



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 4



GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ

Magistrado ponente

SL5106-2018

Radicación n.º 68008

Acta 41

Bogotá, D. C., veinte (20) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **MARIO GUTIÉRREZ TOVAR**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., el 28 de febrero de 2014, en el proceso que él instauró contra la **ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A. E.S.P. – ELECTROHUILA S.A. E.S.P.**

I. ANTECEDENTES

Mario Gutiérrez Tovar llamó a juicio a la Electrificadora del Huila S.A. E.S.P. – Electrohuila S.A. E.S.P., con el fin de

que se declarare, que entre ellos existió un contrato de trabajo desde el 21 de julio de 1987 al 29 de julio de 2010, que finalizó por el reconocimiento de la pensión convencional de jubilación a partir del 30 de julio de 2010, y adicionalmente que prestó su servicio militar en la Armada Nacional durante dos años, comprendidos entre el 1º de julio de 1976 al 30 de junio de 1978; que la pensión de jubilación convencional que le fue reconocida y pagada es inferior al promedio salarial devengado en el último año de servicio conforme a lo pactado en la convención colectiva de trabajo y en la ley; que las prestaciones sociales finales, cesantía e intereses, reconocidas y pagadas son inferiores al promedio salarial devengado en el último año de servicios de conformidad con la Convención Colectiva de Trabajo y la ley, además, de que no se tuvo en cuenta el tiempo de servicio militar para efectos pensionales.

Sostuvo que, en consecuencia, la accionada adeuda, el reajuste de las mesadas pensionales de jubilación teniendo en cuenta lo realmente devengado en el último año de servicio, con sus respectivos intereses moratorios y mesadas adicionales de junio y diciembre; el reajuste de las cesantías y sus respectivos intereses; la mesada 14 de conformidad con el parágrafo 4 del Acto Legislativo 01 de 2005, y, la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T.

Fundamentó sus peticiones, básicamente en que, entre él y la demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 21 de julio de 1987 al 29 de julio de 2010; que finalizó por el reconocimiento de la pensión convencional de jubilación mediante Documento de Gerencia n.º 187 a

partir del 30 de julio de 2010 en cuantía de \$2.406.789; laboró 25 años y 29 días; nació el 12 de enero de 1958; prestó servicio militar desde el 1º de julio de 1976 al 30 de junio de 1978; que la relación laboral se rigió por la convención colectiva de trabajo de la cual era beneficiario por lo que se le reconoció la pensión de jubilación convencional; no se tuvo en cuenta el tiempo de servicio militar para la liquidación de las cesantías; en el documento de la liquidación de cesantías se reconocen y pagan otros conceptos convencionales que no fueron tenidos en cuanto al momento de liquidar la pensión y las cesantía a pesar de haberse generado y pagado en el último año de servicio, tampoco tuvo en cuenta el auxilio de alimentación que se le pagaba por caja menor en el último año, ni la bonificación por cumplimiento de metas, por lo que debe ser reliquidada la pensión, no le fue reconocida la mesada 14 pese a ser beneficiario del régimen de transición. Afirmó que presentó reclamación administrativa el 11 de noviembre de 2011.

Al dar respuesta a la demanda, la parte accionada se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, expresó que la relación laboral también se rigió por el CST, que se debe verificar que la convención hubiera sido aportada con las exigencias del artículo 469 del CST. Explicó que no se liquidó en las cesantías los dos años en que prestó el servicio militar porque para ese periodo el demandante no laboraba para la compañía. Expresó que, al liquidar las cesantías y la pensión de jubilación, tuvo en cuenta todos los factores pactados en la convención colectiva de trabajo y que al incluir los días de la liquidación proporcional éstos eran

descontados de la prima ya liquidada. Que la liquidación proporcional de vacaciones no fue tomada en cuenta al momento de liquidar cesantías y pensión porque no constituye factor salarial de acuerdo al artículo 127 del CST y mucho menos los vales de alimentación y pago de bonificación por cumplimiento de metas al no constituir factor salarial. Dijo que la mesada 14, sólo aplica para las personas que tienen derechos pensionales derivados del régimen de transición, situación que no se presenta.

En su defensa propuso como excepción de mérito las que denominó, prescripción de la acción, falta de legitimación en la causa por activa del demandante y pasiva de Electrohuila S.A. E.S.P., cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación demandada a cargo de Electrohuila S.A. E.S.P., falta de causa para pedir, buena fe, compensación, mala fe del demandante, falta de prueba legal que demuestre la existencia de la convención colectiva auténtica y acta de depósito expedida por la autoridad laboral competente.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 22 de febrero de 2013, resolvió:

PRIMERO. DECLARAR que entre MARIO GUTIERREZ TOVAR como trabajador y la ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A. E.S.P. existió contrato de trabajo con vigencia entre el 21 de junio de 1987 y el 29 de julio 2010, con un salario último de \$907.200 mensuales.

SEGUNDO. DECLARAR que el demandante fue mal liquidado en su pensión por la entidad demandada, mediante el documento de gerencia No 187 del 30 de julio de 2010, así como por sus cesantías e intereses.

TERCERO. CONDENAR a la entidad demandada a pagar al demandante la suma de TRES MILLONES VEINTE MIL SETECIENTOS SESENTA Y CINCO pesos (**\$3.020.765**), como saldo a la liquidación de cesantías.

CUARTO. CONDENAR a la entidad ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A. E.S.P. a reajustar la mesada pensional del demandante al valor de DOS MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS OCHENTA PESOS (**\$2.645.980**), desde el 30 de julio de 2010, a la fecha y con los reajustes anuales del IPC, descontando por tanto los \$2.406.789, que equivocadamente le venía cancelando. Por lo que deberá pagarle las sumas dejadas de pagar así:

Por lo que por el año 2010 adeuda al actor la demandada, 6 mesadas por su mayor valor, para un total de \$1.435.146, que deberá pagarle indexados con el IPC de ese año, hasta su pago completo.

Por lo que por el año 2011 adeuda al actor la demandada, 13 mesadas por su mayor valor, para un total de \$3.109.483, que deberá pagarle indexados con el IPC de ese año, hasta su pago completo.

Por lo que por el año 2012 adeuda al actor la demandada, 13 mesadas por su mayor valor, para un total de \$3.109.483, que deberá pagarle indexados con el IPC de ese año, hasta su pago completo.

Por lo que por el año 2013 adeuda al actor la demandada, 2 mesadas por su mayor valor, para un total de \$478.382, que deberá pagarle indexados con el IPC de ese año, hasta su pago completo.

La suma de \$7.937.940, que deberá pagarle la demandada al actor indexados con el IPC de ese año, hasta su pago completo, por las tres mesadas 14 que dejó de pagarle.

QUINTO. CONDENAR A LA DEMANDADA A cancelar al actor un día de salario por cada día de retardo desde el 30 de julio de 2010, y hasta el pago total, conforme los precisos términos del artículo 65 del CST., es decir \$30.240 diarios, del salario mensual que es \$907.200.

SEXTO. DECLÁRANSE infundadas las excepciones que la pasiva llamó [...] pero fundada la de COMPENSACIÓN.

SÉPTIMO. ABSOLVER a la entidad demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra conforme a la parte motiva de la presente sentencia.

[...]

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., mediante fallo del 28 de febrero de 2014, al resolver los recursos interpuestos por las partes, resolvió:

Primero. REVOCAR parcialmente la Sentencia del 22 de febrero de 2013, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva Huila, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor **MARIO GUTIÉRREZ TOVAR** contra la **ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A. E.S.P.** en el sentido de:

ABSOLVER a la demandada **ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A. E.S.P.**, del pago y reconocimiento de la mesada 14 y de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo. - CONFIRMAR en lo demás la Sentencia recurrida. –

[...]

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal advirtiendo sobre el respeto al principio de consonancia, pasó a resolver los recursos de apelación de las partes.

Al resolver el recurso de Electrohuila S.A. E.S.P. se ocupó de la reliquidación de las cesantías, indicó que fueron liquidadas teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios establecidos en la CCT. El Juez en la providencia apelada dijo que en la liquidación de cesantías e intereses de cesantías cuando terminó la relación laboral, no se tuvo en cuenta la liquidación proporcional, prima de vacaciones del 21 al 29 de julio de 2010, liquidación proporcional valor vacaciones del 21 al 29 de julio de 2010, prima proporcional de diciembre del 1 de enero al 29 de julio de 2010, indemnización de vacaciones el 21 de julio de 2009 al 20 de julio de 2010, ni

los recargos por reemplazos laborales, tampoco el auxilio de alimentación, ni la bonificación por cumplimiento de metas, ni otros factores salariales.

Rememoró el contenido literal del artículo 127 del CST para referirse a los elementos que constituyen salario, lo propio hizo con el artículo 249 ibídem sobre las cesantías, y resaltó que la convención colectiva de trabajo «[...] *al regular el tema de las liquidaciones de prestaciones legales y extralegales, cuando se refiere a las cesantías sólo señala que éstas serán pagadas cuando tengan carácter de definitivas a más tardar 20 días hábiles posteriores a la presentación del paz y salvo por parte del trabajador*».

Apreció las pruebas con el fin de establecer cuáles fueron los factores salariales devengados en el último año de servicio (del 29 de julio de 2010) por el actor,

- *Se observa como factores salariales las horas extras, auxilio de transporte, viáticos, prima de antigüedad, de vacaciones, de carestía, de junio y de diciembre.*

- *Liquidación de cesantías, en la que se detalla para el cálculo del mismo, que se sumó el salario básico (\$907.200) más la doceava parte de los factores salariales enunciados en precedencia.*

Ahora bien, necesario es transcribir el inciso 4 y 5 del artículo 23 de la CCT:

*Inciso 4: "**PRIMAS:** Todas las primas se liquidarán con el salario promedio devengado por el trabajador en el último año de servicios, esto es tomando los ingresos de las veinticuatro (24) quincenas anteriores a la fecha del pago de la prima correspondiente o el tiempo proporcional a él.*

*Inciso 5: "Constituyen salario promedio para el pago de estas primas, el sueldo básico mensual **más la doceava parte de:** Las primas de antigüedad, carestía, junio, diciembre, vacaciones, las horas extras, los recargos, la sobre-remuneración por trabajo dominical y festivos, viáticos y auxilio de transporte".*

Para la Sala es claro, que la regulación anterior se refiere a la liquidación de las cesantías, toda vez que en el artículo 22, trata lo relacionado con las primas, en ese sentido, constatado el

articulado con la liquidación de cesantías que reposa a folio 85 del expediente, tenemos que tal y como lo afirma la Electrificadora del Huila, fueron liquidadas correctamente, pues se tomó el salario básico más la doceava parte de las diferentes primas, como lo señala el inciso 5 transcrito; sin embargo, al valor obtenido le sumó otros conceptos como: prima proporcional de vacaciones, valor proporcional de vacaciones, prima proporcional de diciembre, liquidación indemnización vacaciones, liquidación recargo horas extras y recargo feriado, aspectos que constituyen factor salarial y fueron excluidos a la hora de liquidar las cesantías.

Bajo ésta óptica, no se encuentra error en la decisión del Juez toda vez que es clara la omisión de la electrificadora enjuiciada, razón por la que se confirmará en este aspecto la decisión de primer grado.

Sobre la inconformidad de la demandada en el sentido que el demandante no es beneficiario del Acto Legislativo 01 de 2005, porque sus disposiciones se aplican a las personas con derechos pensionales derivados del régimen de transición y que el mencionado acto eliminó la mesada 14 y condicionó su reconocimiento, dijo el *ad quem* lo siguiente:

Sobre la aplicación del Acto Legislativo 001 de 2005 a los derechos pensionales del demandante, conviene anotar, que su inciso 9 señala.

*"La ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las **pensiones reconocidas** con abuso del derecho o **sin el cumplimiento de los requisitos establecidos** en la ley o en las convenciones y laudos arbitrales válidamente celebrados"*

Es claro, entonces, que no se discriminó la aplicación del Acto a las pensiones derivadas del régimen de transición como lo afirma el cargo, no se vetó su beneficio a las pensiones convencionales.

Siguiendo con el estudio sobre la procedencia de la mesada 14, recordó que el *a quo* consideró que se le adeudaban al accionante 3 mesadas correspondientes al 2010, 2011 y 2012, argumentando que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no hace distinción sobre el régimen pensional, y al haber acreditado Mario Gutiérrez Tovar que para la entrada en vigencia de la referida ley tenía 41 años era beneficiario del régimen de transición y sumado a ello, el

actor se pensionó el 30 de julio de 2010 dentro del plazo señalado en la norma. Aspecto sobre el cual expresó lo siguiente:

Destaca la Sala, que si bien el Acto en mención establece la reducción de las mesadas, también lo es que hay que analizar bajo qué condiciones se da:

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún (sic) cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

La CCT en su artículo 24, estableció los requisitos para la pensión de jubilación, así:

"A partir de la vigencia de la presente convención colectiva de trabajo, ELECTROHUILA S.A. - ESP., reconocerá y pagará a todos y cada uno de sus trabajadores la pensión vitalicia de jubilación al cumplir veinticinco (25) años continuos o discontinuos a su servicio y cincuenta (50) años de edad, si es varón y veinte (20) años continuos o discontinuos a su servicio y cincuenta (50) años de edad, si es mujer. "

Reposa el documento de Gerencia No 187 mediante el cual la convocada al juicio ELECTROHUILA reconoció pensión de jubilación al señor MARIO GUTIERREZ TOVAR el 30 de julio de 2010, por haber cumplido para la fecha con los requisitos de la convención, la Ley 48 de 1993 y los acuerdos entre la electrificadora del Huila S.A. ESP., y Sintraelecól.

Deviene de lo anterior, que el derecho pensional se causó en el año 2010 cuando ya estaba vigente el Acto Legislativo 01 de 2005, siendo su aplicación obligada por lo que no es procedente que el actor reciba más de 13 mesadas pensionales al año; sin embargo, se incluyó una excepción en su párrafo 6, en los siguientes términos:

"Parágrafo transitorio 6°. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8° del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año". (Negrilla y subrayado fuera de texto original)

Entonces, existen dos requisitos para que se mantenga la mesada 14, estos son i. Que la pensión se cause con anterioridad al 31 de julio de 2010, exigencia que se cumple pues la pensión del actor fue reconocida el 30 de julio de 2010 y ii. Que la mesada pensional no supere los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En cuanto al requisito ii, se observa, que la pensión fue reconocida por valor de \$2.406.789.00 mediante el documento de gerencia No 187 y, en estrados judiciales por un valor de \$2.645.980, que equivale a 5,1378 salarios mínimos legales mensuales de la época.

En consecuencia, no puede esta Colegiatura aplicar la excepción de la reducción del número de mesadas pensionales del actor, por cuanto el cálculo arroja un número superior al señalado en el Acto Legislativo N° 01 de 2005. En vista de lo anterior, las mesadas a las que tiene derecho el señor MARIO GUTIERREZ TOVAR son 13 y no 14, según el análisis precedente.

Al referirse a la sanción moratoria, consideró que fue impuesta sin analizar el actuar de la Electrificadora, debido a que ella actuó de buena fe cuando liquidó y canceló lo que creyó deber al accionante sin eludir el pago de obligaciones.

Después de transcribir el artículo 65 del CST, dijo que la Corte Suprema a doctinado que este derecho indemnizatorio no procede en forma automática frente a la falta de pago, sino que ha de examinarse la conducta patronal y si de ésta emerge la buena fe exonerar al empleador, la cual alude a que el empleador que se abstenga de cancelar los derechos laborales a la finalización del nexo, entienda plausiblemente que no estaba obligado a hacerlo, siempre y cuando le asistan serias razones objetivas y jurídicas para sostener su postura de abstención, es decir que sus argumentos para no haber pagado resulten valederos, apoyó su postura en la sentencia CSJ, SL7393, 18 sep. 1995, concluyendo de las pruebas analizadas en su conjunto que no existió mala fe en el actuar de la electrificadora quien desde el inicio del proceso aceptó el reconocimiento de la pensión y el pago de prestaciones sociales «[...] no en los mismos términos que pretende el demandante y que se demostraron en este proceso, sin

embargo, se demuestra en el curso del mismo, que el empleador canceló acreencias laborales causadas, tanto así que el mismo demandante acepta que fueron canceladas pero que deben ser reajustadas».

Pasó luego al estudio del recurso de apelación del demandante, se ocupó de los vales de alimentación y la bonificación por metas cumplidas, dijo que a folio 109 milita certificado expedido por el Jefe de la División de Recursos Humanos, que prueba el valor de los vales de alimentación y la bonificación por metas cumplidas del último año de servicios, que constituyen salario y debieron ser tenidos en cuenta para la liquidación de las cesantías, advirtió que en la certificación se observa una letrilla que dice: *"Es de aclarar que los vales de alimentación y el pago de la Bonificación por cumplimiento de metas no constituye factor salarial, razón por la cual no se tuvo en cuenta para liquidación de las cesantías definitivas y el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación"*. Dijo que:

*El artículo 23 de la CCT señala como ya se dijo, que para efectos de liquidar las prestaciones se hará con el salario promedio devengado por el trabajador y, explica que a su vez que "Constituyen salario promedio para el pago de estas primas, el sueldo básico mensual más la doceava parte de: Las primas de antigüedad, carestía, junio, diciembre, vacaciones, las horas extras, los recargos, la sobre-remuneración por trabajo dominical y festivos, **viáticos** y auxilio de transporte. "*

Así mismo, en su artículo 21 ibídem, consagra los Viáticos, en el que se integra el "vale alimentación", siendo así, es claro que los vales de alimentación constituyen factor salarial, haciéndose obligado su integración en la liquidación, no obstante, se percata la Corporación que en la liquidación de cesantías se incluyó la suma de \$ 1.945.075 por concepto de viáticos. Se despacha desfavorable el cargo.

En lo que tiene que ver con el tiempo de servicio militar, señaló que debe contabilizarse para efectos de liquidar las cesantías y la pensión de conformidad con el artículo 40 de la ley 48 de 1993, sobre este tópico expresó:

Según folio 6 el tiempo de servicio militar fue tenido en cuenta para computar los años exigidos para efectos de ser beneficiario de la pensión de jubilación y así se indicó en el Documento de Gerencia No 187 que reza.

"El señor MARIO GUTIERREZ TOVAR, ingresó a trabajar a Electrohuila S.A. E.S.P. el 21 de julio de 1987, por lo cual a la fecha posee un tiempo de servicios de 23 años y 9 días. Adicionalmente prestó su servicio militar en la Armada Nacional durante dos años comprendidos entre el 1 de julio de 1976 y el 30 de junio de 1978. "Tiempo total de más de 25 años, los exigidos según la convención para poder obtener la pensión de jubilación.

En cuanto a las cesantías, analizó a folio 9 que el periodo tomado para liquidarlas fue del 21 de julio de 1987 a 20 de julio de 2010 para un total de 8289 días, de la demanda y la liquidación de cesantías concluyó que «[...] el tiempo que el actor prestó su servicio militar no puede ser tenido en cuenta para las cesantías toda vez que fue para el 1 de julio de 1976 al 30 de junio de 1978, data para la que aún no se había vinculado con la enjuiciada, por cuanto su vínculo inició el 21 de julio de 1987».

Al resolver sobre los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, dijo:

Puntualiza la Sala que lo aseverado por el recurrente, no es consonante con la demanda, ni tampoco con lo argumentado en la sentencia por el fallador de primera instancia, pues al revisar minuciosamente las pretensiones del libelo inicial y los aspectos discutidos en el trámite procesal de instancia, no se evidencia que haya sido objeto de debate la procedencia o no de los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, pues solo en los hechos de la demanda se hizo mención a la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T., a los cuales se opuso la demandada.

Deviene de lo anterior, que no resulta consonante lo alegado por el recurrente con su querer inicial pues en este caso en concreto, si esta Sala decidiera resolver el recurso de apelación tal como lo planteó el recurrente, estaría desconociendo la regla técnica procesal de la consonancia consagrada en el artículo 66A del C. P.T.S.S., y más allá, el principio del debido proceso, pues el funcionario judicial no se puede apartar de la voluntad del demandante plasmada en su demanda, así mismo, se sorprendería a la parte demandada, quien no tuvo oportunidad de controvertir lo aducido con el recurso, y de contera, se vulneraría de manera flagrante su derecho de defensa y el debido proceso.

Fundamentó lo resuelto citando la sentencia CSJ SL32690, 7 jul. 2009, en la que se reiteró la SL26225, coligiendo lo siguiente:

Teniendo en cuenta lo antes visto, no queda duda para esta Judicatura que los argumentos expuestos por el disidente son disimiles a lo esbozados en su demanda inicial, pues en las pretensiones no depreca los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, por lo tanto, el escrito de alzada, desborda la consonancia antes referida entre las pretensiones y supuestos fácticos de la demanda y los fundamentos del recurso impetrado para obtener la revocatoria de la decisión proferida. Se despacha desfavorable el cargo.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case parcialmente la sentencia recurrida, para que, en sede de instancia,

*[...] **REVOQUE PARCIALMENTE** la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva del 22 de enero de 2013, y en su lugar se ordene el reajuste de la pensión de jubilación convencional, de las prestaciones sociales finales, teniendo en cuenta todos los factores salariales realmente devengado por la demandante en el último año de servicio y probados dentro del proceso; el tiempo del servicio militar para la liquidación de las cesantías, la mesada catorce, sanción moratoria e intereses.*

Con tal propósito formula un cargo, por la causal primera de casación, que no tuvo réplica.

VI. CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia de violación indirecta, por aplicación indebida de los artículos 1º, 12, 14, 19, 467, 468, 469, 470, 476 y 478 del CST, en relación con el artículo 40 de la Ley 48 de 1993; los artículos 29, 53, 58, 93, 228 y 230 de la CN; Convenios 87 y 98 de la OIT, artículos 31, 48, 51, 60, 61 y 145 del CPTSS, artículos 1º, 2º y 8º de la ley 153 de 1887.

Le endilga al Tribunal haber incurrido en los siguientes errores de hecho:

1. *No dar por demostrado, estándolo, que la empresa para la liquidación de la pensión de jubilación convencional y de las prestaciones sociales finales, no tuvo en cuenta todos los factores salariales realmente devengados, pagados y reconocidos durante el último año de servicio.*
2. *Dar por demostrado, sin estarlo, que los vales de alimentación pagados y reconocidos al demandante en el último año de servicio por \$971.200.00, ya estaban incluidos en el rublo de viáticos para la reliquidación de la pensión y de las prestaciones sociales finales, para cuando la misma empresa certifica (folio 109) que éstos no constituían factor salarial.*
3. *No dar por demostrado, estándolo, que la demandada obró de mala fe, la cual se presume en materia laboral, al no pagar de manera completa la pensión de jubilación convencional y las prestaciones sociales finales, en otras palabras, violar y desconocer derechos de los trabajadores no son actos constitutivos o demostrativos de la buena fe.*
4. *No acceder a la reliquidación de las cesantías y sus intereses, teniendo en cuenta además de todos los factores salariales devengados por el demandante en el último año, el tiempo del servicio militar prestado por el demandante, como lo ordena el art. 40 de la ley 48 de 1993.*

Enlista como pruebas mal apreciadas, las siguientes:

1. Documento de gerencia 187 del 30 de julio de 2010, reconocimiento de la pensión de jubilación convencional (folios 6 - 8, repetidos al 83 - 84 (sic), cuaderno del Juzgado).
2. Liquidación final de prestaciones sociales (Folio 9 - 10, repetido al 85 - 8 cuaderno del Juzgado).
3. Convenciones Colectivas de Trabajo con sus correspondientes actas de depósito (Folios 11 al 56, C. del Juzgado).
4. Constancia de pago de la bonificación por metas cumplidas y vales de alimentación (Folio 109, cuaderno del Juzgado).
5. Los desprendibles de pago y/o nómina. (Folios 86 al 108, cuaderno del Juzgado).
6. La demanda ordinaria que dio origen al presente proceso (57 al 63)

En la demostración del cargo manifiesta estar de acuerdo con todos los aspectos facticos de la relación laboral dados por probados por los falladores, acentuando que la pensión de jubilación convencional le fue reconocida mediante Documento de Gerencia n.º 187, a partir del 30 de julio de 2010, en cuantía de \$2.406.789.00. (f.º 6 al 8, repetido del f.º 83 al 84), en el que se expresó:

*"2. El señor MARIO GUTIÉRREZ TOVAR ingresó a Electrohuila S.A. E.S.P. el 21 de julio de 1987, por lo cual a la fecha posee un tiempo de servicio de 23 años y 9 días. **Adicionalmente prestó su servicio militar en la Armada Nacional durante dos años comprendidos entre el 1º de julio de 1976 y el 30 de junio de 1978**"*

*"3. La ley 48 de 1993, artículo 40 literal a) dispone que al término del mismo tendrá derecho a que por **las entidades del Estado de cualquier orden, el respectivo tiempo le sea computado para efectos de cesantías, pensiones de jubilación y vejez y prima de antigüedad**, en los términos de la ley"*

Sostuvo que la empresa tuvo en cuenta el periodo del tiempo del servicio militar para el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional (f.º 6 al 8, repetido del f.º 83 al 84) y la prima de antigüedad convencional de los 25 años (f.º 84, 85 y 108), más no, para la liquidación del auxilio

de cesantías, bajo el argumento que para la fecha que lo prestó no estaba vinculado a la empresa, requisito que la ley 48 de 1993, art. 40, no contempla, pues, consagra los beneficios laborales para los que prestan el servicio militar y no los limita a que estos tengan que ser concomitante con el cargo oficial como lo afirma el *ad quem*, la norma establece esas prerrogativas laborales para los «*que haya prestado el servicio militar*», se refiere en tiempo pasado, es decir, que la condición se cumple cuando al momento de la promulgación de la ley, los beneficiarios ya prestaron el servicio militar.

La ley, como lo dice la misma demandada en el Documento de Gerencia n.º 187 (f.º 6) «*no afecta el derecho laboral que nació a la vida jurídica con anterioridad en cabeza del Señor Mario Gutiérrez Tovar*»; en consecuencia, esos dos años de servicio militar que prestó el demandante se deben tener en cuenta para la liquidación del auxilio de cesantías y no solo para la liquidación de la pensión de jubilación convencional y la prima de antigüedad de los 25 años también convencional.

Sobre los vales de alimentación y el valor de la bonificación por metas cumplidas en el último año de servicio (f.º 109), sostiene que el Jefe de la División de Recursos Humanos los certificó advirtiendo que «**[...] no constituyen factor salarial, razón por la cual no se tuvieron en cuenta para liquidación de las cesantías definitivas y el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación**», resultando manifiesto el error del Tribunal al afirmar que si bien los vales de alimentación constituyen salarios por así estar pactado en el artículo 21 de la CCT, estos si fueron

tenidos en cuenta por la empresa en la liquidación de las cesantías. (f.º 31), dice que los viáticos que tuvo en cuenta la accionada como factor salarial por la suma de \$ 1.945.075 no incluían los vales de alimentación precisamente porque para ella no constituían factor salarial.

Manifiesta que de acuerdo con el artículo 127 del CST que define lo que es salario, la bonificación pagada por cumplimiento de metas se deben tomar como retribución directa del servicio, sin embargo, el Tribunal no se refirió a ella a pesar de ser cuestionada en el recurso de apelación y no tratarse de las bonificaciones del artículo 28 ibídem. Expone que según la documental aportada por la empresa con la contestación de la demanda (f.º 81 al 109) al actor le pagaron los siguientes factores salariales en el último año de servicios: Por salario \$10.796.807, por prestaciones sociales (f.º 9 y 10) \$18.084.660, en el mismo documento (liquidación final de prestaciones sociales) por prestaciones proporcionales \$2.870.297 más la bonificación por metas cumplidas \$513.513 y vales de alimentación \$971.2000, siendo la sumatoria de todos \$33.236.477, resultando en consecuencia la mesada de la pensión de jubilación conforme a la CCT a partir del 30 de julio de 2010, **\$2.769.706.42.** Soportado en los mismos argumentos presenta la liquidación de las prestaciones sociales de la siguiente manera:

<i>Sueldos reconocidos por la empresa:</i>		\$ 907.200.00
<i>Prestaciones reconocidas:</i>		\$1.507.055.00
<i>(\$18.084.660.00)</i>		
<i>Prestaciones no reconocidas:</i>		\$ 362.917.50
<i>(\$4.355.010.00)</i>		
		\$2.777.172.0

SALARIO PROMEDIO PARA CESANTÍAS:

Más los 720 días del servicio militar	
\$2.777.172.0 X 9.009 días / 360 =	\$69.498.729.3
MENOS LO PAGADO.	\$55.588.221.0
SALDO FAVOR POR CESANTÍAS:	\$13.910.508.0

*El salario promedio devengado por el demandante en el último año de servicio debe ser el mismo tanto para la liquidación de la pensión de jubilación convencional como del auxilio de cesantías, por así estar pactado en la convención colectiva de trabajo, en la ley y en la jurisprudencia. La H. Corte Suprema de justicia, Sala Laboral, en sentencia del 18 de abril de 2001, Rad. 14599, M. P. Dr. Fernando Vásquez Botero: "**... pensión proporcional para los trabajadores que... para lo cual deberá tenerse en cuenta el salario promedio devengado por el actor en el último año de servicios... Y respecto a cuál fue la remuneración promedio devengada en el último año de servicios, la Corte encuentra que para ello debe acudir, en primer lugar al salario que acogió la demandada para liquidar al auxilio de cesantía por el tiempo en que el actor laboró directamente...**"*

Sobre la mesada catorce indicó que el *ad quem* la negó argumentando que el Acto Legislativo n.º 01 de 2005 la eliminó sin analizar que para el 25 de julio de 2005, cuando entró en vigencia el mismo tenía cotizadas más de 750 semanas al sistema (15 años de servicios) por lo que tenía derecho a que se le aplicara el régimen anterior al Acto Legislativo, «[...]en tal sentido, tiene derecho a que le cancelen y paguen la mesada catorce y no trece como lo viene haciendo la empresa demandada que se la negó, además por cuanto la convención colectiva de trabajo fue pactada con anterioridad al citado acto legislativo».

En relación con los intereses moratorios por el no pago completo de la pensión de jubilación y la sanción moratoria, explica lo siguiente:

*Igualmente habrá de accederse al pago de los **INTERÉS MORATORIOS** por el no pago completo de la pensión de jubilación,*

tal como fue pedido de manera expresa en la demanda (Pretensión cuarta, literal a), folio 57, cuaderno del Juzgado), como lo establece la ley y la jurisprudencia, entre ellas, la sentencia D-2663 del 24 de mayo del 2000 de la Corte Constitucional: **"En este sentido también es oportuno precisar que tal indemnización a los titulares de las pensiones por la cancelación tardía de las mesadas pensionales atrasadas debe aplicárseles a los regímenes especiales anteriores y subsistentes con la ley 100 de 1993, esto es, los que se encuentren en las excepciones previstas en el artículo 279 de la referida ley.**

Y la sentencia 18512 del 23 de septiembre de 2002 de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral: "Del texto transcrito se desprende que **el legislador previó el pago de intereses moratorios en caso de retardo en el pago de las mesadas pensionales, sin hacer distinción alguna en relación con la clase, fuente u otras calidades de la pensión, siendo irrelevante que el derecho en cuestión hubiese sido controvertido por la parte obligada a su pago.** Aceptar lo contrario podría hacer nugatorio el derecho del pensionado a ser resarcido por la mora en el pago de su derecho pensional, pues bastaría que el obligado a su reconocimiento simplemente discuta el derecho en cuestión para que quede eximido de los intereses moratorios. Nótese además que a diferencia de la indemnización moratoria regulada en el artículo 65 del código sustantivo del trabajo, la propia Ley 100 de 1993 se apartó de esa terminología y denominó al beneficio en cuestión "intereses de mora", con lo que se ve con claridad la naturaleza que le asignó, descartando en todo caso el carácter de sanción o de indemnización. Y tal diferenciación no sólo es terminológica sino también respecto del distinto tratamiento que le otorga el artículo 141 citado a los intereses de mora en cuanto a su contenido y alcance, muy diferentes de los denominados por la doctrina "salarios caídos", los cuales sí tienen un carácter sancionatorio".

SOBRE LA SANCION MORATORIA: Esta sanción impuesta por el a quo, fue revocada de manera automática por el Tribunal, por cuanto "... no hay elementos demostrativos de mala fe y no hay lugar imponer sanción moratoria. En consecuencia, se revocará estas condenas" (Folio 30, cuaderno del Juzgado).

Si bien es cierto, la empresa canceló las prestaciones sociales finales y la pensión de jubilación convencional casi de inmediato a la terminación de la relación laboral; estas fueron mal liquidadas, hay una suma considerable que la empresa adeuda al trabajador demandante, que para un trabajador constituye su mínimo vital.

Al momento de la terminación de la relación laboral, el empleador sin importar las causas y circunstancias de la ruptura, debe proceder a pagar al trabajador los salarios y prestaciones sociales incluyendo las cotizaciones a la seguridad social; salvo que

controvierta con razones poderosas y jurídicas la relación laboral; no es suficiente reconocer y pagar las prestaciones sociales finales, sino pagarlas de manera completa, en su totalidad; más cuando en el caso presente, existe norma convencional estipulando cuales son los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión así como de las prestaciones sociales.

[...]

La aplicación de la sanción consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no depende de la buena o mala fe del empleador, en tanto es algo muy subjetivo demostrar lo uno o lo otro; y por otra parte, acogiendo de manera exegética lo que ordena el artículo 230 de la Constitución Política, los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, siendo la jurisprudencia un criterio auxiliar de la actividad judicial. El artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no consagra que la buena o mala fe del empleador constituya un elemento de juicio para condenarlo o absolverlo de la sanción moratoria por el no pago de los salarios y prestaciones sociales al finalizar la relación laboral con su trabajador.

La jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho que "solamente cuando el empleador tiene razones poderosas y jurídicas para discutir la calidad del contrato por él celebrado, puede decirse que existe buena fe de su parte y por consiguiente, no debe ser condenado al pago de esta prestación" (Sentencia del 10 de diciembre de 2009). Y esas razones poderosas no fueron demostradas y el Tribunal tampoco las menciona.

El empleador debe demostrar sus razones poderosas y jurídicas, y como bien se advierte, la empresa demandada no demostró esas poderosas razones jurídicas; alegó desde siempre que el trabajador tiene derecho solamente a una prima de navidad, a una de junio, a una de carestía por año sin exponer razones jurídicas; no expusieron esas poderosas razones jurídicas, solo la versión de quien las liquidaba y eso para la exoneración no es suficiente.

VII. CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta la ruta elegida por el censor para atacar la sentencia enjuiciada, es pertinente recordar que cuando se escoge la vía indirecta, endilgándole al Tribunal la comisión de errores de hecho debe el recurrente señalar en qué consistió exactamente el dislate realizando los planteamientos que a partir de la prueba calificada en

casación, acusada ya sea por su indebida valoración probatoria o a la ausencia de su estimación, pongan de manera manifiesta que lo que emana palmariamente de ellas es contrario a lo que el *ad quem* dedujo de las mismas, demostrando que lo que de ellas surge incide en la decisión.

Dado que en la demostración del cargo se entremezclan asuntos jurídicos y fácticos, desde ahora se advierte que teniendo en cuenta la vía escogida, la argumentación y el debate del promotor debe ceñirse a lo estrictamente fáctico de tal suerte, que los aspectos jurídicos quedaran por fuera de toda controversia, lo que además implica, que se aceptan en los términos como el Tribunal los estableció, y, por ende, quedan incólumes.

La Sala insiste en recordar que para derruir la decisión que se impugna es preciso arremeter contra la totalidad de las premisas sobre las cuales se construye; de no ser así la sentencia, conserva la presunción de legalidad y acierto de que goza, como lo ha sostenido de manera reiterada la Corporación, rememorando al respecto entre muchas, la sentencia CSJ SL32694, 9 jul. 2008, en la que se dijo:

*De suerte que, como lo ha sostenido esta Corporación en múltiples ocasiones, resultan exiguas las acusaciones parciales, **así se tenga razón en la crítica**, porque los elementos probatorios y racionios no discutidos mantienen incólume lo resuelto por el *ad quem*, ello con independencia de su acierto, conservando la decisión la presunción de legalidad que la caracteriza. (Resalta la Sala).*

La censura aduce que el Tribunal erró ostensiblemente al no tener en cuenta al liquidar la pensión de jubilación convencional y las prestaciones sociales finales todos los

factores salariales realmente devengados, reconocidos y pagados el último año de servicio, y por no acceder a la reliquidación de las cesantías y sus intereses teniendo en cuenta además el tiempo del servicio militar prestado por Mario Gutiérrez Tovar; al dar por demostrado que los vales de alimentación reconocidos y pagados al actor, ya estaban incluidos en el rublo de viáticos de la liquidación de la pensión y las prestaciones sociales; al no dar por probado que la demandada actuó de mala fe al no pagar de manera completa la pensión convencional y las prestaciones sociales finales; y al no acceder a la reliquidación de las cesantías y sus intereses teniendo en cuenta el tiempo del servicio militar prestado por el demandante. Aunque no formula yerros fácticos por el no reconocimiento de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, si aborda el asunto en la demostración del cargo y ataca la violación de la norma sustancial.

El *ad quem* analizó el material probatorio para establecer cuáles fueron los factores salariales devengados por el demandante el último año de servicios, determinó a partir de la liquidación de las cesantías (f.º85) que se tuvieron en cuenta como tales para liquidarlas, las doceavas partes de las horas extras, el auxilio de transporte, los viáticos, las primas de antigüedad, de vacaciones, de carestía, de junio y diciembre, más el salario básico, pero se excluyeron otros factores salariales como fueron la prima proporcional de vacaciones, el valor proporcional de vacaciones, la prima proporcional de diciembre, la liquidación de indemnización de vacaciones, la liquidación de recargo por horas extras y

recargo feriado, por lo que consideró acertada la decisión del *a quo* al ordenar la reliquidación incluyendo estos factores.

Dicho lo que antecede se ocupara la Sala de los aspectos específicos de la sentencia enjuiciada que son objeto de inconformidad en el cargo.

1. La mesada catorce.- No accedió el colegiado a su reconocimiento precisando que la pensión convencional se le otorgó al accionante el 30 de julio de 2010, por haber cumplido en esa fecha los requisitos de la convención para el reconocimiento pensional, data para la cual estaba vigente el Acto Legislativo 01 de 2005, siendo obligatoria su aplicación, por lo que no era procedente que recibiera más de 13 mesadas pensionales al año, porque si bien la pensión se causó antes del 31 de julio de julio de 2010, fue reconocida por un valor superior a los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Es claro que la decisión del colegiado se soportó en un supuesto fáctico al que arribó después de valorar hechos concernientes a la fecha en que cumplió el trabajador con los requisitos para el reconocimiento de la pensión y el salario devengado por él, luego de lo cual emite un juicio claramente jurídico, según el cual siéndole aplicable lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, este eliminó la mesada catorce, excepto en los casos en que la pensión se cause antes del 31 de julio de 2010 y que la mesada no supere los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Es indiscutible que, escogida la vía indirecta por la censura, guarda absoluta conformidad con el juicio jurídico, por lo que debió dirigir su embate a derruir la inferencia fáctica, sin embargo, su argumentación fue de puro derecho, encaminada a un aspecto que no fue objeto de la decisión, y que además no podía abordar por el sendero escogido, el régimen aplicable a quienes a la fecha de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, tuvieran más de 750 semanas cotizadas al sistema, resultando de esta manera ileso el soporte de la sentencia.

A pesar de lo expuesto, conviene recordar lo dicho en la sentencia CSJ SL2964, frente a la misma demandada, expresó la Sala lo siguiente:

La segunda razón que esgrimió el colegiado para negar la citada prestación, fue que la garantía dispuesta en el Acto Legislativo 1 de 2005, abarca las prestaciones pensionales inferiores a tres salarios mínimos mensuales vigentes, conclusión que también constituye una apreciación jurídica que quedó libre de acusación. No obstante lo anterior, la Sala se ha pronunciado reiteradamente sobre el asunto, concluyendo que a partir de la entrada en vigencia de la mencionada reforma constitucional (25 de julio de 2005), quedó eliminada del espectro jurídico la denominada mesada catorce, la cual solamente subsistió para aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres salarios mínimos que sean otorgadas hasta el 31 de julio de 2011. Así, se pueden consultar, entre otras, las sentencias CSJ SL, 3 ag. 2010, rad. 38295, CSJ SL17444-2014, SL16696-2016 y SL18472-2017.

En ese orden, ningún yerro cabe endilgarle al Tribunal por la conclusión referida, al determinar que la mesada pensional del actor es superior a tres salarios mínimos mensuales vigentes y, por lo tanto, no es beneficiario de la excepción establecida en el parágrafo transitorio 6 de la citada reforma constitucional, que mantuvo el derecho a la mesada adicional de junio únicamente para este grupo de personas.

2. Los vales de alimentación.- De los vales de alimentación y la bonificación por metas cumplidas, dijo el juez plural que constituían salarios y debieron ser tenidas en

cuenta para la liquidación de las cesantías, pero al apreciar el certificado expedido por el Jefe de la División de Recursos Humanos (f.º 109) observó que en él se detalla que en el último año de servicios Gutiérrez Tovar causó vales de alimentación por valor de \$971.200 y se le cancelaron \$513.513 por bonificación de metas cumplidas, resaltó del contenido de la certificación que en ella se aclara que los vales de alimentación y la bonificación por cumplimiento de metas no constituyen factor salarial, *«[...] razón por la cual no se tuvo en cuenta para liquidación de las cesantías definitivas y el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación»*, a pesar de ello, apreció los artículos 21 (viáticos) y 23 (liquidación de prestaciones legales y extralegales) de la CCT, coligiendo que el artículo 21 consagra los viáticos en los que se integra el vale de alimentación, percatándose que en la liquidación de las cesantías se incluyó la suma de \$1.945.075 por concepto de viáticos.

La censura dice que el juez de apelaciones consideró erradamente que los vales de alimentación ya estaban incluidos en el rubro de viáticos, y precisamente para demostrar el error hace alusión a la nota destacada por el colegiado en la sentencia cuando apreció el certificado expedido por el Jefe de la División de Recursos Humanos (f.º 109), y por ese hecho expone como razón de su argumento que los viáticos por valor de \$1.945.075 que aparecen en la liquidación de cesantías no contienen el valor de los vales de alimentación, sin realizar operación alguna que lo demuestre.

Nada dice el recurrente sobre las razones que expuso la colegiatura para a pesar de lo certificado por el Jefe de Recursos Humanos, concluir que el valor de los viáticos sí incluía el valor de los vales de alimentación, conclusión a la que arribó el *ad quem* después de apreciar los artículos 21 y 23 de la convención colectiva de trabajo, prueba que no ataca la censura. Del artículo 23 extrae que la liquidación de las prestaciones se hará con el salario promedio devengado por el trabajador y la norma convencional enlista como constitutivo de salarios los viáticos, y del artículo 21 que se ocupa concretamente de los viáticos, encuentra que en el *LITERAL B* se incluye como parte de los viáticos un valor correspondiente a vales de alimentación. Esta deducción realizada por el juez plural debió ser atacada por el recurrente y poner en evidencia el yerro del juzgador, como nada dice, este, que en realidad es el juicio medular que soporta lo colegido por el juez de apelaciones se mantiene intacto.

3. Tiempo de servicio militar.- Sostuvo el *ad quem* que el tiempo de servicio militar debía contabilizarse para liquidar las cesantías y la pensión de conformidad con el artículo 40 de la Ley 48 de 1993, sin embargo, valoró el Documento de Gerencia n.º 187 (f.º 6) y determinó que en él se tuvo en cuenta el tiempo de servicio militar para liquidar la pensión de jubilación y en cuanto a las cesantías hizo lo propio con el documento que contiene su liquidación (f.º 9) hallando que el periodo que se tuvo en cuenta para liquidarlas fue del 21 de julio de 1987 a 20 de julio de 2010, de lo cual concluyó que no se podía tener en cuenta el tiempo en que prestó el

servicio militar que fue entre el 1 de julio de 1976 al 30 de julio de 1978, porque para esa época aún no se había vinculado con la demandada, por cuanto su vínculo inició el 21 de julio de 1987.

Se evidencia que la razón esgrimida por el Tribunal es jurídica, vertida en la regla, según la cual el tiempo de servicio militar para efectos de la liquidación de las cesantías solo se toma en cuenta si para la época de su prestación existe el vínculo laboral, asunto que no puede ser debatido por la vía indirecta.

No obstante, lo anterior, en ningún desatino incurrió el Tribunal, pues se observa que la conscripción fue anterior a la entrada en vigencia de la Ley 48 de 1993, sobre este tópico se ha pronunciado la Sala, así en la sentencia CSJ SL1490-2014, se adoctrinó lo siguiente:

No obstante lo anterior ha de señalarse que si bien el tribunal desacierta cuando alude al período en el que el demandante presta su servicio militar, debe decirse que ello no implicaría casar la decisión que se impugna puesto que, una vez en instancia y al establecer, de acuerdo a las citadas pruebas, que en efecto la conscripción es anterior a la entrada en vigencia de la Ley en referencia no se aplicarían sus efectos al actor.

“Sobre el tema Esta Sala tuvo oportunidad de pronunciarse, en sentencia del 15 de agosto de 2006 radicación 28028, en la que se expuso:

“El artículo 40 de la Ley 48 de 1993, invocado por el demandante en la demanda inicial, como fundamento legal de sus pretensiones, para lo que interesa, es del siguiente tenor:

“Al término de la prestación del servicio militar. Todo colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio tendrá los siguientes derechos:

a. En las entidades del Estado de cualquier orden el tiempo de servicio militar le será computado para efectos de cesantías, ...

(...)”

“Como puede verse, el tiempo debe ser computado para efectos de cesantías, “al término de la prestación del servicio militar”, y ello ocurrió en el presente caso, según se dice en la demanda inicial, el 30 de septiembre de 1976; luego no puede pretenderse la aplicación retroactiva de tal disposición, si ella no lo prevé, a un hecho consolidado antes de su vigencia. Además, si tal disposición se armoniza con lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 44 del Decreto 2127 de 1945, que trata de la suspensión del contrato de trabajo, por ser llamado el trabajador a prestar en filas el servicio militar obligatorio, debe entenderse que éste, es el prestado durante la vigencia de la relación laboral, y en el presente caso ésta se inició el 1º de julio de 1980, es decir, mucho después...”

Respecto al puntual aspecto de la no aplicación del artículo 40 de la Ley 48 de 1993, para quienes hubiesen prestado el servicio militar con anterioridad a su vigencia, esta sala ha dicho:

En sentencia CSJ SL, del 15 de agosto de 2006 rad 28028:

“El artículo 40 de la Ley 48 de 1993, invocado por el demandante en la demanda inicial, como fundamento legal de sus pretensiones, para lo que interesa, es del siguiente tenor:

“Al término de la prestación del servicio militar. Todo colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio tendrá los siguientes derechos:

a. En las entidades del Estado de cualquier orden el tiempo de servicio militar le será computado para efectos de cesantías, ...

(...)”

Como puede verse, el tiempo debe ser computado para efectos de cesantías, “al término de la prestación del servicio militar”, y ello ocurrió en el presente caso, según se dice en la demanda inicial, el 30 de septiembre de 1976; luego no puede pretenderse la aplicación retroactiva de tal disposición, si ella no lo prevé, a un hecho consolidado antes de su vigencia. Además, si tal disposición se armoniza con lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 44 del Decreto 2127 de 1945, que trata de la suspensión del contrato de trabajo, por ser llamado el trabajador a prestar en filas el servicio militar obligatorio, debe entenderse que éste, es el prestado durante la vigencia de la relación laboral, y en el presente caso ésta se inició el 1º de julio de 1980, es decir, mucho después”.

De manera que, no hubo la violación señalada por el recurrente pues el servicio militar fue prestado por el demandante entre 1963 y 1965, fecha para la cual no regía la Ley 48 de 1993, sin que para ello tenga incidencia la fecha de terminación del vínculo, 1 de diciembre de 1995, por no ser aspecto contemplado por ella”.

En sentencia CSJ SL 25 de noviembre de 2008, rad 33660, se dijo:

“La censura estima que como el contrato de trabajo del actor terminó en 1995, era de recibo el artículo 40 de la Ley 48 de 1993, que permite sumar, al periodo de servicios laborado en una empresa o entidad, el prestado al servicio militar, disposición que no aplicó el Tribunal, en atención a que el demandante estuvo en

él, entre el 27 de octubre de 1963 y el 23 de agosto de 1965, y dado el principio del artículo 16 del CST, que solo da efectos generales e inmediatos a la Ley, una vez empiece a regir.

No cabe duda que el contrato de trabajo de Gil Padilla persistía para el año 1993, cuando se expidió la Ley 48, atinente al servicio militar obligatorio, extendiendo ese periodo, como integrante del necesario para liquidar, entre otras la cesantía, sin que se entienda que se trata del prestado antes de la relación laboral, como aquí sucedió.

4. Los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.- Precisó la colegiatura que de las pretensiones de la demanda y de los aspectos discutidos en el trámite procesal esta materia no fue objeto de debate dentro del proceso, pues solo en los hechos de la demanda se hizo mención de la sanción moratoria, razón por la cual no podía resolver esta inconformidad del recurso de apelación, porque sus argumentos eran disimiles a lo esbozado en su demanda inicial ya que entre sus pretensiones no depreca los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En el cargo se aduce que contrario a lo expresado por el juez plural, los intereses moratorios sí fueron pedidos en la demanda, específicamente en la pretensión cuarta literal a), en la que en efecto el reajuste de las mesadas pensionales de jubilación se depreca «[...] con sus correspondientes intereses moratorios [...]», por lo que realmente se equivocó el *ad quem* cuando consideró lo contrario.

A pesar del dislate del colegiado, este no incide en lo resuelto, pues se tiene dicho por la Sala que el reconocimiento de una pensión convencional escapa de la órbita de aplicación de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, además, dichos

intereses no son de aplicación en el caso en concreto, por cuanto se trata de diferencias pensionales, se ha sostenido entre otras en la sentencia CSJ SL1479-2018, en donde se rememoró la CSJ SL685-2017, que reiteró la CSJ SL11427-2016, en la que se sostuvo: «[...] no se está en presencia de mora en el pago de mesadas completas, sino de diferencias derivadas de la reliquidación de la prestación, la preceptiva del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 no resulta aplicable [...]».

En la sentencia CSJ SL283-2018, se dijo:

En lo concerniente a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, es preciso reiterar la posición asumida por esta Corporación, según la cual estos no proceden cuando se trata de pensiones otorgadas con fundamento en una normativa diferente al sistema de seguridad social previsto en la citada ley. Por consiguiente, no es factible emitir una condena en tal sentido, teniendo en cuenta que la pensión que se debate es de tipo extralegal. [...]

5. La sanción moratoria.- Fue revocada la sanción impuesta por el *a quo* al considerar el Tribunal que la demandada actuó de buena fe «[...] cuando liquidó y canceló lo que creyó deber al accionante sin eludir el pago de obligaciones», explicó la no procedencia automática de la sanción moratoria trayendo a cita la sentencia CSJ SL7393, 18 sep. 1985, para enfatizar en que la conducta de la accionada no denota mala fe, ya que desde el inicio del proceso aceptó el reconocimiento de la pensión y el pago de las prestaciones sociales, «[...] no en los mismos términos que pretende el demandante y que se demostraron en este proceso, sin embargo, se demuestra en el curso del mismo, que el empleador canceló acreencias laborales causadas, tanto así

que el mismo demandante acepta que fueron canceladas pero que deben ser reajustadas».

La censura no hace más que aceptar lo colegido por el Tribunal, que la empresa canceló las prestaciones sociales finales y la pensión de jubilación convencional casi de inmediato a la terminación de la relación laboral, y solo opone al juicio del Tribunal, que habiendo sido mal liquidadas existió una suma considerable que la empresa dejó de pagar al trabajador al momento de la terminación de la relación laboral, por lo que sin importar las causas y circunstancias de la ruptura del vínculo debió proceder a pagar al trabajador los salarios y prestaciones sociales debidas, porque según su punto de vista,

La aplicación de la sanción consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no depende de la buena o mala fe del empleador, en tanto es algo muy subjetivo demostrar lo uno o lo otro; y por otra parte, acogiendo de manera exegética lo que ordena el artículo 230 de la Constitución Política, los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, siendo la jurisprudencia un criterio auxiliar de la actividad judicial. El artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no consagra que la buena o mala fe del empleador constituya un elemento de juicio para condenarlo o absolverlo de la sanción moratoria por el no pago de los salarios y prestaciones sociales al finalizar la relación laboral con su trabajador.

Salta a la vista que ningún argumento fáctico se aduce en el cargo para a partir de las pruebas enlistadas en el mismo, acreditar que contrario a lo expuesto por el *ad quem*, sí se encontraba acreditada una actuación de mala fe por parte empleador.

Por las razones expuestas el cargo no prospera.

Sin costas en el recurso extraordinario.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia dictada el veintiocho (28) de febrero de dos mil catorce (2014) por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral seguido por **MARIO GUTIÉRREZ TOVAR** contra la **ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A. E.S.P. - ELECTROHUILA S.A. E.S.P.**

Sin costas.

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

ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA

OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA

GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ