



## Sentencia 43868 de 2011 Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS

Referencia: Expediente No. 43868

Acta No. 41

Bogotá, D.C., seis (6) de diciembre de dos mil once (2011).

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI - E. I. C. E.- E. S. P. contra la sentencia de 12 de marzo de 2009, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el proceso seguido por JAIRO SKIB PALACIOS SALAZAR contra el recurrente.

### I-. ANTECEDENTES

En lo que concierne a los propósitos del recurso extraordinario, es menester señalar que el demandante pretende el reintegro al cargo de asistente especializado con solución de continuidad; el pago indexado de salarios y prestaciones dejadas de percibir; a los demás beneficios convencionales y a la continuidad del reconocimiento de estos; y las costas del proceso.

Fundamenta sus pretensiones en su vinculación a la demandada desde el 26 de diciembre de 1989 hasta el 25 de mayo de 2004, fecha en la cual fue despedido sin justa causa; que por disposición de la Ley 142 de 1994 se ordenó la transformación de las empresas de servicios públicos en sociedades por acciones y en empresas industriales y comerciales del Estado, estableciendo la aplicación de las normas contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo; mediante acuerdo No 014 de 1996 expedido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali, en cumplimiento de anterior mandato transformó a la demandada en una empresa industrial y comercial del Estado del nivel municipal, a partir del 1 de enero de 1997; que el Concejo Municipal de Cali mediante Acuerdo 034 de 1999, adoptó el Estatuto Orgánico para EMCALI, y señaló en el artículo 16 que el régimen legal aplicable a los trabajadores será el que corresponde al artículo 5, inciso 2 del Decreto 3135 de 1968; que la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante sentencia proferida el 25 de marzo de 2004, declaró la nulidad del artículo 16 del Acuerdo 034 de 1999; la Junta Directiva de EMCALI mediante la resolución JD-003 de 1999 expidió los Estatutos Internos, determinando que las personas que presten sus servicios en EMCALI tendrán el carácter de Empleados Públicos o de Trabajadores Oficiales; que posteriormente la Junta Directiva de EMCALI expidió la Resolución JD-090 la cual contiene la estructura orgánica de la demandada; el 9 de marzo de 1999, SINTRAEMCALI y EMCALI suscriben convención colectiva, con vigencia para los años 1999-2000, y renovada automáticamente hasta el 4 de marzo de 2004, fecha para la cual suscriben nueva convención colectiva para los años 2004-2008; el Gerente General de la demandada mediante resolución No. GG-000646 de 2000, adoptó el manual de funciones del cargo ocupado por el actor durante el periodo comprendido entre el mes de enero de 2000 y la fecha de su despido.

La demandada, se opuso a las pretensiones de la demanda, consideró que el actor era empleado público; formuló las excepciones de presunción de legalidad, caducidad de la acción que pudiera anular la presunción de legalidad de que gozan las resoluciones 000090 de 1999 y 000646 de 2000, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, inexistencia de la obligación, inaplicabilidad de la convención colectiva, inexistencia de la obligación de reintegro.

El juzgado del conocimiento ordenó el reintegro del actor al mismo cargo que desempeñó o a otro de similar categoría, y en consecuencia el pago de todos los salarios y prestaciones sociales legales y extralegales causadas desde el 25 de mayo de 2004, fecha efectiva de su retiro, indexadas.

### II-. SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal que asume el proceso en virtud al recurso de apelación de la parte demandada resuelve confirmar la decisión del a quo, al considerar que:

"Esta sala para resolver el conflicto jurídico planteado, tiene en cuenta la apelación de la parte demandada, donde argumenta que la normatividad que regula la naturaleza de los vínculos con sus Empleados Públicos en las empresas industriales y comerciales del Estado, son aquellos estatutos internos de las mismas, expedidos por su respectiva junta directiva; por lo tanto manifiesta que no puede pretender entonces

el demandante tratar de remediar su omisión y revivir términos, acudiendo a la justicia laboral ordinaria, para que esta efectúe un juicio de legalidad sobre los actos administrativos mencionados en procura que se le reconozcan y paguen todas las prestaciones extralegales de convención que rigen para los trabajadores oficiales.

Con base en lo anterior haremos un análisis de la calidad de servidor público y los derechos convenciones solicitados.

Precisa la sala que EMCALI E.I.C.E. E.S.P. es una empresa Industrial y Comercial del Estado del nivel municipal (Acuerdo 014 del 26 de Diciembre de 1996), y las personas que prestan sus servicios en ella, por regla general son trabajadores oficiales conforme a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 292 del Decreto 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal) y el artículo 41 de ley 142 de 1994 que establece;

"Artículo 292.°....

Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales y en las sociedades de economía mixta municipales con participación estatal mayoritaria son trabajadores oficiales. Sin embargo, los estatutos de dichas empresa precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos".

"Las personas que presten sus servicios a aquellas empresas que partir de la vigencia de esta ley se acojan a lo establecido en el párrafo del artículo 17, se regirán por las normas establecidas en i inciso primero del artículo 5° del Decreto Ley 3135 de 1968" (El texto subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-253/96).

El citado párrafo del artículo 17 de la ley 142 de 1994, autoriza a las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, a adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado, mientras que el artículo 5° del decreto 3135 de 1968 expresa:

ART. 5°—Empleados públicos y trabajadores oficiales. Las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. (..)

Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos".

Se ha reconocido dos criterios que se deben tener en cuenta al momento de definir si un servidor público se puede clasificar dentro de la categoría de trabajador oficial o de empleado público; uno de ellos es el orgánico y tiene que ver con la naturaleza jurídica de la entidad donde se presta el servicio, y el otro funcional donde se establece si las actividades o labores tienen relación directa o indirecta con la construcción y sostenimiento de obras públicas. En este caso se aplica el orgánico dada la naturaleza jurídica de la entidad demandada, como se explica a continuación.

Mediante el acuerdo N° 014 del 26 de Diciembre de 1996 (folio 36) el Consejo Municipal de Santiago de Cali, autorizó la constitución de una sociedad de Servicios Públicos oficiales y ordenó transformar, a partir del 1° de enero de 1997, el establecimiento público Empresas Municipales de Cali, en Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden municipal, estableciendo que el régimen legal de los trabajadores de Emcali será el de los trabajadores oficiales, pero que en los estatutos internos de la entidad se precisaran las actividades de dirección o confianza debían ser desempeñados por empleados públicos.

Luego, la junta Directiva de la empresa profirió la resolución N° 003 de enero 10 de 1997, haciendo la clasificación de su personal, acto administrativo que fue declarado nulo por el Consejo de Estado en sentencia del 1 de julio de 1999 (folio 391).

Posteriormente, el Consejo Municipal profirió el acuerdo NO 034 de enero 19 de 1999 (folio 43), por el cual adoptó el estatuto Orgánico de Emcali y modificó el acuerdo 014 de 1996; en su artículo 16 establece:

"Régimen legal de los trabajadores: El régimen legal de los trabajadores de EMCALI EICE ESP, será el que corresponda al artículo 50, inciso 2° del Decreto 3135 de 1968. La regla general será la de los trabajadores oficiales y excepcionalmente tendrán calidad de empleados públicos quienes desarrollen actividades de dirección, confianza y manejo en los siguientes cargos... (...)"

Entre esos cargos estaba el de Asistente de gerencia y el demandante ocupó el cargo de asistente especializado de gerencia, según el acta de posesión N° 034-2000 (folio 94), de lo que se podría deducir que el señor Palacios según este acuerdo seguiría ostentando la calidad de empleado público. Pero el Consejo de Estado en sentencia del 25 de marzo de 2004, declaró la nulidad del artículo 16, respecto del aparte que se refiere a los cargos, por tal razón la clasificación contenida en el acuerdo no podría servir de fundamento para la clasificación del trabajador como empleado público.

En cuanto a las resoluciones No. 00090 del año 1999, 000150 y 000646 del año 2000 (folio 265 y 268), sobre las cuales llama la atención a apelante afirmando que gozan de la presunción de legalidad, debe señalarse que sobre la primera la Sala laboral de la corte Suprema de Justicia definió su naturaleza y alcance en los expedientes 29948 y 30257 (presentados por la parte demandante a manera de ilustración), indicando que "no puede considerarse como los estatutos de la entidad, ya que solamente se limita a describir los cargos de la empresa cuyos titulares son trabajadores oficiales o empleados públicos, según el anexo pertinente, pero no determina cuáles son las actividades de dirección o confianza que pueden desempeñar personas que tengan la condición de empleados públicos", y las segundas fueron expedidas por el gerente

general de la empresa como acto de ejecución de lo que decidió la Junta Directiva en la mencionada resolución No. 090, por lo cual no pueden tener la naturaleza que la misma Corte le negó a la norma fuente, menos aún cuando esa facultad, de expedir los estatutos, es privativa de la junta directiva de la empresa.

Finalmente, esta jurisdicción sin duda alguna es la llamada a definir el conflicto de conformidad con el artículo 2° numeral 1° del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad social, no compartiendo la Sala los argumentos de la apelante en ese sentido. Por lo anterior, esta sala concluye que el actor si era un trabajador oficial, en virtud a la regla general que cubre a las empresas industriales y comerciales del estado y porque en el expediente no existen los estatutos donde se precise qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos."

### III-. DEMANDA DE CASACIÓN

Al discrepar de la anterior determinación, la parte demandada pretende que la Corte "*CASE la sentencia impugnada, para que una vez constituida en sede de instancia, REVOQUE la de primer grado en cuanto concluyó que el señor JAIRO SKIB PALACIOS era beneficiario de los acuerdos convencionales vigentes para los años 1999-2000 y 2004-2008, y con ello no sólo ordenó el reintegro al cargo de "...asistente especializado...", sino que además dispuso el pago indexado de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales causados desde el 25 de mayo de 2004, hasta la fecha en que efectivamente se haga el reintegro; asimismo REVOQUE las condenas que por primas extralegales de mayo, navidad, vacaciones, antigüedad e intereses a las cesantías ordenó el a quo para en su lugar absuelva a las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EICE ESP "EMCALI"., de todas y cada una de las condenas antes mencionadas. Provea sobre costas, lo que en derecho corresponda.*"

Con tal propósito formula un cargo, así:

#### CARGO UNICO

"Acuso la sentencia impugnada de ser violatoria por vía indirecta, en la modalidad de aplicación indebida de los artículos 467, 470, 471 y 472 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 68 de la Ley 50 de 1990, 5° del decreto 3135 de 1968, 292 del decreto 1333 de 1986 y 41 de la ley 142 de 1994.

Señaló que el ad quem incurrió en los siguientes errores fácticos:

"1.- Dar por demostrado, sin estarlo, que para el 25 de mayo de 2004, fecha en que se suprime el cargo de "... asistente especializado...", el señor JAIRO SKIB PALACIOS SALAZAR era beneficiario de la convención colectiva de trabajo 2004-2008.

2.- Dar por demostrado, sin ser ello cierto, que el señor PALACIOS SALAZAR era beneficiario de la convención colectiva de trabajo vigente para los años 1999-2000, la que se prorrogó hasta el año 2003.

3.- No dar por demostrado, estándolo, que para efectos de ser beneficiario directo o indirecto de los acuerdos convencionales 1999-2000 y 2004-2008, se requería que el trabajador oficial aportara el aumento de salarios correspondiente a los diez primeros días, pues así lo establecen las cláusulas 10ª y 9ª de las convenciones antes mencionadas, aportes que brillan por su ausencia en el expediente.

4.- No dar por demostrado, estándolo, que el señor JAIRO SKIB PALACIO SALAZAR, efectuó los aportes ordinarios a "Síntraemcali", sólo hasta el mes de mayo de 1995, pues de ahí en adelante, no hay prueba siquiera sumaria de tales pagos; antes por el contrario, lo que indican las pruebas dejadas de valorar por el fallador de segundo grado, es que a partir de 1999 y hasta la fecha del retiro, el demandante no efectuó tales aportes, lo cual trajo como inevitable consecuencia, el no poder beneficiarse de las prebendas convencionales 1999-2000 y 2004- 2008.

Tales yerros se cometieron a causa de no haber apreciado correctamente las siguientes pruebas:

1.- Convención Colectiva 1999-2000 (fls. 69 a 90 del C No. 1).

2.- Convención Colectiva 2004-2008 (fls. 311 a 355 íbidem).

Y por no haber valorado las documentales que aparecen a folios 360 y 507 a 522 (íbidem).

El censor expuso en el desarrollo del cargo, que:

"Tal y como lo concluye el Tribunal, el cargo no discute la conclusión referida a que las resoluciones 00090 de 1999, 150 y 00646 de 2000 que aparecen a folios 265 a 268, carecen de identidad para constituirse en los estatutos de la empresa, pues la primera no puede "...considerarse como los estatutos de la entidad, ya que solamente se limita a describir los cargos de la empresa cuyos titulares son trabajadores oficiales o empleados públicos según el anexo pertinente, pero no determina cuales son las actividades de dirección o confianza que pueden desempeñar personas que tengan la condición de empleados públicos..." y las dos últimas tampoco lo son, en tanto se trata de simples actos de ejecución de la "...norma fuente...", que lo es la resolución No. 00090 de 1999, a la que como se vio, se le niega la calidad de estatutos de la demandada; y no se discute tal conclusión, porque la jurisprudencia de la H. Sala, ha reiterado tal posición, baste echar un vistazo a las providencias que cita el Tribunal, esto es la No. 29.948 y 30.257.

Lo que se discute, es que el Tribunal haya confirmado la providencia de primer grado en el tema referido a que el señor SKIB PALACIOS era beneficiario de los acuerdos convencionales 1999-2000 y 2004-2008, para con ello tácitamente no sólo confirmar el reintegro de estirpe convencional, sino también el pago de las acreencias laborales individualizadas en dicho fallo; y no se comparte ello, por cuanto esa H. Sala, no

en una, sino en muchedumbre de fallos emitidos contra la misma entidad, baste para ello citar las Nos. 37.597, 38.875 y 37.718 del 27 de enero de 2010 la primera y 29 de junio de 2010 las dos últimas, ha sido enfática en señalar que el ser beneficiario de un acuerdo convencional no se presume, sino que debe demostrarse, máxime que para el caso de EMCALI EICE ESP para ser beneficiario directo o indirecto de los citados acuerdos convencionales, se debe acreditar el aporte correspondiente al aumento salarial de los diez primeros días, tal como lo prevén las convenciones 1999- 2000y 2004-2008, respectivamente.

En efecto, en tales providencias, especialmente en la No. 38.875 dijo esa H. Sala;

(...)

Plantado así el asunto y teniendo como marco de referencia la anterior línea jurisprudencial, preciso es acudir al análisis cuidadoso de las convenciones colectivas 1999-2000 y 2004-2008, especialmente las cláusulas 10a y 9ª respectivamente, las que en su orden expresan:

"ARTICULO 10. DESCUENTO POR BENEFICIO CONVENCIONAL. EMCALI EICE -E.S.P.-, descontará con destino a los fondos comunes de SINTRAEMCALI, los primeros diez (10) días del aumento de salarios a todos los trabajadores oficiales que se beneficien directa o indirectamente de la convención colectiva de trabajo. Este descuento se hará por cada año de vigencia de la Convención Colectiva de Trabajo o Laudo Arbitral" (Resalto. fl. 10).

"ARTICULO 9. DESCUENTO POR BENEFICIO CONVENCIONAL. EMCALI EICE -E.S.P.-, descontará con destino a los fondos comunes de SINTRAEMCALI, los primeros diez (10) días del aumento de salarios a todos los trabajadores oficiales que se beneficien directa o indirectamente de la convención colectiva de trabajo. Este descuento se hará por cada año de vigencia de la Convención Colectiva de Trabajo o Laudo Arbitral" (Resalto. fl. 315).

Efectivamente, las dos cláusulas que se acaban de transcribir, son absolutamente claras en señalar que para efectos de ser arropado directa o indirectamente por tales acuerdos convencionales, el trabajador oficial debe aportar a "SINTRAEMCALI" y por cada año de vigencia de la convención colectiva, el aumento salarial correspondiente a los diez (10) primeros días, aportes estos que brillan por su ausencia en el expediente, y si brilla por su ausencia, es porque simple y llanamente no se hicieron, y si no se hicieron, mal puede extenderse de manera directa o indirecta los beneficios extralegales previstos en las convenciones 1999-2000 y 2004-2008, que fue lo que no percibió el Tribunal y la razón por la cual incurrió en los yerros fácticos endilgados en el cargo.

La anterior argumentación, esto es que al señor JAIRO SKIB PALACIOS no se le puede hacer extensivos los acuerdos convencionales 1999-2000 y 2004-2008, es reafirmada con la certificación que aparece a folio 360 del cuaderno No. 1, no valorada por el ad quem, en tanto la misma es absolutamente clara en precisar que al actor durante el lapso comprendido entre el 15 de enero de 1999 y la fecha del retiro, 25 de mayo de 2005, no se le aplicó las prebendas extralegales previstas en las convenciones colectivas 1999-2000 y 2004-2008, y la razón de ello, es que se lo catalogaba como empleado público, pues así lo dice con meridiana claridad dicha documental:

(...)

Dicho en otros términos, si el señor JAIRO SKIB PALACIOS SALAZAR desde el 15 de enero de 1999 y hasta la fecha de su retiro, 25 de mayo de 2004, no se beneficiaba de las convenciones colectivas de trabajo 1999-2000 y 2004-2008, fue porque simple y llanamente no estaba afiliado al Sindicato que las suscribe, mucho menos que se hubiese adherido a sus disposiciones, o que el Sindicato agrupara más de la tercera parte del total de los trabajadores, o que las mismas se hubiesen hecho extensivas por disposición gubernamental, pues por lo menos tales circunstancias no aparecen acreditadas en el expediente, máxime que como arriba se dijo, para ser beneficiario directo o indirecto de las mismas, se requería aportar por cada año de vigencia, el aumento salarial correspondiente a los diez (10) primeros días, circunstancia ésta que tampoco se encuentra demostrada en el infolio.

Ahora bien, el cargo no desconoce que el demandante en un comienzo de su relación laboral con EMCALI, efectivamente estuvo afiliado a "SINTRAEMCALI", pero en puridad de verdad, dicha afiliación sólo duró hasta el mes de mayo de 1995, en tanto hasta ésta fecha aparece que el actor realizó los aportes al ente sindical, baste para ello echar un vistazo a las documentales que aparecen a folios 507 a 522 del cuaderno No. 1., pues de ahí en adelante, no hay prueba siquiera sumada de que hubiese continuado realizando tales aportes, los que le darían derecho a beneficiarse de la convenciones colectivas de trabajo 1999- 2000 y 2004-2008., tal y como lo reitera con absoluta claridad la sentencia que se cita en precedencia, y que por su importancia vuelvo a transcribirla:

(...)

Dicho en otros términos, si el señor JAIRO SKIB PALACIOS SALAZAR desde el 15 de enero de 1999 y hasta la fecha de su retiro, 25 de mayo de 2004, no se beneficiaba de las convenciones colectivas de trabajo 1999-2000 y 2004-2008, fue porque simple y llanamente no estaba afiliado al Sindicato que las suscribe, mucho menos que se hubiese adherido a sus disposiciones, o que el Sindicato agrupara más de la tercera parte del total de los trabajadores, o que las mismas se hubiesen hecho extensivas por disposición gubernamental, pues por lo menos tales circunstancias no aparecen acreditadas en el expediente, máxime que como arriba se dijo, para ser beneficiario directo o indirecto de las mismas, se requería aportar por cada año de vigencia, el aumento salarial correspondiente a los diez (10) primeros días, circunstancia ésta que tampoco se encuentra demostrada en el infolio.

Ahora bien, el cargo no desconoce que el demandante en un comienzo de su relación laboral con EMCALI, efectivamente estuvo afiliado a "SINTRAEMCALI", pero en puridad de verdad, dicha afiliación sólo duró hasta el mes de mayo de 1995, en tanto hasta ésta fecha aparece que el

actor realizó los aportes al ente sindical, baste para ello echar un vistazo a las documentales que aparecen a folios 507 a 522 del cuaderno No. 1., pues de ahí en adelante, no hay prueba siquiera sumada de que hubiese continuado realizando tales aportes, los que le darían derecho a beneficiarse de la convenciones colectivas de trabajo 1999- 2000 y 2004-2008., tal y como lo reitera con absoluta claridad la sentencia que se cita en precedencia, y que por su importancia vuelvo a transcribirla:

(...)

Ahora bien, "SINTRAEMCALI" en el intento desesperado de ayudar al demandante, comete una serie de inconsistencias, las que por demás son harto criticables para una agremiación sindical, inconsistencias que lo único que demuestran, es que el actor por lo menos desde enero de 1999 y hasta la fecha de su retiro, 25 de mayo de 2004, no estaba afiliado a dicho Sindicato, veamos por qué:

A folio 145 del expediente y con fecha 23 de abril de 2004, aparece constancia de "SINTRAEMCALI", en la cual el actor supuestamente se afilia dicho ente sindical, tanto así que se le da una calurosa bienvenida.

No obstante lo anterior, esto es la aparente afiliación, que según el ente Sindical se hizo el 23 de abril de 2004, a folio 363 del expediente aparece otra certificación de "SINTRAEMCALI", en la cual sin recato alguno expresa que el señor JAIRO SMB PALACIO SALAZAR estuvo afiliado a dicho Sindicato, desde el «.. 27 de marzo de 1989 y hasta el día 25 de mayo de 2004, fecha de su retiro..." certificación ésta que por sí sola contradice la primera, pues si el demandante sólo se afilió a Sintraemcali el 23 de abril de 2004, no puede afirmarse que estuvo afiliado desde el inicio de la relación laboral y hasta la fecha de retiro.

Es por el desconcierto que precede, que el Juez del conocimiento, mediante providencia del 13 de septiembre de 2006, decide reabrir el debate probatorio, para con ello ordenar a "SINTRAEMCALI", clarifique tales inconsistencias, y además allegue los desprendibles de nómina en la que aparezcan que el actor hizo los aportes para el tesoro del Sindicato y con ello hacerse acreedor a las prebendas convencionales.

A folio 505 del expediente y con fecha 03 de octubre de 2006, "SINTRAEMCALI", intenta dar claridad al galimatías que armó con las certificaciones de folios 145 y 303, pero antes que certificar unos hechos concretos referidos a la afiliación del trabajador al Sindicato, lo que hace es rendir un alegato de conclusión en favor del señor JAIRO SKIB PALACIOS; pero sucede que dicho alegato tiene el efecto contrario al perseguido por el Sindicato, cual es que deja al descubierto el hecho de que el demandante, desde la fecha en que fue nombrado como ".. asistente especializado... ", y hasta la fecha de su retiro, mayo de 2004, no efectuó aporte alguno al tesoro de "SINTRAEMCALI", pues así lo expresa con absoluta claridad:

"En cuanto a los aportes en el cargo de Asistente Especializado no se hicieron los descuentos por error en la aplicación del procedimiento interno de la organización sindical, pero el hecho que haya o no efectuado el descuento no afecta para nada la calidad de trabajador oficial del empleado, ya que la convención colectiva de trabajo se hace efectiva a todos los trabajadores oficiales afiliados y no afiliados de acuerdo a la ley" (Resalto. Fl. 505 *ibídem*).

Y si el trabajador no hizo aporte alguno al ente Sindical, fue porque sencillamente no estaba afiliado al mismo, y si no estaba afiliado, mal puede beneficiarse de los acuerdos convencionales 1999-2000 y 2004-2008, máxime que como se demostró en precedencia, las cláusulas 10a y 9ª de tales convenciones, exigen el aporte del aumento salarial de los correspondiente a los diez primeros días, aportes que deben repetirse para cada año de vigencia de las convenciones, los cuales en lo absoluto aparecen acreditados en el expediente.

Así las cosas, como la condición de ser beneficiario de una determinada convención colectiva no se presume, sino que es obligatorio demostrarlo, bien con la prueba que de certeza de que efectivamente estaba afiliado al Sindicato, o porque sin estarlo decidió adherirse a sus disposiciones, o que el Sindicato agrupe más de la tercera parte del total de los trabajadores, o que la misma se extiende por disposición gubernamental, lo cual no se dio en el caso de autos, fácil es advertir que el Tribunal incurrió en los yerros fácticos señalados en el cargo, los que por su carácter ostensible, direccionan a la prosperidad del mismo y con ello a que esa H. Sala, proceda conforme al alcance de la impugnación."

#### RÉPLICA

El opositor señala que el recurrente al predicar la falta de aplicación del artículo 471 del C.S del T., corresponde a un raciocinio de tipo jurídico, propio de la vía directa; agrega que la parte demandada debió haber solicitado sentencia complementaria, a fin de que el ad quem le resolviera el asunto que plantea en el recurso extraordinario de casación, cual es que el actor no podía ser beneficiario de los acuerdos convencionales; que no era obligación del actor probar el pago de la suma de dinero contenido en la cláusula 10ª convencional, por cuanto lo que establece este es que la empresa descuenta al trabajador con destino a los fondos de SINTRAEMCALI, los primeros diez días de aumento de salarios, sin que la demandada hiciera dichos descuentos al haber considerado al actor como empleado público, los cuales no son sujetos a negociación colectiva.

Indica que el ad quem no incurrió en error en la valoración que hizo de la convención colectiva, al analizar las disposiciones convencionales en conjunto y no de manera fragmentada.

#### IV-. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En el caso bajo estudio, el censor plantea el único cargo formulado por violación indirecta de la ley que regula la formación y alcance de las obligaciones surgidas de una convención colectiva celebrada por la demandada y SINTRAEMCALI, aplicación indebida, por cuanto, a su juicio, el tribunal no dio por establecido que el actor realizó los aportes ordinarios al sindicato solo hasta el mes de mayo de 1995, de forma tal, que el actor no puede beneficiarse de las prebendas convencionales vigentes para los periodos 1999-2000 y 2004-2008.

No pudo incurrir el Tribunal en tal yerro si al desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, sólo se limitó a estudiar el punto cuestionado por el apelante, cual fue la normatividad que regula la naturaleza jurídica de los empleados públicos de EMCALI, sin hacer referencia al aspecto planteado en este recurso de casación, cual fue el que el actor no puede beneficiarse de las convenciones colectivas vigentes para los años 1999-2000 y 2004- 2008, por falta de aportes al sindicato de conformidad con lo establecido en las cláusulas 9ª y 10ª convencionales, toda vez que, en ese aspecto la pasiva no manifestó inconformidad, cumpliendo así el ad quem con lo dispuesto en el artículo 66ª del Código de Procedimiento Laboral.

La Corte ha adocinado que en el proceso laboral, de conformidad con la regulación que le es propia, el juez sólo tiene competencia para asumir el estudio de los puntos motivo de la inconformidad expuestos por el recurrente en el escrito de apelación.

El deber de sustentación del recurso de apelación tiene sentido en la medida en que obliga al recurrente a exponer expresa y razonadamente los motivos de la protesta respecto a las decisiones y fundamentos contenidos en la sentencia; es un ejercicio dialéctico de argumentación, que impone al juez Ad quem el deber de responderlos, y de no pronunciarse sobre lo que se guarda silencio pues se ha de entender que existe conformidad; como la que se desprende, en el *sub lite*, de quien no controvierte el hecho que da por cierto el tribunal, consistente en que el actor es beneficiario de la convención colectiva.

La anterior tesis es jurisprudencia de esta Sala, expresada en sentencias como la del 31 de agosto de 2006, radicación 27312, que en lo relativo a los poderes del juez ha enseñado:

"Por regla general las normas de procedimiento son de orden público y, en consecuencia de obligatorio cumplimiento. Bajo esa premisa, se observa que el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, facultó a las partes para delimitar las materias a que se contrae el recurso de apelación. Dicha norma es del siguiente tenor: "Art. 66 A.- Principio de consonancia La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación".

Puede verse, entonces, acorde con el texto anterior que el juez de segunda instancia no cuenta con algún margen que le permita apartarse de las materias propuestas por el recurrente, porque si lo hace, desborda los límites que el precepto le fija. En ese orden, frente al presente caso, no le era posible referirse, como lo hizo, respecto del tema planteado y en los términos, tal cual quedaron copiados, es decir, de ninguna manera podía abordar el asunto de la dependencia económica, por no estar comprendido dentro de la impugnación, ya que debió entender, que con lo único que estaba inconforme el apelante, era con el asunto de las cotizaciones, por las que aspiraba a obtener la absolución."

Y relacionado con los deberes del apelante doctrinó, esta Sala en sentencia Rad. 26225 de 2006, en lo pertinente:

"La exigencia legal de sustentación del recurso de apelación responde a la esencia de una segunda instancia, que por regla general se acciona por iniciativa de alguna de las partes y en razón a la inconformidad con decisiones del juez A quo. Tiene carácter excepcional la actuación oficiosa del Ad quem de la jurisdicción laboral, la que la ley confina a los restrictivos eventos en que procede el grado de consulta. Ciertamente la segunda instancia es una garantía de debido proceso para las partes y no una tutela oficiosa de control funcional del superior sobre el inferior".

"La sustentación no es una formalidad sino una exigencia de racionalidad de la demanda de justicia, de fijar los puntos que distancian al recurrente de la decisión del juez y las razones por las cuales esa decisión debe ser revocada".

Por lo anterior el cargo no prospera.

Con costas en el recurso extraordinario de casación a cargo de la parte demandada. Se fijan agencias en derecho en la suma de cinco millones quinientos m/cte (\$ 5.500.000.00 m/cte).

Por secretaria tásense las demás costas.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali el 12 de marzo de 2009, en el juicio seguido por JAIRO SKIB PALACIOS SALAZAR contra EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI- EICE ESP.

Con costas en el recurso extraordinario de casación a cargo de la parte demandada. Se fijan agencias en derecho en la suma de cinco millones quinientos m/cte (\$ 5.500.000.00 m/cte).

Por secretaria tásense las demás costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al tribunal.

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

elsy del pilar cuello CALDERÓN(Sic)  
LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS  
FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO  
CARLOS ERNESTO MOLINA Monsalve(Sic)  
CAMILO TARQUINO GALLEGO

*Fecha y hora de creación: 2024-11-23 10:28:46*