



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN LABORAL**

**FERNANDO CASTILLO CADENA
Magistrado Ponente**

SL10217-2016

Radicación n° 40048

Acta 25

Bogotá, D.C., trece (13) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de **TEÓDULO MANUEL ROJAS CASTILLA** contra la sentencia proferida el 4 de junio de 2008, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en el proceso que promovió contra **BANCAFÉ**.

I. ANTECEDENTES

El demandante solicitó que se condenara a la demandada a pagarle indemnización convencional por

despido injusto, reajuste de cesantías y sus intereses, el reintegro de \$36.771.00 indebidamente descontados de las prestaciones sociales, indemnización moratoria y costas del proceso.

Sostuvo que desde el 15 de enero de 1988 comenzó a prestar servicios subordinados a la demandada y *«Desempeñó como último cargo el de gerente de la Oficina Fundación, pero fue contratado en Barranquilla, ciudad en la que prestó sus servicios personales al Banco durante más de ocho (8) años»*. Que fue despedido a partir del 30 de agosto de 1997, con violación del artículo 8° del laudo arbitral vigente, pues se irrespetó el término mínimo de 15 días que debe mediar entre la fecha de la citación y la de los descargos. Además, el pago de las comisiones que generaron la investigación fue autorizado y los gastos por manutención y alojamiento fueron realmente efectuados; incluso, el valor pagado por el segundo concepto fue superior al que le fuera reconocido, por lo cual le fue girado el faltante por \$95.800.00. Que la causal por la cual fue despedido, le fue comunicada después del despido.

Adujo ser beneficiario de la convención colectiva de trabajo; que el empleador le descontó indebidamente lo correspondiente al sueldo del 30 de agosto a pesar de haber laborado todos los días hábiles de la semana que inició el 25 de agosto de 1997 y que, en la liquidación de cesantía no le fue incluido lo devengado por bonificación semestral y primas, legal y de vacaciones, además *«de manera congelada, no obstante que el contrato de trabajo estaba vigente el 1° de enero de 1991»*.

II. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

El demandado se opuso al éxito de las pretensiones y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, enriquecimiento ilícito, pago, cambio de régimen jurídico-incompatibilidad entre el régimen del sector público y el sector privado y falta de causa para pedir.

Admitió los extremos temporales del contrato, el cargo ocupado por el actor y el despido con justa causa, pues las facturas que presentó el actor para legalizar viáticos resultaron apócrifas. Negó o dijo que no le constaban los restantes hechos y que para efectos de liquidar el auxilio de cesantía se colacionaron todos los factores legales y que el sistema que se aplicó era el que correspondía, dados los cambios en la naturaleza jurídica de la entidad. También arguyó que *«el actor, pretende que se le cancelé (sic) la suma de \$36.711,00 M.L. valor del salario del día 30 de Agosto (sic) dinero, a que no tiene derecho debido a que sólo laboro (sic) hasta el día 30 de Agosto (sic) de 1997 , y la segunda del mes de Agosto de 1997 se la había cancelado anticipadamente desde el 25 del mismo mes y año, por lo que se procedió a descontarle lo que se le había pagado demás en forma anticipada»* (fls. 77 a 85).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 8 de mayo de 2001, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla absolvió al demandado de las pretensiones y no impuso costas.

IV. SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Apeló el accionante y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla confirmó la decisión del Juzgado, con costas a quien recurrió.

El Tribunal centró su atención en torno a tres aspectos: (i) la justedad del despido; (ii) deducción ilegal de un día, y (iii) reajuste de cesantía.

1. La justedad del despido

Tras copiar el texto de la carta de despido y relacionar las pruebas allegadas por la enjuiciada para demostrar su causa, analizó las declaraciones de Lihizzy Fátima Meyer Vanegas (fls. 413 a 416), Madin de Jesús Orozco Ardila (fls. 336 a 338) y el interrogatorio de parte que absolvió el accionante. Dedujo que este era consciente y conocía los hechos que se le endilgaron, *«tales como:*

- a) el tramite (sic) que se le debían dar a los viáticos respecto a los viajes para trasladarse en comisión a otros lugares distintos a los de su trabajo, pues tenía conocimiento de las resoluciones No. 008 de Agosto 30 de 1.991, Res. No. 001 de Junio 1 de 1.995 y Res. No. 001 de Abril 1 de 1.997, las cuales regulan y establecen los parámetros de los Gastos de Viajes y viáticos del personal de la entidad Bancaria accionada, tal como lo confesó en su interrogatorio de parte obrante a folio 339 a 342 del plenario, b) que las facturas por el valor del alojamiento tenían que ser expedidas por el establecimiento donde se alojó el funcionario, c) que las facturas aportadas no correspondían al valor de alojamiento donde pernoctaba y d) que dicha conducta desleal, se venía haciendo de forma continuada y de tiempo atrás, la cual continuó ejecutando,*

omitiendo dar aviso a sus superiores para sus correctivos, colocando en tela de juicio su integridad, responsabilidad y compromiso para con el buen manejo de este establecimiento bancario; tales hechos, constituyen de forma concreta la falta grave cometida por el actor debido a su conducta violatoria(s) de las normas legales, convencional[es] y del Reglamento Interno de Trabajo, (...), al tiempo que estaba siendo desleal con la empresa y sus superiores, pues su conducta y comportamiento deja mucho que desear, transgrediendo la confianza depositada por dicha entidad Bancaria habida cuenta del cargo que ejercía, el cual era gerente de la Oficina de Fundación. Ahora, esta violación o falta(s) grave, catalogada así en el Arts. 60, Num. 5, 6 y 8, y 66, Num. 6, 7 y 10 del Reglamento Interno de Trabajo (fls. 123 a 162) y endilgada al actor, no necesariamente debió producir perjuicios o tener la intención de hacer daño, sino solo bastaba que se produzca la conducta para que el empleador de por terminado la relación laboral, sin que el agente hubiese o no previsto sus consecuencias.

En respaldo de lo último copió un pasaje de una sentencia de casación CSJ SL de 7 de jul. 1958.

2. Deducción ilegal de un día

Adujo que el descuento hecho por la llamada al proceso no viola derecho alguno, puesto que lo que hizo fue deducir una suma de dinero cancelada de más al actor, «*por no haber laborado el 30 de agosto de 1.997, ya que para esa fecha había terminado la relación laboral el día 29 del mismo mes y año, en tal sentido mal podría la enjuiciada en reconocer al actor un día de salario el cual nunca laboró, en detrimento del patrimonio del empleador*».

Agregó que el empleador no tenía que solicitar autorización ya que *«no puede ubicarse dentro de lo establecido en el art. 149 del C. S. de T., es decir, en un descuento prohibido, pues no corresponde a salarios efectivamente laborados o devengados»*. En apoyo copió fragmentos de la sentencia CSJ SL del 28 de feb. 1995, rad. 7232.

Al referirse a la jornada de trabajo establecida en el artículo 16 del Reglamento Interno de Trabajo, el cual determina *«el horario de la jornada ordinaria de cinco (5) a la semana y de ocho (8) horas diarias cuarenta (sic), es evidente que dicha jornada no es aplicable al actor pues el mismo desempeñaba un cargo en la entidad demandada de dirección, confianza y manejo parámetro este establecido en el Art. 17 del R. I. de T., lo cual indica, que su jornada laboral no esta (sic) limitada, más aún cuando está excluido legalmente de dicha jornada legalmente (fls. 129 y 130 del R.I. de T.)»*.

Al concluir, reiteró que no existió la deducción alegada, *«sino un descuento de un día de salario pagado de más por parte de la enjuiciada tal como se observa a folios 371,372 y 369 del plenario, pues el actor solo laboró hasta el 29 de Agosto (sic) de 1997 y su salario fue cancelado mes completo, es decir incluyendo el día no laborado (30 de Agosto (sic) de 1997)»*.

3. Reajuste de cesantía

En punto al reajuste de cesantía, con vista al documento de folio 15, coligió la ausencia de prueba de que los valores tomados en cuenta por la empresa *«fueran inferiores a los computados (...) en la liquidación final (...)»*. Finalmente, acotó:

Así mismo, del hecho que en el plenario no aparezca la manifestación suscrita por el actor del cambio de régimen (Ley 50 de[l] 1990), sí existe[n] indicios contundentes de que ello ocurrió, pues dentro del expediente, obran documentos contentivo[s] de la carta donde se le comunica al actor que el préstamo de vivienda fue aprobado (fl. 360), donde se lee que «Me complace comunicarle que el Banco Cafetero le ha aprobado un préstamo para Vivienda de \$7.500.000, por primera Financiación dentro de los recursos del Fondo de cesantía», como también las liquidaciones parciales de cesantía para efecto de la amortización de la deuda hipotecaria (fs. 362, 364, 366 y 369), señalándose por demás el fondo elegido por el actor, el cual fue “COLMENA”, hechos estos que conllevan a la Sala (h)a concluir que el actor se acogió al régimen de liquidación de cesantías anuales de la Ley 50 de 1.990, (...).».

V. EL RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el demandante y concedido por el Tribunal, fue admitido por la Corte, que procede a resolverlo. Por la causal primera de casación, formula dos cargos, oportunamente replicados, que serán estudiados conjuntamente dada la identidad de vía, propósito y proposición jurídica.

VI. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pide que se case totalmente la sentencia gravada, para que en sede de instancia revoque la de primer grado y, en su lugar, ordene pagarle la indemnización por despido injusto, el reajuste de cesantías y sus intereses, así como la indemnización moratoria.

VII. PRIMER CARGO

Por vía indirecta, denuncia aplicación indebida de los artículos «14, 59, numeral 1º, 65, 127, 128, 162, 249, 253, 467 y 468 del C.S.T.; Ley 50 de 1990, arts. 98, 99; Ley 100 de 1993, art. 114; y del art. 53 de la Constitución Política, en relación con los arts. 60 y 61 C.P.T., (...).».

ERRORES EVIDENTES DE HECHO:

- 1.- *Dar por demostrado, sin estarlo, que existió una justa causa para el despido del actor por la demandada.*
- 2.- *Dar por demostrado, sin estarlo que el actor pertenece al régimen de cesantías establecido en la Ley 50 de 1990, esto es cesantías sin retroactividad.*
- 3.- *No dar por demostrado, a pesar de estarlo, que el actor había cumplido con su jornada de trabajo semanal y por lo mismo debía pagársele los días sábado 30 y domingo 31 de agosto de 1997.*
- 4.- *Dar por demostrado que el patrono desvirtuó la mala fe patronal, la cual se presume como consecuencia de las falencias en el pago de los salarios y prestaciones sociales, a la terminación del contrato de trabajo, especialmente la aplicación de[l] régimen congelado de cesantía y el descuento de \$36.771.00.*
- 5.- *No dar por demostrado, a pesar de estarlo, que el patrono actuó de mala fe, al liquidar el auxilio de cesantía, partiendo de que el trabajador pertenecía al régimen de Ley 50 de 1990, esto es al régimen de cesantía congelada y al haber descontado la suma de \$36.771.00.*

Acusa errónea apreciación de las facturas de alojamiento (fls. 225, 229 y 232 a 236); el informe grafológico del banco y su ampliación (fls. 218 a 224 y 311 a 314); el interrogatorio de parte (fls. 339 a 342); las

Resoluciones 008 de 30 de agosto de 1991, 001 del 1° de junio de 1995 y 001 del 1° de abril de 1997 (fls. 282 a 292); acta de audiencia (fl. 342); reglamento interno de trabajo, art. 17 (fls. 129 y 130); la liquidación de prestaciones sociales (fl. 369); las comunicaciones sobre destinación de cesantía y sobre préstamo para vivienda (fl. 360); las liquidaciones parciales de cesantía (fls. 362, 364, 366 y 369); la convención colectiva de trabajo (fl. 385); los testimonios de Madin de Jesús Orozco Ardila (fls. 336 a 338) y Lihizzy Fátima Meyer Vanegas (fls. 413 a 416). No apreció, dice, la certificación de la Superintendencia Bancaria (fl. 110).

En la demostración, afirma que no discute que el demandante pernoctó en *«la casa de huéspedes de Madin de Jesús Orozco»*; tampoco que Amparo Díaz, propietaria del hotel Puerta del Sol en Fundación, *«era la persona que hacía el arreglo comercial, dirigido al hospedaje del actor en Barranquilla, como remitido y cuyo otro objetivo era que la señora Amparo Díaz, recibía el costo de dicho servicio, enviándole a la señora Orozco Ardila, una parte del precio por servicio»*.

Arguye que la equivocada valoración de las Resoluciones 008 de 30 de agosto de 1991, 001 del 1° de junio de 1995 y 001 del 1° de abril de 1997 se presentó porque, a pesar de la exigencia de que la factura debe expedirse por el establecimiento donde se alojó, *«el negocio se llevó a cabo directamente con la señora Amparo Díaz, desde el municipio de Fundación, todo tendiente entre otras cosas, a obtener un alojamiento garantizado y además seguro para el actor»*, en tales documentos no se prohíbe que la transacción pueda

hacerse con intervención de un tercero y, aún así fuera, *«no puede resultar en menoscabo del trabajador que la llevó a cabo, en tanto que a los demás ciudadanos si les está permitido»*.

Afirma que no está probada la adulteración de las facturas allegadas al expediente, pues se trata de fotocopias sobre las cuales no es posible practicar un peritaje serio e imparcial, rasgos no atribuibles al que practicó el propio banco a través de uno de sus *«presuntos peritos»*, pues se estaría expidiendo una patente para que una de las partes fabrique su propia prueba, a más que el texto del dictamen es claro en admitir que no es definitivo, dada la dificultad de emitirlo sobre fotocopias, con lo cual se compromete la conclusión de que la letra dubitada es del demandante, quien reconoció solamente las facturas de folios 225, 229 y 232 a 236. Por último, se refiere a los testimonios de Lihizzy Fátima Meyer y Madin de Jesús Orozco.

Sobre el segundo error, asevera que las liquidaciones anuales de cesantía, ni la misiva en la que se le informa que se le otorgó un crédito para vivienda con recursos del Fondo de Cesantías, menos cuando quien concede el préstamo es el banco *«y no un verdadero Fondo de Cesantías»*, son suficientes para acreditar su pertenencia al régimen de la Ley 50 de 1990, *«más si se tiene en cuenta que la Ley 100 de 1993»*, en su artículo 114 exige comunicación escrita del trabajador rendida ante Notario. Por ello, concluye, no es cierto que se hubiera acogido al nuevo modelo sobre cesantía, menos si desde 1994 el Banco Cafetero pasó a

ser una Sociedad de Economía Mixta con capital oficial inferior al 90%, de suerte que era trabajador particular.

En cuanto al tercer yerro fáctico, lo hace consistir en haber tenido por cierto que *«el actor no tenía cumplida una jornada de trabajo, de cinco días a la semana y cuarenta y cuatro horas»*, que se genera en la errónea lectura del artículo 17 del Reglamento Interno de Trabajo, que establece que *«la jornada laboral es de cinco días a la semana y el actor laboró de lunes a viernes, por lo cual ya había cumplido con el presupuesto para hacerse beneficiario a la remuneración del sábado y domingo siguiente»*, sin que importe que se trate de dirección, pues la exoneración de la jornada máxima legal no tiene el efecto que quiso dársele. De otra parte, prosigue, la terminación del contrato no puede irrogarle al trabajador la pérdida del derecho a ser remunerado por esos días, lo que se corrobora con el texto del artículo 28 del mismo reglamento, que los sitúa como de descanso obligatorio. Por ello, no se puede avalar el descuento que, sin autorización, hizo el banco.

Sobre los dos últimos errores de hecho, manifiesta que no se demostró un solo motivo que pudiera determinar la retención o deducción mencionada, ni que justifique que las cesantías se le liquidaran en forma deficitaria, que *«no puede explicarse con el débil argumento, consistente en que la prueba de que el actor se había acogido a dicho régimen, es que efectivamente le hacían un préstamo y se hacía referencia a Fondo de Cesantías»*, lo que no es razón seria para negar la sanción moratoria.

VIII. LA RÉPLICA

Para augurar fracaso a esta acusación, dice, basta observar que la censura parte de admitir que las resoluciones que tilda de mal valoradas, establecen la necesidad de que las facturas sean expedidas por el mismo establecimiento donde se hospedó el trabajador, a más que esa es la única lectura que admiten tales documentos. Asevera que la parte actora omitió promover incidente de tacha, en aras de demostrar la falsedad de las facturas incorporadas al expediente, aunado a que «*los deleznable argumentos*» del recurrente son extemporáneos, en la medida en que el recurso extraordinario no es la oportunidad para proponer ese debate. Lo anterior, continúa, se corrobora con lo admitido por el actor en la declaración de parte que rindió.

Expone que la aceptación del trabajador de las liquidaciones anuales de cesantía que se le practicaron, tornan evidente que ese era el sistema al que se había acogido. Que el descuento de \$36.771.00 no requería autorización del trabajador, pues se trataba de un día en el que no se había prestado el servicio.

IX. SEGUNDO CARGO

Por vía indirecta, acusa aplicación indebida de los artículos «14, 65, 127, 128, 162, 249, 253; Ley 50 de 1990, arts. 98, Parágrafo, 99; Ley 100 de 1993, art. 114; y del art. 53 de la Constitución Política, en relación con los art. 61 C.P.T., como

consecuencia de error de derecho cometido por el Tribunal, al dar por demostrado un hecho, por medio diferente al señalado por la ley», que radicó en haber dado por demostrado el acogimiento del actor al régimen de cesantía creado por la Ley 50 de 1990 «a partir de indicios poco claros», ignorando que la misma norma y el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, exigen para ese cometido la presentación de un escrito con presentación ante Notario Público. Califica de absurdo que se tuviera por probado el cambio de régimen con base en las liquidaciones anuales y la comunicación que la demandada le envió al demandante.

X. RÉPLICA

Arguye que la prueba del cambio de régimen de cesantías no es solemne, ni se trata de una formalidad *ad substantiam actus*, sino simplemente *ad probationem*, que puede demostrarse con cualquier medio probatorio, de suerte que no pudo haberse incurrido en el desatino imputado al fallo gravado.

XI. CONSIDERACIONES

De acuerdo al esquema propuesto en los cargos, la disconformidad del recurrente, en rigor, gravita en torno a los siguientes tres ejes:

1. Sobre el despido injusto

Los artículos 1° de las Resoluciones 001 del 1° de junio de 1995 y 001 del 1° de abril de 1997 (fls. 286 y 290), emitidas por el llamado a juicio, textualmente expresan que *«El Banco reconocerá el alojamiento por el valor consignado en la factura que necesariamente debe expedir el establecimiento donde se aloje el funcionario, sin que en ningún caso haya lugar al reconocimiento de sumas superiores a las indicadas anteriormente, entendiéndose que el alojamiento comprende habitación sencilla y gastos inherentes al mismo, como aire acondicionado, impuestos y tarifa básica de teléfono».*

En realidad, el Tribunal solo mencionó dichas Resoluciones para significar que el demandante había aceptado, al absolver interrogatorio, que las conocía y sabía que allí está regulado lo concerniente a los gastos de viaje y viáticos del personal del banco. La censura admite que literalmente dichas Resoluciones exigen que la factura por el hospedaje debe ser emitida por el hotel en el que se alojó el funcionario, empero, arguye que ello no impide que la *«negociación»* se haga por interpuesta persona, quien eventualmente podría obtener algún beneficio económico por la intermediación y que si la generalidad de las personas puede hacerlo, no hay razón para que un empleado de la entidad financiera no pueda hacerlo.

Con ello, paladinamente admite que no es irrazonable colegir lo que él entiende que el fallador infirió del texto de las mentadas resoluciones, con lo cual elimina toda posibilidad de comisión de un eventual e improbable error

evidente de hecho, que es la magnitud que debe tener un desacierto de esa índole, para que pueda ser causante del quebrantamiento del fallo de segundo grado.

De otro lado, del interrogatorio absuelto por el actor, el colegiado de la alzada halló confesada su participación en el diligenciamiento de algunas de las facturas que fueron utilizadas como prueba de los gastos de alojamiento del actor en la ciudad de Barranquilla. Por su parte, el impugnante alude al reconocimiento de algunas de ellas y sostiene que *«cualquier controversia sobre el contenido de las facturas, solo se deben referir a las mismas y no a las allegadas por la demandada»*, pero guarda silencio en punto a la confesión que dedujo el juzgador de la declaración de parte.

Otro cuestionamiento del recurrente apunta al mérito probatorio que la Sala sentenciadora le confirió al estudio elaborado por la enjuiciada que concluyó en que muy posiblemente las facturas fueron elaborados por el propio demandante. Reprocha que el estudio de la demandada no se hubiera llevado a cabo sobre los originales de las facturas y agrega que se trató de una prueba fabricada por una de las partes.

Para desestimar esta acusación, es suficiente reiterar que el propio demandante aceptó en el interrogatorio de parte haber participado en la confección de las facturas de marras, por manera que así resultara viable formular tal cuestionamiento por la senda de lo fáctico, la certeza proveniente de la confesión no desvirtuada del accionante,

descarta de entrada toda vocación de acierto al cargo, que en consecuencia deviene infructuoso.

2. En torno al régimen de cesantía

Según la misiva de folio 360, el 15 de junio de 1994 el Banco Cafetero informó a ROJAS CASTILLA haberle *«aprobado un préstamo para vivienda de \$7.500.000.00, por Primera Financiación dentro de los recursos del Fondo de Cesantía»*. A folio 362 se observa la liquidación de cesantías del accionante correspondiente al año 1994, que se destinaría a abonar a la deuda hipotecaria contraída con el banco; se lee allí que el fondo elegido fue Colmena.

Similares documentos están adosados a los folios 364 y 366, en el que se liquidan la cesantía de los años 1995 y 1996; igualmente, se incorporó la carta de 4 de noviembre de 1997, remitida por la Dirección de Recursos Humanos a la Coordinadora Administrativa, en la que le anexa *«comunicación dirigida al Fondo de Cesantías para que se sirva entregar al empleado (a) y de cuyo valor consignado en este, puede ser susceptible de descuento a favor del Banco para atender saldos por obligaciones (...)»*.

La anterior documentación fue vista por el Tribunal como hecho indicativo de que el empleado se había acogido al esquema de cesantías introducido por la Ley 50 de 1990. Desde el punto de vista estrictamente fáctico, la inferencia del juzgador no se exhibe distante de la realidad, toda vez que, en verdad, la existencia de tales documentos no

encuentra explicación diferente a que el demandante se hizo partícipe del sistema de liquidación anual de cesantías.

En lo concerniente a que la Sala sentenciadora no advirtió que de acuerdo al artículo 114 de la Ley 100 de 1993 el trabajador debió manifestar por escrito ante notario público su decisión de trasladarse al régimen especial de cesantía previsto en la Ley 50 de 1990 y ese prueba brilla por su ausencia, esta Corporación ha explicado que la eficacia del cambio en **el régimen de cesantía no precisa del cumplimiento de esa formalidad.**

Por ejemplo, en sentencia CSJ SL del 6 de sep. 1999, radicación 11909, la Corte explicó:

“El artículo 114 de la ley 100 de 1993, cuya interpretación por parte del Tribunal se critica es del siguiente tenor:

“Requisito para el traslado de régimen. Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente ley se trasladen por primera vez de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones.

“Este mismo requisito es obligatorio para los trabajadores vinculados con los empleadores hasta el 31 de diciembre de 1990 y que decidan trasladarse al régimen especial de cesantía previsto en la ley 50 de 1990, para lo cual se requerirá que adicionalmente dicha comunicación sea

rendida ante Notario Público, o en su defecto ante la primera autoridad política del lugar”.

De conformidad con esta disposición los trabajadores sometidos al sistema tradicional de cesantía que quieran trasladarse al de la Ley 50 de 1990, deberán presentar a la administradora del fondo de cesantía seleccionado, un escrito, rendido ante notario o en su defecto ante la primera autoridad política del lugar, en el cual declaren que su voluntad de cambiar de régimen fue “..libre, espontánea y sin presiones..”.

Esta comunicación es diversa a la expresión contemplada por el parágrafo del artículo 98 de la Ley 50 de 1990, en cuanto dice:

“..Los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo celebrados con anterioridad a la vigencia de esta ley, podrán acogerse al régimen especial señalado en el numeral segundo del presente artículo, para lo cual es suficiente la comunicación escrita, en la cual señale la fecha a partir de la cual se acoge...”

En efecto, no se remite a duda que la carta a que se refiere este último texto tiene como destinatario al empleador, quien una vez la reciba quedará enterado del sometimiento al régimen de la Ley 50 de 1990 en materia de cesantía y deberá proceder en la forma como lo señala el Decreto Reglamentario 1176 de 1991, artículos 2 y 3, de manera que efectuará la liquidación definitiva del auxilio de cesantía hasta la fecha señalada por el trabajador y el valor así liquidado se consignará en el fondo de cesantía que este elija, antes del 15 de febrero del año siguiente.

En otros términos, el cambio de régimen de cesantía únicamente supone la expresión escrita de la voluntad del trabajador recibida por el patrono y este acto, conforme a las reglas propias de las declaraciones de voluntad (C.C, artículo 1502), solo podría ser invalidado judicialmente si se demuestra que no reunió los supuestos generales relativos a la capacidad, al consentimiento libre de vicios y al objeto y la causa lícitos.

De consiguiente, la prescripción del artículo 114 de la Ley 100 de 1993 resulta complementaria de lo anterior en cuanto consagra un supuesto para el trámite de la consignación en el fondo, ya que éste deberá exigir la comunicación rendida ante notario para efectos de la inscripción del trabajador. No se trata entonces de un requisito para la validez del cambio de régimen pues así no lo dice el texto ni hay lugar a desprenderlo por la naturaleza de la exigencia.

Su incumplimiento podría conducir a la paralización del procedimiento previsto para la apertura de la cuenta individual del trabajador en el fondo de cesantía y a la imposibilidad práctica de realizar la modificación de régimen. Pero en un caso como el que se examina en que el traslado produjo todos los efectos y permaneció por espacio de dos años hasta la finalización del nexa laboral, sin objeción del interesado, mal podría predicarse su nulidad, en cuanto además no aparece que haya generado perjuicio alguno al trabajador, sino al contrario el pago de una bonificación adicional”.

Entonces, itérese, **el escrito presentado ante notario no se trata de un requisito para la validez del cambio de régimen, toda vez que ello no lo dice el artículo 114 de la**

Ley 100 de 1993, ni hay lugar a desprenderlo por la naturaleza de la exigencia y, en ese contexto, tampoco la ley sustantiva o adjetiva precisa determinado elemento de juicio para la acreditación del trasladado de régimen de cesantía. Dicho en breve, hay libertad probatoria para demostrar el traslado del régimen de cesantía. De manera que a esa conclusión puede arribarse a través de los indicios, como al parecer fue lo que sucedió con el juzgador de segundo grado, y siendo ello así, no olvidemos que esta probanza no es una prueba calificada en casación, según lo estatuye la ley adjetiva del trabajo.

Solo un último punto para tener en consideración, que se exhibe insoslayable: cuando entró en vigencia la Ley 50 de 1990, es decir, 1° de enero de 1991, el actor tenía la condición de trabajador oficial.

Nótese que el Decreto 2420 de 24 de septiembre de 1968, por medio del cual se reestructuró el sector Agropecuario en Colombia, en el capítulo III, de los organismos del sector agropecuario, artículo 19, letra b, número 2 estableció que el Banco Cafetero era una empresa industrial y comercial del Estado vinculada al Ministerio de Agricultura.

Tiempo después, con el Decreto 1748 de 1991 del 4 de julio de la misma anualidad, su naturaleza se transformó a sociedad de economía mixta de orden nacional vinculada al Ministerio de Agricultura, y solo a partir de allí se sometió *“a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria”*, esto es, después de la entrada en vigor de la Ley 50 de 1990.

Memórese que mediante el Decreto 3118 de 26 de diciembre de 1968, fue creado el Fondo Nacional del Ahorro, el cual dispuso, entre otras cosas: (i) que «*Entidades vinculada al Fondo. Deberán liquidarse y entregarse al Fondo Nacional de Ahorro conforme a las disposiciones del presente Decreto, las cesantías de empleados públicos y trabajadores oficiales de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional*» (artículo 3º), y (ii) que «*Cada año calendario, contado a partir del 1º de enero de 1969, los Ministerios, Departamentos Administrativos, superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado liquidarán la cesantía que anualmente se cause en favor de sus trabajadores o empleados. La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador*»(artículo 27).

Entonces, de la disposición en precedencia se desprende que dada: 1º) la naturaleza jurídica del Banco Cafetero-empresa industrial y comercial del Estado, y 2º) la condición de trabajador oficial del actor, para la data en que empezó a regir la Ley 50 de 1990, el banco debió liquidar, anualmente y de manera definitiva, la cesantía causada con anterioridad al 1º de enero de 1991.

3. En cuanto al descuento de \$36.771.00

Para demostrar este error la recurrente aduce que la Sala sentenciadora apreció «*equivocadamente el art. 17 del Reglamento Interno de Trabajo. Según la mencionada norma del Reglamento, la jornada laboral es de cinco días a la semana y el actor laboró de lunes a viernes, por lo cual ya había cumplido con el presupuesto para*

hacerse beneficiario a la remuneración del sábado y domingo siguiente».

Asevera que el artículo 28 del Reglamento Interno de Trabajo, indica que los domingos son de descanso obligatorio para todos los trabajadores y *«una cosa es que los empleados de dirección no estén sometidos a la jornada máxima, pero otra cosa es la remuneración de los días de descanso, en este caso el sábado».*

Por sus parte, el juez de la alzada, al referirse a la jornada de trabajo establecida en el artículo 16 del Reglamento Interno de Trabajo, el cual determina *«el horario de la jornada ordinaria de cinco (5) a la semana y de ocho (8) horas diarias cuarenta (sic), es evidente que dicha jornada no es aplicable al actor pues el mismo desempeñaba un cargo en la entidad demandada de dirección, confianza y manejo parámetro este establecido en el Art. 17 del R. I. de T., lo cual indica, que su jornada laboral no esta (sic) limitada, más aún cuando está excluido legalmente de dicha jornada legalmente (fls. 129 y 130 del R.I. de T.)».*

El artículo 17 del Reglamento Interno de Trabajo del Banco Cafetero (fl. 130), reza:

No están sujetos a la jornada ordinaria de trabajo, por estar excluidos legalmente de ella, en razón de sus funciones quienes desempeñen cargos de dirección, de confianza o de manejo. Dichos trabajadores deberán todo el tiempo que fuere necesario para el cabal cumplimiento de su funciones, y no tienen derecho a cobrar horas extras o trabajo suplementario

Pues bien, basta una somera lectura de la disposición del Reglamento Interno de Trabajo y de la conclusión del Tribunal para observar: (i) que dicho precepto no establece que *«la jornada laboral es de cinco días a la semana»* como lo aduce el recurrente, y (ii) que la Sala sentenciadora no distorsionó el contenido de la prueba, ya que dedujo lo que literalmente consagra, esto es, que los *«trabajadores de dirección, de manejo o de manejo»*, *«no están sujetos a la jornada ordinaria de trabajo»*.

Luego no se evidencia error del juez de alzada en el análisis del artículo 17 del Reglamento Interno de Trabajo.

En lo que respecta al artículo 28 del mismo estatuto, titulado *«Descanso Obligatorio Remunerado»* que estatuye que *«son de descanso obligatorio y remunerado para todos los trabajadores del Banco los domingos y los días de fiesta nacional o religiosa, así:»*, nótese que de su contenido tampoco aflora que el sábado sea un día de descanso obligatorio remunerado.

Aquí y ahora, resulta útil traer a colación apartes de la sentencia CSJ SL, del 22 de jul. 2009, rad. 32196, dictada precisamente en contra del hoy demandado, Banco Cafetero, **en el que se estudió el pago del día sábado cuando el contrato laboral terminó un viernes:**

De acuerdo con la “Liquidación Definitiva de Prestaciones” (fls. 3 y 106), la demandante laboró hasta el día 22 de septiembre de 2000, que fue un día viernes.

El artículo 161 del C. S. del T., subrogado por el 20 de la Ley 50 de 1990, dispone que la jornada ordinaria máxima legal

es de 8 horas diarias y 48 a la semana, y el artículo 164 del C. S. del T., subrogado por el 23 de la Ley 50 de 1990, establece que las 48 horas semanales pueden repartirse ampliando hasta por 2 horas la jornada ordinaria, por acuerdo entre las partes, con el fin de permitir el descanso a los trabajadores durante todo el sábado.

En primer lugar, el hecho que el trabajador tenga derecho al descanso del sábado y del domingo por haber laborado la semana completa, no implica que el contrato de trabajo, que terminó a partir del día 23, se extienda al día 24, como lo pretende la actora.

En segundo lugar, no aparece acreditado en el expediente el acuerdo a que se refiere el artículo 164 del C. S. del T., subrogado por el 23 de la Ley 50 de 1990, que permitiera al trabajador disfrutar del descanso de todo el día sábado, por lo que en el presente caso no puede concluirse que el trabajador laboró la semana completa y deba pagársele lo correspondiente a ese día y al día domingo, por lo tanto la absolución impuesta por el a quo por este concepto habrá de confirmarse.

En este asunto, la recurrente en el cargo no demuestra que en autos repose el convenio celebrado entre las partes a que hace alusión el artículo 164 del Código Sustantivo del Trabajo, en los términos subrogado por el 23 de la ley 50 de 1990.

Llegados a este punto, se impone recordar lo que de antaño esta Corte ha enseñado en torno a que cuando el ataque se endereza por la vía de los hechos no es cualquier desatino del juzgador el que da al traste con su proveído,

sino únicamente aquél que tenga la connotación de «*protuberante*».

El precedente carácter de «*manifiesto*» surge frente a transgresiones fácticas patentes, provenientes de errores en el examen de los elementos de juicio que conforman el haz probatorio, bien por haberlos apreciado equivocadamente, ora por no haberlos estimado.

Por manera que no basta que el recurrente dé explicaciones así sean razonables sobre los eventuales asertos erróneos del fallador, o que se limite a enfrentar sus conclusiones con las de éste, sino que además de identificar y demostrar el desacierto de hecho ostensible debe acreditar, con base en el contenido de las pruebas, qué es lo que ellas en verdad acreditan y su incidencia en la equivocada resolución judicial.

En el asunto bajo examen, brilla por su ausencia las características que deben rodear a un error fáctico.

De suerte que, se reitera, la impugnante no logra acreditar el error protuberante.

4. Referente la sanción moratoria

Como no está demostrado que el banco demandado le adeude suma alguna a la promotora del litigio, resulta improcedente el estudio de la sanción moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que opera, entre otros

eventos, cuando hay incumplimiento en el pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación del vínculo laboral.

Por lo discurrido el cargo no sale avente.

Las costas en el recurso extraordinario serán a cargo de parte recurrente, por cuanto su acusación no salió avante y hubo réplica. Como agencias en derecho se fija la suma de \$3.250.000, que se incluirán en la liquidación con arreglo en lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P.

XIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **NO CASA** la sentencia de 4 de junio de 2008, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en el proceso que **TEÓDULO MANUEL ROJAS CASTILLA** promovió contra **BANCAFÉ**.

Costas, como se dijo en la parte motiva.

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

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN

Presidente de Sala

GERARDO BOTERO ZULUAGA

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

FERNANDO CASTILLO CADENA

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS