente al problema jurídico planteado, toda vez que, además de lo dicho, el hecho de haber laborado la semana completa genera la obligación de pagar el día domingo, que no el festivo subsiguiente.

Aunado a lo anterior, se advierte que la terminación del contrato de trabajo el 23 de mayo de 2004, que no el 24 del mismo mes y año, no fue atacado por la censura, de manera que esta premisa se mantiene incólume.

En consecuencia, el cargo no prospera.

IX. CARGO SEGUNDO

Acusa violación indirecta, por aplicación indebida del artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 67 de la Ley 50 de 1950; 3, 9, 10 a 21, 55, 67, 127 y ss, 186, 249 y 306 del Estatuto Sustantivo Laboral; 13, 25, 48, 53, 55 y 228 de la Constitución Política.

Señala que la infracción en que incurrió el *ad quem* se produjo como consecuencia de

«No dar por demostrado, estándolo de manera evidente, que en el hecho OCTAVO del libelo demandatorio (...), de manera precisa esgrimió, bajo el título “NEGOCIACIÓN COLECTIVA”, el artículo 6 de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre la Empresa Distrital de Telecomunicaciones de Barranquilla y su sindicato de

trabajadores “SINTRATEL”, al cual pertenecía el demandante, norma en la cual fue estipulado lo concerniente al fenómeno de la SUSTITUCIÓN PATRONAL.

Luego de reproducir apartes de la sentencia gravada y transcribir el hecho 8 de la demanda inicial, asegura que el sentenciador de alzada no apreció el libelo demandatorio, en tanto de aquel se desprende *«la obligación patronal de respetar los derechos individuales y colectivos de sus trabajadores y, por esta razón, incurrió en el yerro evidente que trajo consigo la denegación del instituto de la sustitución de patronos»*, la cual, asegura, ocurrió entre las empresas convocadas a juicio, como efecto de haber celebrado el contrato de arrendamiento de establecimiento de comercio el 23 de mayo de 2004, por medio del cual, la arrendataria continuó prestando el servicio público de manera ininterrumpida.

Asegura que:

Consecuencialmente se produjo el quebranto de la normatividad legal relacionada con este instituto de la sustitución patronal que fue consagrado en los artículos 53 y 54 del D.R. 2127 de 1945 y 67 del C.S.T. Normatividad aplicable al sub lite y la cual resultó infringida al desconocerse la aplicabilidad del convenio colectivo de trabajo reseñado en el libelo demandatorio, el cual obtiene su respaldo normativo en el artículo 467 del estatuto laboral colombiano, que terminó igualmente aplicado indebidamente como consecuencia de yerro en el que incurrió el fallador.

X. RÉPLICA

Asevera que en los cargos segundo y quinto, si bien la censura dirige su ataque por la vía indirecta, no especifica

las pruebas erróneamente apreciadas de forma clara y precisa, lo cual genera que los cargos no sean estimables.

XI. CARGO TERCERO

Acusa la sentencia de violación directa, por *«falta de aplicación»* de los artículos 53 del Decreto 2127 de 1945 y 67 del Código Sustantivo del Trabajo, *«en relación con»* los artículos 1, 11 y 17 de la Ley 6 de 1945; 19, 26, 27 y 54 del Decreto 2127 de 1945; 1 del Decreto 797 de 1949; 9, 11, 13, 55, 57, 59, 127, 193, 249, 306 y 467 del Estatuto Laboral; 2, 13, 25, 29, 48, 53, 55 de la Constitución Política y 60 y 61 del Código de Procedimiento Laboral.

Reproduce apartes de la sentencia de segundo grado y los artículos 53 del Decreto 2127 de 1949 y 67 del Código Sustantivo del Trabajo, y asegura que al no ser materia de discusión el contrato de arrendamiento que suscribieran las empresas encausadas, el Tribunal se equivocó pues no advirtió que el contrato suscrito *«sí constituye una modalidad de transferencia que da lugar al instituto de sustitución patronal per se, como lo disponen las normas indicada[s] up (sic) supra»*.

XII. RÉPLICA

En tanto la réplica presentada por la Empresa Distrital de Telecomunicaciones fue común para los cargos primero, tercero y cuarto, se tendrá en cuenta el resumen efectuado

para el primer cargo.

XIII. CONSIDERACIONES

En el segundo cargo, el recurrente alega la falta de apreciación del hecho 8 de la demanda inicial, el cual reproduce la cláusula 6 de la Convención Colectiva de Trabajo, en aras de demostrar el presunto error en que pudo incurrir el Tribunal al estimar que lo planteado en torno a la sustitución patronal, constituía un medio nuevo.

De entrada, se advierte que, desde el inicio de la contienda, el accionante pidió la declaratoria de la sustitución patronal entre las empresas de telecomunicaciones convocadas a juicio, de suerte que erró el *ad quem* al colegir que se trataba de un hecho que no hizo parte de los planteamientos y pretensiones de la demanda.

No obstante, tal ataque no tiene la entidad suficiente para derruir los cimientos de la sentencia gravada, pues del estudio de los distintos medios probatorios, el Tribunal coligió que el actor laboró para la Empresa Distrital de Telecomunicaciones de Barranquilla hasta el 23 mayo de 2004, por lo cual no hubo prestación del servicio a favor de BATELSA S.A. con posterioridad a esa fecha; como este pilar del fallo grabado no es cuestionado por la censura, dado el carácter dispositivo y rogado del recurso, la Sala no puede incursionar en ese análisis.

El cargo tercero se funda en la existencia de una sustitución patronal, como consecuencia de la celebración de un contrato de arrendamiento entre las enjuiciadas. Como quiera que, tal cual lo coligió el sentenciador de alzada, para cuando BATELSA S.A. sustituyó a la sociedad liquidada, el 23 de mayo de 2004, el demandante no se encontraba laborando, pues no fue vinculado a su planta de personal, situación que impide que opere la sustitución de empleadores, pues para su configuración, además del cambio de patrono, se requiere que haya continuidad en la prestación del servicio por parte del trabajador, lo cual no fue acreditado por el demandante.

En un caso de similares contornos, esta Corporación se pronunció así:

A lo dicho se suma, que en verdad no se presentó la sustitución patronal a que alude la parte actora, pues a pesar de que BATELSA continuó prestando los servicios públicos que prestaba la extinta EDT en Liquidación, lo cierto es que la demandante no continuó laborando al servicio de la primera, requisito indispensable para que opere la sustitución de empleadores. En efecto, esta Corporación es del criterio, como lo puso de presente el Tribunal, que para que se produzca el fenómeno jurídico de la sustitución de empleadores, además del cambio de un patrono a otro y la continuidad de la empresa, se requiere que haya continuidad en la prestación del servicio por parte del trabajador, lo cual como quedo visto, en esta oportunidad no se acreditó plenamente, en la medida que no hay evidencia probatoria que el contrato de trabajo de la accionante se hubiera extendido más allá del 23 de mayo de 2004.

Al resolver similares cuestionamientos a los que la censura le hace a la sentencia del Tribunal, por no haber declarado la sustitución patronal alegada en la demanda, esta Sala de Casación Laboral, en sentencia CSL SL, 19 feb.2008, rad. 30815, reiterada en decisiones de la CSJ SL16159-2014 y SL5334-2015 adoctrino:

Lo que fundamentalmente plantea el recurrente es que en este caso operó la sustitución patronal.

[...]

La decisión del Tribunal en este específico tema, se adecua a la línea que de tiempo atrás ha trazado la Corporación, en el sentido de que, para que se configure la sustitución patronal, se requiere que el trabajador continúe prestando efectivamente sus servicios al nuevo patrono, situación que en este caso no se presenta, pues no hay elementos probatorios que así lo indiquen. Además, valga recordarlo, la confirmación que le impartió el ad quem a la sentencia de primera instancia, también abarcó la declaratoria de encontrar probada la excepción de “inexistencia del contrato de trabajo con Colombia Telecomunicaciones S.A.”.

Resulta irrelevante profundizar entonces para el caso en estudio, sobre el tema de la sustitución empresarial que plantea la censura porque de todos modos, el actor no continuó prestando servicios con la nueva empresa, toda vez que, se reitera, la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom terminó el contrato de trabajo, aunque de manera injusta, pero lo indemnizó con la suma de \$82.268.896.00., bajo los parámetros de la Convención Colectiva vigente y, por consiguiente, la nueva entidad COLOMBIA TELECOMUNICACIONES” resulta ajena a cualquier pretensión de quien jamás le prestó servicios. (CSJ SL 8178-2016)

Por lo anterior, los cargos no prosperan.

XIV. CARGO CUARTO

Acusa el fallo de ser:

Directamente violatorio del artículo 53 de la Constitución Política en cuanto consagró como un principio mínimo fundamental a favor de los trabajadores que: “(...) debe optarse por la situación más favorable al trabajador (...)” (...).” (sic) en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho (...).”

Falta de aplicación del precepto superior que llevó al Ad quem a dar aplicación indebida a los artículos 25, 29, 48, 55, 93 y 228 de la misma Carta Política Nacional, así como al Bloque de constitucionalidad integrado por los tratados y Convenios Internacionales ratificados por Colombia sobre Derechos Humanos y Garantías al Trabajo humano, la libertad sindical y la seguridad social, en especial los Convenios de la OIT #s (sic) 87 y 98, 102 y 154. Amén de los artículos 7, 11, y 12 de la Ley 6a de 1945, 1º del D. 797 de 1949, 1º de la Ley 151 de 1959, 45 de Decreto 1045 de 1978, 85 de la Ley 489 de 1998, 1613 y 1614 del C.C., 476 y 467 y ss del C. S. del T., 9º, 16 y 21 del mismo estatuto y los arts. 37 y

38 del D.L. 2351/65, Ley 100 de 1993, 33 mod. L. 797/03 art. 9º; Ley 712/01, 61 CPL. 29 C.P. Art. 1536 del C.C.

Como demostración del cargo, transcribe un aparte de las sentencias CC C-168-95, y CSJ SL, 27 may. 1985, rad. 8500, CLXXXII, n.º 2421, pág. 79-90, y doctrina nacional y extranjera.

Indica que de la lectura del fallo se deduce que el actor cumplía con el requisito de tiempo de servicio para acceder a la pensión convencional de jubilación, de que trata el artículo 42 del convenio colectivo de trabajo, pero que al momento en que fue liquidada la empresa, solo contaba 44 años de edad, cumplió la edad requerida el 20 de septiembre de 2010, por lo que el fallador de segundo grado dio un sentido diferente a la prerrogativa convencional, al colegir que *«no tiene el alcance de entenderse que se refiere a los ex trabajadores, sino a los trabajadores»*.

Critica la intelección del Tribunal y reproduce un aparte de la sentencia, para concluir que debido a que el trabajador fue despedido sin justa causa, tiene legítimo derecho a adquirir la prestación convencional.

XV. CARGO QUINTO

Acusa la sentencia de ser indirectamente violatoria, por aplicación indebida, de las siguientes disposiciones:

(...) artículo 467 del C.S.T en relación con los artículos 25, 29, 48, 55, 93 y 228 de la C.P.; Las Convenciones (sic) Internacionales de

Trabajo 87 y 89 de la OIT (Leyes 26 y 27 de 1976) ; ley 6a de 1945, arts. 7, 11 y 12; D.R. 797/49 art. 1º; l. 151/1959, art. 1º; d. 1045/78, art. 45; L. 4/89 arts. 1536, 1613 y 1614 del C.C.; 16 y 21 CST; 37 y 38 D.L. 2351/65 (Ley 48/68) 33 L 100/93; 9º L. 797/03; 35 l. 712/01; 61 CPL.SS; l. 153/1887.

Expresa que el quebrantamiento se produjo como consecuencia del error evidente de hecho en el cual incurrió el sentenciador de segundo grado en la apreciación de la convención colectiva de trabajo (fls. 37 a 75), *«al haber no dado por demostrado, estándolo de manera evidente, que al haber concluido el contrato de trabajo de la demandante y la mencionada empresa de manera injusta, dicha trabajadora no perdió su derecho a la pensión de jubilación»*, consignado en la cláusula 42 literal b) y d) de la citada normativa convencional.

Añade que:

1) Para el Ad quem el hecho de que el trabajador dejó de prestar sus servicios cuando se produjo la orden de liquidación de la empresa y solamente cumplir con la edad jubilatoria después de retiro, no le otorga el derecho a esa prestación convencional.

2) No existe controversia sobre el hecho de que el despido del actor de manera injusta y por ello fue indemnizado (fl. 32 y 33 ibídem). Como tampoco que llevaba laborando más de diez años de servicio a su patrono. Tampoco es materia de controversia que el actor cumplió la edad jubilatoria de 50 años el 20 de septiembre de 2010.

3) No obstante lo anterior el Tribunal al apreciar la cláusula del convenio Colectivo referente al derecho pensional deprecado, omitió considerar el literal d) del mismo artículo 42 del convenio, el cual reza como sigue:

“d) LOS DERECHOS ESPECIALES DE JUBILACIÓN CONSAGRADOS EN ESTE CONVENIO.... SE PIERDEN CUANDO EL

TRABAJADOR ES DESPEDIDO POR JUSTA CAUSA.

Como el Juzgador pasó por alto u omitió considerar esta parte del precepto, su apreciación resultó incompleta y por tanto equivocada. Y por lo mismo, fallida su decisión al denegar la pretensión deprecada por el actor.

Concluye que, si tales beneficios no se pierden cuando el trabajador es despedido injustificadamente, el Tribunal debió reconocerle la prestación.

XVI. RÉPLICA

Como quiera que la réplica presentada por la Empresa Distrital de Telecomunicaciones fue común para todos los cargos, remítase al resumen efectuado para los cargos primero y segundo.

XVII. CONSIDERACIONES

La inconformidad de la censura recae sobre la lectura que le diera el juzgador de alzada a la cláusula 42 convencional, literal b), al colegir que no es aplicable a los ex trabajadores, y que el demandante no cumplía con el requisito de edad para acceder a la prestación, pues para el Tribunal debe concurrir la totalidad de presupuestos indicados en la preceptiva convencional, durante la vigencia de la relación laboral.

Al reexaminar la interpretación dada a la citada cláusula 42, la Sala de Casación Laboral sólo admitió una forma de entendimiento posible a dicha preceptiva,

consistente en que la pensión de jubilación, se causa con el requisito de la prestación de servicios y un retiro distinto al despido por justa causa, por manera que el requisito de la edad es una mera condición para su exigibilidad.

Así lo adocrinó en sentencia CSJ SL8178-2016, en la que discurrió:

Sobre este tema la censura propuso los errores de hecho 10, 11, 12, 13, y 14, que atañen a que la demandante tiene derecho a la pensión proporcional de jubilación consagrada en el art. 42 de la convención colectiva de trabajo, por cuanto esta cláusula no limita ni condiciona su otorgamiento a que se tenga que cumplir la «edad» allí requerida estando el beneficiario al servicio de la empresa, esto es, como empleado activo, pues dicho derecho convencional se adquiere es con el cumplimiento del requisito del tiempo de servicios, pudiendo arribar a la edad después de que el trabajador se retire, y solamente se pierde si se produce un despido sin justa causa.

Si bien es cierto, la Corte de tiempo atrás venía aceptando cualquier apreciación que en relación a la cita cláusula convencional hicieran los diferentes Tribunales del País, bajo el supuesto de que admitía distintas interpretaciones, al reexaminar el tema, arribó a la conclusión que actualmente impera, de que únicamente admite una valoración probatoria o intelección posible, consistente en que la pensión de jubilación prevista en el literal b del art. 42 de la convención colectiva de trabajo, se causa o adquiere con el requisito de la prestación de servicios y un retiro diferente al despido por justa causa, de modo que el cumplimiento de la edad constituye una mera condición para su exigibilidad. En sentencia de la CSJ SL5334-2015, 6 may.2015, rad.40439 (...), se dijo:

[...]

(...) estima la Sala que la cláusula 42 Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la EDT y su sindicato de trabajadores, vigente entre el 1 de septiembre de 1997 y el 31 de agosto de 1999, resulta unívoca, esto es, sólo admite una interpretación razonable, cual es que la pensión proporcional de jubilación allí consagrada se causa con el tiempo de servicios y el retiro diferente al despido por justa causa, y en la que el cumplimiento de la edad constituye un simple requisito de exigibilidad.

Así las cosas, en atención al criterio de la Corte y, dado que el demandante cumple las exigencias de la aludida cláusula 42 literal b), pues es beneficiario de la convención, laboró para la Empresa Distrital de Telecomunicaciones por el término establecido en la preceptiva convencional, y fue despedido sin justa causa, fluye evidente el error de hecho en que incurrió el Tribunal y, por consiguiente, se casará parcialmente la sentencia impugnada, en cuanto revocó la condena a la pensión convencional impartida por el *a quo*.

Sin costas, dada la prosperidad del recurso extraordinario.

XVIII. SENTENCIA DE INSTANCIA

El recurso de apelación de la Dirección Distrital de Liquidaciones, entidad que asumió la administración pensional de la extinta Empresa Distrital de Telecomunicaciones de Barranquilla, se fundamenta en la indebida interpretación del *a quo* a la cláusula 42 de la Convención Colectiva de Trabajo. Adujo que la prestación pensional fue concedida a un trabajador que no se encontraba activo al momento de cumplir los requisitos exigidos por la normativa; de tal suerte que no tenía el derecho.

Basta lo dicho en sede extraordinaria para entender que la única interpretación admitida por la Corte, es que la pensión de que trata la cláusula 42, se causa con la

satisfacción del requisito de la prestación de servicios y un retiro distinto al despido por justa causa, y que la edad es una mera condición para su exigibilidad.

Como lo dedujo el Juzgador de la instancia inicial, tales exigencias fueron cabalmente satisfechas por el demandante, en tanto los extremos temporales de la relación laboral datan del 11 de marzo de 1991 al 23 de mayo de 2004, tal cual lo exhibe la liquidación definitiva de prestaciones sociales que practicó la Empresa Distrital de Telecomunicaciones (fl. 32 y 33), para un tiempo total laborado de 13 años, 2 meses y 13 días; con ello, acredita el requisito para adquirir la pensión proporcional de jubilación convencional, que exige tener más de 10 años de servicio y menos de 20, y la edad de 50, fue alcanzada el 20 de septiembre de 2010.

Costas en segunda instancia a cargo de la Empresa Distrital de Telecomunicaciones de Barranquilla E.S.P., en Liquidación.

XIX. 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 **CASA PARCIALMENTE** la sentencia dictada el 27 de mayo de 2011, por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, dentro del proceso

ordinario laboral seguido por **HERNANDO JOSÉ CANO HINESTROSA** contra la **EMPRESA DISTRITAL DE TELECOMUNICACIONES EN LIQUIDACIÓN** y la **EMPRESA BARRANQUILLA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. BATELSA S.A. E.S.P.**, en cuanto revocó la condena impuesta por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Barranquilla el 17 de marzo de 2009, a título de pensión convencional. No casa en lo demás.

En sede de instancia, confirma el numeral tercero de la sentencia de primer grado, de 17 de marzo de 2009, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Barranquilla.

Costas, como se dijo.

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

DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ

JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO

JORGE PRADA SÁNCHEZ

