

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

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

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ
Magistrado ponente

SL1135-2015
Radicación n.º 47856
Acta 03

Bogotá, D. C., once (11) de febrero de dos mil quince (2015).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado judicial de **RAFAEL ENRIQUE HERNÁNDEZ HERAZO**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el 30 de abril de 2010, en el proceso que instauró el recurrente contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, en liquidación**.

Previamente se ha de precisar respecto del memorial obrante a folios 41 y 42 del Cuaderno de la Corte, que no es

procedente tener a la Administradora Colombiana de pensiones “Colpensiones” como sucesora procesal del Instituto demandado, puesto que en este proceso la última entidad fue llamada en su condición de empleadora y no como administradora del régimen de prima media.

I. ANTECEDENTES

El citado demandante convocó a proceso al Instituto con el fin en lo que interesa a la casación, de que se declare que el demandado no ha liquidado en su totalidad las prestaciones sociales, dominicales y festivos, compensatorios y otros emolumentos a los que tiene derecho; se le reconozca y cancele la nivelación salarial existente entre los cargos de Médico General y Médico Especialista en Cirugía Plástica; como consecuencia de la anterior declaración, se proceda a ordenar la reliquidación de prestaciones sociales legales y convencionales, dominicales, festivos, recargos nocturnos, días compensatorios, indemnización moratoria desde el retiro hasta cuando se verifique el pago total, reajuste de la mesada pensional y demás derechos laborales con el verdadero salario y su correspondiente indexación. Así mismo, indemnización moratoria desde el retiro hasta el 1º de octubre de 2004, fecha en que le fueron efectivamente canceladas las cesantías definitivas, lo extra y ultra petita y las costas del proceso.

Como apoyo de su pedimento indicó que ingresó al servicio del Instituto demandado el 1º de febrero de 1976 como Médico General, hasta el mes de febrero de 1983; cursó una especialización en Cirugía Plástica y Reconstructiva entre 1983 y 1986; en el mes de marzo de 1986 se reincorpora al servicio del ente convocado a proceso aún como Médico General, pero posteriormente en el mes de octubre de 1986 fue trasladado a la citada especialidad donde permaneció hasta el 15 de abril de 2003, cuando empezó a disfrutar de la pensión de jubilación. Durante el tiempo que ejerció como *«médico especialista»*, no se le pagó el salario correspondiente al cargo. Manifiesta que al retiro se le adeudan entonces, los conceptos arriba indicados; anota que para el pago de las cesantías definitivas e intereses sobre las mismas fue necesario promover acción de tutela en contra del aquí accionado, las cuales fueron canceladas en forma deficitaria. Agregó que por concepto de recargos nocturnos causados durante los meses de enero de 2001 a abril de 2003, se le debe la suma de \$3'499.976,00.

Esta pretensión fue adicionada dentro del término legal, y aportó con el respectivo escrito, la convención colectiva de trabajo y la solicitud del testimonio de Hernando José Larios Beleño, así como la documental relativa a la constancia sobre recargos nocturnos de los años 2001, 2002 y 2003 expedida por la demandada.

El Instituto en la contestación de la demanda admitió la prestación del servicio del actor, tal como consta en la

Resolución No. 0334 de 2003 expedida por la demandada; en cuanto a los lapsos indicados en la demanda no le constan por no existir documento dentro del traslado a la demandada que así lo acredite; acepta también la calidad de pensionado del demandante, la existencia de la acción de tutela entre los extremos de esta Litis, pero no sobre los motivos que dieron lugar a la misma como fueron expuestos en la demanda; niega los restantes hechos o dice que no le constan. Se opuso a las pretensiones y adujo en su defensa que encierran una discusión sobre un punto de derecho, y sólo ante el cumplimiento de las exigencias legales pueden surgir a la vida jurídica.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, carencia del derecho reclamado y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Mediante sentencia del 10 de octubre de 2006, el Juzgado de conocimiento que lo fue el Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla, condenó al Instituto al pago de varias acreencias laborales, entre ellas, dominicales y feriados por valor de \$3.849.752; primas de servicio legal \$616.438; primas de servicio extralegal \$616.438; prima de vacaciones \$102.738; vacaciones \$82.191; reajuste de cesantías \$12.053.159, reajuste de intereses de cesantías \$1.807.973 para un total de \$19.128.689. Impuso indemnización moratoria a razón de \$93.835.43 diarios, a

partir del 15 de julio de 2003 y hasta cuando se verifique el pago total de la obligación. Absolvió de las demás pretensiones.

III. SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Ambas partes apelaron; la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, en sentencia del 30 de abril de 2010, revocó la de primer grado y absolvió al demandado de todas las pretensiones de la demanda.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Juzgador de segundo grado luego de referirse a la competencia para asumir el conocimiento del presente asunto, y a la circunstancia que ambas partes impugnaron el fallo de primer grado, reprodujo apartes de la sentencia de esta Sala CSJ SL, 22 jul. 2009, rad. 35581.

Delimitó la controversia en lo que fue objeto de debate, para el demandante, la reliquidación de las acreencias laborales como médico especialista y no como médico general, la procedencia de la reliquidación de prestaciones sociales y la mesada pensional.

Luego de citar el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, en su redacción original, que transcribió, dijo consagra el deber de correspondencia entre el trabajo y salario cuya igualdad obedece a puesto, jornada y

condiciones de eficiencia iguales y la imposibilidad de establecer diferencias por cualquier razón racial, religiosa, política, actividad sindical, nacionalidad, edad, es decir, la prohibición de establecer discriminación.

Que «son preámbulos de la C.P. los principios -derechos constitucionales la igualdad y el trabajo es principio fundante de la misma carta (preámbulo, art. 1C.P.)». Recuerda que «Es principio mínimo fundamental la remuneración que debe ser proporcional a la cantidad de trabajo (Art. 53 C.P.)

Consideró los medios de convicción obrantes en el plenario tanto documentales como testimoniales, para decidir la controversia, con fundamento en ellos y en lo establecido en el citado artículo 143 del C.S.T., así como lo sostenido por esta Corporación dentro del CSJ 10 oct, 1980, sin indicar radicado, estimó:

Pues bien, de los anteriores elementos probatorios recaudados durante el transcurso del proceso y al entrar la Sala a su respectiva valoración, encuentra que de éstos no se acredita fehacientemente el supuesto de donde tiene su génesis el fundamento de la alzada, cual es, que el demandante señor RAFAEL HERNÁNDEZ HERAZO se desempeñó como médico especialista y no como médico general, puesto que de los sendos documentos que militan en el informativo y tal como se describió, en éstos se expresa de manera acorde los extremos de la relación laboral y el cargo desempeñado por el actor -Médico General Grado 36-, sin que entre ellos exista contradicción alguna de donde se desprenda motivo de duda respecto a éste último aspecto del vínculo.

No existiendo así en el plenario prueba alguna que conlleve al convencimiento que el señor HERNÁNDEZ HERAZO ejerciera otro tipo de cargo para el cual fue contratado, nótese pues, como en los relacionados documentos de diferentes fechas y creados por diferentes dependencias del instituto enjuiciado, tales como, i) Jefe de Recursos Humanos y el Coordinador de Nómina de la Unidad Hospitalaria Clínica Andes ESE José Prudencio Padilla (fls. 16 a 17); ii) Vicepresidente Administrativo (fls. 44 a 50); iii) Subgerente Administrativo de la Unidad Hospitalaria Clínica los Andes y el Jefe Regional Dpto. Recursos Humanos ESE José Prudencio Padilla (fl.51); iv) Gerente Nacional de Recursos Humanos (fl. 196); y v) Gerente Seccional (fls. 199 a 202) entre otros, se indica como cargo del demandante Médico General Grado 36.

Obra igualmente oficio No. 0249 de Marzo 5 de 2005, a través del cual el Coordinador de Nómina del ISS niega la solicitud de Homologación del cargo incoada en su oportunidad por el actor, argumentando que .revisada su hoja de vida, se constató que usted fue contratado para desempeñar el cargo de Médico General - Grado 36- 8 horas - Registro No. 4978-, sin que el actor lograra desvirtuar probatoriamente tal afirmación.

Sin que entre tanto, resulten suficientes para desvirtuar lo anterior o para acreditar lo contrario, las planillas de tumos aportadas por el demandante, puesto que éstas solo dan cuenta de los meses de Noviembre y Diciembre de 2001 y Enero y Febrero de 2002, es decir, no llevan al convencimiento de que durante la relación laboral o para el caso, durante los últimos 2 años de servicios, el demandante se hubiese desempeñado como Médico Especialista Grado 38, del cual pretende que se reajuste su salario, prestaciones y mesada pensional, y tampoco de ellas se colige que en efecto se hubiese desempeñado como médico especialista, puesto que en éstas solo se consigna "cirugía

plástica" y "c. plástica", constancias éstas que no especifican nada respecto el cargo desempeñado.

Respecto a la prueba testimonial, luego de recordar la definición de este medio de prueba, así como lo señalado sobre el mismo por la doctrina y citar el referente legal que lo consagra, expresó:

En el sub examine la declaración jurada rendida por el señor Larios Beleño en su oportunidad no ofrece motivos de certeza sobre lo aducido por el demandante respecto del cargo desempeñado, puesto que el declarante en algunos apartes manifiesta como razón de su dicho, lo que el actor le ha manifestado, lo que lo toma en testigo de oídas sobre la fecha anterior al año 1986 en que dice el demandante, se desempeñó como médico general, lo que le resta credibilidad en su dicho, ya que no viene directamente de lo percibido por él sino de lo dicho por el actor.

De otra parte el testigo solo asevera que el actor fue su compañero al Servicio de Cirugía Plástica hasta el 2003, y confirma que coordinó dichos Servicios desde 1982 hasta el año de 1992, no afirmó que se desempeñará como médico especialista, como cirujano plástico, lo cual no necesariamente debe deducirse, ni es incluyente ni sinónimo, como quiera que tampoco implica que en un Departamento de Cirugía Plástica todo el personal que allí labora deba ser especialista en dicha área, se requiere pues de enfermeras, instrumentadoras, anestesiólogos, entre otros, es por ello que con tal medio de prueba no se alcanza a demostrar el supuesto de que el demandante hubiese ejercido el cargo de Médico Especialista Grado 38, ya que a lo largo de su exposición aduce únicamente que laboró en el Servicio de Cirugía Plástica, pero no especifica el cargo, ni sus funciones.

Sin echar de menos la tacha de sospechoso que hiciera el apoderado de la parte demandada, que en efecto conlleva a que se le valore con un alto grado de rigidez puesto que las leyes de la sana crítica y del sentido común enseñan que este tipo de testigos al momento de rendir su declaración pueden estar movidos por cierto tipo de sentimientos de amistad, solidaridad y distorsionar o faltar a la verdad o ir mas (sic) allá de ella, le restan credibilidad a la exposición, ello no ocurre con la declaración rendida por el señor Larios Beleño, quien fue claro, coherente y responsivo en su declaración.

Ahora de otra parte, a la Sala le genera duda el hecho de que durante la relación laboral existida entre las partes, la cual se extendió por más de 17 años, el demandante no hubiese pretendido o intentado la nivelación laboral a la cual aduce tener derecho, y que solo haya demostrado su inconformidad al momento de la terminación del contrato de trabajo, es decir una vez que adquirió la condición de pensionado, lo anterior considerando que en el expediente no se vislumbra que el señor HERNÁNDEZ HERAZO hubiese desplegado algún acto por medio del cual buscara su reajuste salarial entre los cargos de médico General y Médico Especialista.

Y concluyó:

Como es sabido el fin de la prueba es lograr la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos que estructuran la relación material que se controvierte en el proceso, incumbiendo a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellos persiguen, (artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en materia laboral por disposición del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo), principio universal en materia probatoria que impone a las partes la carga de

incorporar al litigio todos los elementos de convicción necesarios para lograr sacar adelante su pretensión, y así (sic) en reiterada jurisprudencia lo sostiene nuestro Tribunal supremo al esgrimir (...)

Así las cosas y como quiera que la parte demandante no alcanzó a demostrar con elementos de juicios idóneos que en efecto ejerció un cargo distinto a aquel que fue tenido en cuenta para la liquidación de sus prestaciones sociales y para establecer el monto de su mesada pensional, no le queda otro camino a la Sala que despachar desfavorablemente aquellas pretensiones que tienen como sustento factico el anterior supuesto.

Ahora bien, si en gracia de discusión y solo así, se aceptara la Homologación del cargo, que no se demostró en el proceso, la reliquidación de las acreencias laborales y de la mesada pensional tampoco resultarían prosperas, por cuanto en el expediente no obra prueba alguna que conlleve a determinar la diferencia salarial entre los cargos de Médico General Grado 36 y Médico Especialista Grado 38, como tampoco se observa elemento alguno que indique cual o cuales fueron los emolumentos devengados por el actor durante los últimos tres años, ello igualmente para verificar o establecer las sumas de dineros dejadas de percibir.

En lo referente a la prueba documental, estimó que «los documentos militantes a folios 179 a 192 y 197 a 198 carecen de valor probatorio, ya que se tratan de instrumentos sin firmas, y durante el trámite procesal no fueron reconocidos por parte del ISS, entidad ésta frente a quien se oponían, tal como lo exige el Art. 269 del CPC.»

Con relación al fundamento de la condena en contra del demandado señaló: *«es de anotar que éste endilga al a quo el haber basado su condena en la certificación proveniente de un tercero, frente a lo cual se tiene que el decreto 1750 de 2003, mediante el cual se escindió del I.S.S., la Vicepresidencia de prestación de servicios de salud, todas las clínicas y todos los centros de atención ambulatoria; entró en vigencia el 26 de junio de 2003, y en la resolución 6188 citada, se señala que en virtud de la escisión, las hojas de vida y los record de pago de los extrabajadores del ISS que pasaron a las ESEs, o que se retiraron del servicio activo siendo funcionarios del ISS, se encontraban en las clínicas y CAAs donde venían laborando. (..) Pero fijándose en cabeza de la VICEPRESIDENCIA ADMINISTRATIVA DEL ISS, la competencia para el reconocimiento y pago de pasivos laborales causados con anterioridad al 26 de junio del 2003. (Folio 7) (Resoluciones 2362 del 1 de octubre del 2003, 3184 del 29 de diciembre del 2003 y 2412 del 22 de junio del 2005), es decir, que las ESEs solamente emitirán certificaciones y el ISS será el encargado de reconocer si a bien lo estima, las acreencias laborales que se certifiquen deber.».*

Igualmente sostuvo que establecido mediante las resoluciones:

Pues bien, a folio 16 a 17 se encuentra el certificado de la ESE JOSÉ PRUDENCIO PADILLA, mediante la cual hace constar que se le adeudan al demandante diferencias por conceptos de prima legal, prima extralegal, prima de vacaciones, vacaciones, cesantías e intereses sobre la cesantía, sin embargo, este documento que es simplemente declarativo no tiene la diferencias pretendidas, por parte de la vicepresidencia Administrativa del ISS.

Por tanto mal podría emitirse condena alguna en contra del ISS con base en la citada Certificación, máxime que el mismo

instituto en la Resolución No. 03376 de 2004 desconoce en gran parte lo allí expuesto, denotándose aspectos diferentes entre la resolución del ISS y la certificación de la ESE, asistiéndole de tal forma razón a la parte demandada sobre tal tópico.

Revocó el Tribunal entonces, la sentencia de primer grado y absolvió al demandado de todas y cada una de las peticiones de la demanda.

IV.- RECURSO DE CASACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante interpuso recurso extraordinario, el cual concedido por el Tribunal y admitido por la Corte se procede a resolver, previo estudio de la demanda de casación y su réplica.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente de manera principal que la Corte case totalmente la sentencia recurrida, para que, en sede de instancia revoque parcialmente la sentencia proferida por el a quo «concretamente el punto "3" de la parte resolutive, y en su lugar, se condene a la demandada a la reliquidación de salarios por trabajo igual y salario igual, reliquidación la pensión de jubilación, de prestaciones sociales y demás derechos laborales, junto con las demás pretensiones de la demanda de las que se absolvió a la demanda no concedidas por el a quo. En lo demás, se deberá confirmar

las demás condenas contenidas en los numerales 1, 2 y 4 de la providencia de primera instancia.».

En forma subsidiaria, solicita que se «*case totalmente la sentencia recurrida, para que luego en sede de instancia, confirme la decisión del a quo, o condene a salarios moratorios a la demandada por el pago extemporáneo de la liquidación final.*»

Con tal propósito formula un único cargo, replicado oportunamente, así:

ÚNICO CARGO.- Acusa la sentencia por la vía indirecta y en la modalidad de aplicación indebida de los «*artículos 5º de la ley 6 de 1945, 467 a 470 del CST, artículos 2º y 3º del Decreto 186 del 27 de enero de 1987, artículo 1º y 7º de la ley 64 de 1946, Artículo 1º del decreto 112 de 1986, decreto 2127 de 1945 artículo 3º, artículo 53 de la C.P.*»

Denuncia como errores manifiestos de hecho:

1. *No dar por demostrado, estándolo, que el demandante en el último periodo de su contrato de trabajo con la demandada se desempeñó como médico especialista en cirugía.*
2. *No dar por demostrado, estándolo, que el demandante realizando igual trabajo que los médicos especialistas de cirugía plástica, devengó un salario inferior como médico general.*
3. *No dar por demostrado, estándolo que el demandante laboró domingos y recargos nocturnos que no fueron cancelados por su empleador en los años 2000 a 2003, pese a que fueron*

certificados por la misma empleadora, por medio de sus representantes frente al trabajador.

- 4. No dar por demostrado, estándolo, que la demandada le adeuda al actor primas, vacaciones, reajustes de cesantías, intereses sobre cesantías, recargos y dominicales por un total de \$23.080.032 tal como lo certifica la misma empleadora por medio de sus representantes frente al trabajador.*
- 5. No dar demostrado, estándolo, que a la terminación del contrato de trabajo del actor y sin justificación alguna, no se le canceló al demandante sus salarios y prestaciones sociales, acreencias que sólo fueron pagadas incompletamente por medio de resolución de agosto 19 del 2004, más de un año después de que terminó el contrato de trabajo de trabajo el 15 de abril de 2003.*

Los supuestos errores de hecho señalados, a juicio de la censura, se produjeron por dejar de apreciar las siguientes pruebas.

- 1. Certificación Laboral en la que la demandada indica que marzo 6 de 1998 que el demandante tiene el cargo de "MEDICO GENERAL SE DESEMPEÑA COMO MEDICO ESPEC. (CIRUGÍA PLÁSTICA)." (Folio 209).*
- 2. Convención Colectiva, concretamente el folio 297 que contiene la cláusula 38 sobre el pago de trabajo realizado en domingos y festivos, (folios 237 a 306)*
- 3. Certificación de afiliación sindical (folio 323).*
- 4. Auto en el que se da por no contestada la adición de la demanda (folio 308).*

Así como por efectuar una apreciación errónea de las siguientes pruebas:

1. *Documento firmado por los representantes que tenía la empleadora frente a sus trabajadores, para acreditar el tiempo laborado en domingos, festivos y tiempo nocturno, con la liquidación de los valores adeudados por dicho concepto (folio 16 a 17).*
2. *Carta interna de la empleadora de septiembre 22 de 2004 (más de un año después de la terminación del contrato del actor), en la que se remite la relación de trabajadores a los que se les tiene pendiente por cancelar domingos y festivos, listado en el que aparece el demandante (193 a 194)*
3. *Programación de algunos turnos de trabajo en el periodo 2000 a 2003 (folios 38 a 43).*
4. *Documentos del ISS, folios 15, 16 a 17, 196, 199 a 202, y 315 a 316, en especial la resolución 03278 del 19 de agosto de 2004 del ISS folios 44 a 51.*
5. *Demanda (folio 1 a 11) y Contestación de la demanda (folios 225 a 228).*
6. *Nóminas del demandante (folio 179 a 192)*
7. *Luego de acreditado los errores notorios en la apreciación de las anteriores pruebas calificadas, solicito respetuosamente que también se examine el error en que incurrió el ad quem, en la apreciación del testimonio contenido en diligencia que reposa a folio 328 a 329.*

En la demostración del cargo señaló que la contestación de la demanda es apreciada erróneamente, cuando no se valora por el juzgador que al contestar los hechos 4º al 6º de la demanda se efectuó en forma

imperfecta, simplemente responde que no le constan, sin justificar el motivo por el cual no tiene conocimiento que el actor se desempeñó como *médico especialista en cirugía plástica* y no como *médico general*; con lo cual incumplió su deber procesal cuya consecuencia procesal es la de tener como ciertos los hechos de la demanda, conforme lo preceptuado por el artículo 18, numeral 3º de la ley 712 de 2001, disposición que omitió el tribunal.

Se duele la censura que el juez de alzada si bien aludió a las pruebas que obran en el expediente, omitió la valoración del documento «*emanado de la demandada en marzo 6 de 1998, indicando que el demandante tiene el cargo de "MEDICO GENERAL. SE DESEMPEÑA COMO MEDICO ESPEC. (CIRUGÍA PLÁSTICA)." (Subrayado fuera de texto) a la fecha.*» visto a folio 209 del cuaderno original; el cual no dice nada diferente de lo perseguido por el actor con el presente, que, *formalmente* tenía en el cargo de Médico General pero en *realidad* se desempeñaba y ejercía las funciones de Médico Especialista en Cirugía Plástica, sin ser objetado por la demandada. En consecuencia, debía devengar igual salario a quienes ocupaban el mismo cargo en idénticas condiciones, evidente, resulta, la condena implorada.

El otro yerro protuberante que la censura le atribuye al juez colegiado, es el de restarle valor probatorio a los documentos denominados programación de turnos, para lo cual adujo que al no allegar «*la totalidad de planillas de los turnos desde el primer mes hasta el último mes en que supuestamente el*

demandante ocupó el cargo de especialista», pues en su sentir por faltar unos meses, ello, no le resta mérito probatorio a lo que en ellos se indica, máxime cuando dentro del material probatorio aportado se encuentra varios meses de años continuos desde 1988 y al final se aportan 4 meses seguidos, noviembre de 2001 a febrero de 2002.

Solicita igualmente que «en sede de instancia, la Sala Laboral de la Corte debe proferir un auto de mejor proveer, decretando que se oficie a la demandada para que certifique el salario de los médicos especialistas en cirugía en la ciudad de Barranquilla para la época en que mi representado prestó sus servicios en la demandada».

Alegó que el tribunal incurrió en error protuberante en la valoración de los documentos «firmados por los representantes que tenía la empleadora frente a sus trabajadores (folio 16 a 17)». Que de haberlos apreciado correctamente inequívocamente habría concluido que el actor acreditó concretamente el tiempo que laboró en domingos, festivos y tiempo nocturno, sin la respectiva retribución, por tanto debió ordenar su pago.

Para lo cual rememora la jurisprudencia de esta Sala que se debe concretamente el tiempo que se laboró adicional a la jornada o en horas nocturnas cuando se pretende el pago de tiempo adicional, aceptando para tal fin cualquier medio probatorio; no obstante para el tribunal

estas pruebas fueron insuficientes para dicho cometido probatorio.

Precisó que se cumplió el procedimiento establecido por el ISS conforme al documento de folios 44 a 50 que corresponde a la relación del tiempo laborado por el actor y tiene las firmas de los representantes del empleador para el efecto y aceptado por el tribunal al indicar que efectivamente las ESES, son las que deben dar constancia del tiempo trabajado antes de la escisión del Instituto demandado; por lo que el yerro en que incurrió el juez de alzada es notorio al concluir de la resolución No. 03278 del 19 de agosto de 2004 (folio 50) que por desconocer esta entidad el pago a los domingos y recargos nocturnos en dicha resolución el actor ya no tiene derecho a los mismos, lo que es contrario a lo que contiene el referido documento, para lo cual la censura pone de presente que el contrato de trabajo del actor feneció antes de la escisión del instituto demandado, esto es, el 15 de abril de 2003.

Agrega que el *ad quem* dejó de apreciar la carta interna de la empleadora de septiembre 22 de 2004, que corresponde a la relación de trabajadores con quienes se encuentra pendiente de cancelar los domingos y festivos, entre los cuales aparece el actor, documental que igualmente sirve para respaldar lo afirmado en la demanda sobre el no pago de dichas peticiones.

Al igual que la convención colectiva de trabajo que determina el pago de la labor en dominicales y festivos.

Para finalizar sostiene que otro de los errores del tribunal fue no apreciar correctamente la demanda (petición f) se encontraba también la sanción moratoria por pago extemporáneo de la liquidación final, errada apreciación que conllevó a que se revocara la condena por salarios moratorios sin reparo alguno; resaltando que el promotor de este proceso no debía decir nada sobre la extemporaneidad porque la condena fue por una pretensión superior que incluía salarios moratorios a partir de la terminación del contrato, por lo que era improcedente pedir dos sanciones moratorias por lo que el proceder del juez de alzada transgredió dichas disposiciones e incurrió en el error denunciado.

VI. RÉPLICA

El opositor solicita se desestime el cargo propuesto en lo que concierne a la pretendida nivelación salarial, porque no se demuestra un error evidente de hecho, tampoco se destruyen todos los sustentos fácticos y no existe ninguna falencia probatoria, por lo que resultan insuficientes para demostrar que el Tribunal incurrió en los yerros atribuidos y menos aún con la connotación de manifiestos.

VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.-

1.- Los dos primeros errores de hecho que se le atribuyen al Juzgador de segundo grado están orientados a demostrar que se equivocó la sentencia gravada al no dar por probado que el demandante *«en el último periodo de su contrato de trabajo con la demandada se desempeñó como médico especialista en cirugía»* y que *«devengó un salario inferior como médico general»*.

El sentenciador *Ad quem* para desestimar las pretensiones del demandante relativas a tales aspectos estimó de una parte, que *«no se acredita fehacientemente»* el desempeño del actor *«como médico especialista y no como médico general»*; y de la otra, que de todos modos, la aspiración no podría salir avante por no existir prueba de la diferencia salarial entre los cargos de Médico General Grado 36 y Médico Especialista Grado 38, ni de los emolumentos devengados por el actor durante los últimos tres años, para efectos de establecer un eventual pago deficitario.

No encuentra la Corte error evidente de hecho en las conclusiones esenciales del fallo acusado, atinentes a que el actor no acreditó haberse desempeñado en la realidad como Médico especialista en Cirugía Plástica Grado 38, en forma ininterrumpida y hasta la fecha de la desvinculación de la demandada, esto es 15 de abril de 2003.

En efecto, las pruebas que denuncia la acusación como preteridas en la sentencia o apreciadas con error, no logran desvirtuar con la contundencia que se exige en este recurso extraordinario, que el demandante quien estaba vinculado al Instituto demandado como Médico General Grado 36, efectivamente hubiera desempeñado las funciones propias de Médico especialista Grado 38, en la forma alegada por el recurrente.

Es preciso recordar que quien pretenda el quebrantamiento de la decisión judicial por vía indirecta, debe demostrar que los desatinos fácticos en que incurrió el fallador tiene el carácter de ostensibles, *brillar al ojo*, pues la sentencia de segundo grado viene amparada por las presunciones de acierto y conformidad con la ley.

- a) Acusa la censura como prueba dejada de apreciar, la «*Certificación Laboral en la que la demandada indica que marzo 6 de 1998 que el demandante tiene el cargo de 'MEDICO GENERAL SE DESEMPEÑA COMO MEDICO ESPEC. (CIRUGÍA PLÁSTICA)'*» obrante a folio 209 del cuaderno original, expedida por la Jefe del Departamento de Recursos Humanos de la Clínica Los Andes –ISS-. Sin embargo, ese elemento probatorio es ambiguo, pues si bien en él se consigna que el actor labora en el cargo de médico general y se desempeña como «*médico espec. (cirugía plástica)*» y se indica la asignación respectiva, no se precisa la fecha de

vinculación a la entidad, ni desde cuando desempeñaba dicha actividad laboral, apareciendo únicamente la data de suscripción que fue «6 de marzo de 1998». En esas circunstancias, el texto de dicha documental no permite derivar con certeza el lapso durante el cual el actor eventualmente cumplió funciones distintas a las del cargo de Médico General del cual era titular, ni que éstas correspondieran a las de Médico Especialista Grado 38 cargo específico respecto del cual se pretende la nivelación. Por lo demás, a lo sumo permitiría establecer la actividad cumplida a la fecha de la suscripción, mas no con posterioridad a ella, por lo que nada revelaría de la situación laboral del demandante desde ese momento hasta su retiro ocurrido mucho tiempo después.

En ese orden de ideas, ese medio de convicción así hubiese sido tenido en cuenta por el Tribunal de todos modos no habría variado el sentido de la decisión.

b). Refiere el impugnante como erróneamente apreciados documentos que contienen la programación de algunos turnos de trabajo en el periodo 2000 a 2003 (fls. 38 a 43); pero como lo admite él mismo, ellos registran unos turnos asignados de manera intermitente por cuanto no existe continuidad, de tal forma que pudieran inferirse las funciones cumplidas en el periodo que se pretende demostrar y hasta la

finalización del contrato laboral. Esa documental se refiere únicamente a los meses de enero y febrero de 2000; noviembre y diciembre de 2001; y enero y febrero de 2002.

Entonces, lo único que puede derivarse del contenido de esas probanzas es que en los días allí indicados, el demandante prestó servicios en la sección de «*Cirugía Plástica*», pero ninguna de ellas como lo afirmó el Tribunal, da cuenta de manera certera de que el actor realizó actividades como Médico especialista Grado 38, y mucho menos de manera permanente, continua y principal.

Por lo demás las inferencias de impugnante respecto de estos elementos probatorios, por el esfuerzo interpretativo que de ellas hace caen más en el campo de los indicios que en el de pruebas contundentes sobre los hechos afirmados, lo que desvirtúa su aptitud para consolidar un yerro evidente de apreciación probatoria.

- c) En lo referente al testimonio del doctor Hernando Larios Beleño (fls. 328 y 329) que se acusa como erróneamente apreciado, en principio no es prueba calificada en casación laboral y de la seguridad social de conformidad con el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, salvo que se encontrara un yerro evidente en medio probatorio apto, hipótesis que no se configura en el *sub lite*.

d) Frente a la contestación de la demanda no plantea el impugnante en estricto rigor una acusación por desvío de valoración de dicha pieza procesal, pues dilucidar si la forma en que se dio respuesta a los hechos 4º y 6º se ajusta o no a la ley procesal, sería un error jurídico, un *vicio improcedendo* cuya corrección en este preciso caso no puede hacerse por medio del recurso extraordinario. En efecto, una inconformidad de tal naturaleza debió ser planteada en su debida oportunidad, no siendo el recurso de casación el momento pertinente para controvertir eventuales defectos en la respuesta al libelo que dio origen al proceso.

En sentencia CSJ SL, 22 ago. 2012, dijo la Corporación:

Nótese que lo pretendido por la impugnante con el ataque sub examine, no es otra cosa que la nulidad ‘de todo lo actuado a partir del auto proferido el 8 de mayo de 2003’ o, la nulidad de las providencias que dieron por no contestada la demanda y la que se abstuvo de decretar pruebas en su favor, peticiones todas que se encuentran soportadas en vicios in procedendo, que, según la casacionista, fueron generados durante el trámite de la primera instancia. Siendo lo anterior así, como efectivamente lo es, ello escapa de las precisas facultades de la Corporación en virtud del recurso extraordinario donde se hace un juicio de legalidad a la decisión de segunda instancia, lo que en principio hace que el tribunal de casación esté desprovisto de las prerrogativas

propias de los falladores de instancia por no ser la casación un recurso dentro de las instancias.

- e) Respecto de los comprobantes de nómina para probar el salario devengado por el demandante (fls. 179 a 192), el Tribunal les restó valor probatorio por carecer de firma y por no haber sido reconocidos por la demandada frente a quien se oponían, en los términos del artículo 269 del C.P.C., argumentos éstos que encierran una discusión jurídica que no tiene cabida en el sendero fáctico sino que debió ser abordada en una acusación por vía directa.

Por último, echa de menos la Sala la prueba del título académico que certificara la idoneidad del actor para desempeñarse como Médico Especialista en Cirugía Plástica, lo que permite inferir que el sentenciador de segundo grado sólo dio por acreditada la calidad de Médico General que halló respaldo en los diversos instrumentos en que se apoyó como la Resolución n.º 3278 de 2004 de la Vicepresidencia del Instituto (fls. 44 a 50), la certificación de la Gerente Nacional de Recursos Humanos de la entidad demandada (fl. 196), y la del Gerente Seccional (fls. 199 a 202) y que no fueron desvirtuados, por lo que su conclusión permanece incólume.

2.- Los errores tercero y cuarto hacen alusión a la errónea apreciación de la certificación de folios 16 y 17 y la cual le permitió al Juzgador de primer grado fulminar condena por concepto de dominicales y feriados, así como reajuste de varias acreencias laborales entre ellas primas, vacaciones, cesantías e intereses sobre las mismas.

- a) En relación con ese aspecto, precisa la Corte que el Tribunal en realidad no incurrió en un desvío valorativo respecto del contenido de dicha documental, sino que estimó que no era hábil para acreditar las referidas obligaciones laborales, por provenir de un tercero distinto del empleador, al estar suscrita por el Jefe de Recursos Humanos y el Coordinador de Nómina de la Unidad Hospitalaria Clínica de los Andes – E.S.E. José Prudencio Padilla, quienes carecían de competencia para el reconocimiento y pago de pasivos laborales la cual estaba asignada por el Decreto 1750 de 2003 que escindió el Instituto y creó las Empresas Sociales del Estado, a la Vicepresidencia Administrativa del ente acusado para aquellos pasivos laborales causados con anterioridad al 26 de junio de 2003.

Ese razonamiento así como las disquisiciones del impugnante al sustentar la acusación atientes a que esos funcionarios de la E.S.E., pese a la escisión eran representantes del empleador frente a sus trabajadores, no

pueden ser abordado por la Corte en esta acusación de orientación fáctica.

- b) Frente a la Resolución del Instituto 03278 de 2004 de folios 44 a 50, su texto nada indica distinto de lo que dedujo el Tribunal, en el sentido de que la entidad convocada a proceso desconoció el certificado expedido por la ESE de folios 16 y 17 a que se hizo alusión en el numeral anterior, porque en lo relativo a las acreencias del año 2000 no se especificaron los factores de liquidación ni la razón por la cual se adeudaban tales emolumento; y en cuanto a los dominicales de los años 2001 y 2002 y los reajustes de prestaciones *«no se allegó copia de la aprobación que en su momento expidió el Jefe de Recursos Humanos para trabajar dominicales y festivos»*, por lo que no hubo equivocación en la valoración de ese instrumento. Ahora, como lo cuestionado en el fondo es que la convocada a proceso le haya restado mérito a dicha documental, porque en su sentir le asistía la competencia para definir esas obligaciones laborales, por tratarse de un servidor suyo cuyo vínculo feneció antes de la escisión operada por el Decreto 1750 de 2003, es una discusión distinta que como se analizó no puede abordarse por esta vía de acusación.

c) Referente a la convención colectiva de trabajo debe indicar la Sala que el *Ad quem* no pasó por alto ese medio de prueba, pues se refirió a ella al igual que la certificación sobre la calidad de afiliado del actor a la organización sindical Asmedas, por lo que no incurrió en el error endilgado y de todas maneras, con aquélla sólo se evidencia la forma de remuneración en caso de laborar dominicales y festivos a partir del 1º de noviembre de 2001, y con ésta, su calidad de afiliado al ente sindical, sin que sirvan para demostrar el trabajo efectivamente realizado por el actor en esos días; como tampoco se demuestra de manera fehaciente con sola la programación de turnos (fls. 38 a 43) porque no se podría contrastar con lo efectivamente pagado en cuanto se debe recordar que el Tribunal le restó valor a los comprobantes de nómina y esa conclusión por no haber sido desvirtuada, permanece incólume.

d) En cuanto a la comunicación de 22 de septiembre de 2004, de folios 193 y 194, suscrita por la División de Recursos Humanos de la E.S.E. José Prudencio Padilla, es un documento declarativo proveniente de terceros, y se valora para efectos del recurso extraordinario como prueba testimonial, y en esa medida como arriba se indicó, no es apta

en principio para estructurar un yerro fáctico manifiesto que conduzca al quebrantamiento de la sentencia gravada, a no ser que se encontrara previamente error en prueba calificada lo que aquí no se ha demostrado.

3.- Sobre el quinto error, referente a la errónea apreciación de la demanda inicial por no haberse percatado el Juzgador *Ad quem* que las pretensiones iniciales incluían la sanción moratoria por pago extemporáneo de la liquidación final de prestaciones sociales, se ha de advertir que ese tema no fue abordado en el fallo de segundo grado por lo que el remedio procesal pertinente para corregir una eventual omisión, habría sido una solicitud de sentencia complementaria en los términos del artículo 311 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por analogía en materia laboral en virtud de lo dispuesto en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y no el recurso extraordinario de casación.

Respecto al supuesto auto que dio por no contestada la adición de la demanda (fl. 308), nada dijo el censor en relación con tal acto procesal en la sustentación del cargo. Adicionalmente, el juez de conocimiento únicamente convocó a las partes a la audiencia obligatoria de conciliación, de decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio, sin decidir expresamente sobre la contestación de la demanda principal, y su adición,

y la parte demandante guardó silencio en las instancias sobre este aspecto.

Por las razones anteriores no prospera el cargo.

Costas en el recurso extraordinario a cargo de la parte recurrente. Las agencias en derecho se fijan en la suma de \$3'250.000,00. Por Secretaría 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 el treinta (30) de abril de dos mil diez (2010) por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Barranquilla, dentro del proceso promovido por **RAFAEL ENRIQUE HERNÁNDEZ HERAZO** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.

Costas, como se dijo en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Presidenta de Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS